



PROCESSO N° TST-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

A C Ó R D ã O
(5ª Turma)
GMDAR/CAF

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI 13.467/2017. 1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ÔNUS DA PROVA. SÚMULA 331, V, DO 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. ATRIBUIÇÃO AO ENTE PÚBLICO DO ÔNUS PROBATÓRIO ACERCA DA REGULAR FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO DE TERCEIRIZAÇÃO. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA. 1. De acordo com o artigo 896-A da CLT, o Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, deve examinar previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica. No presente caso, o Tribunal Regional decidiu a questão com amparo no ônus probatório acerca da conduta culposa do tomador de serviços. 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 12/12/2019, 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 caber ao Ente Público o ônus de provar a efetiva fiscalização do contrato de terceirização. 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. 2.** A Suprema Corte, ao julgar a ADC 16/DF e proclamar a



PROCESSO Nº TST-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93, não afastou a possibilidade de imputação da responsabilidade subsidiária aos entes da Administração Pública, por dívidas trabalhistas mantidas por empresas de terceirização por eles contratadas, desde que configurada conduta culposa, por omissão ou negligência, no acompanhamento da execução dos contratos de terceirização celebrados, nos moldes da Súmula 331, V, do TST. Ainda, no julgamento do RE 760931, o Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral, consolidou a tese jurídica no sentido de que "*o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93*". A partir da análise dos fundamentos lançados no debate travado no âmbito do Supremo Tribunal Federal para se concluir acerca da responsabilização do Ente da Administração Pública, em caráter excepcional, deve estar robustamente comprovada sua conduta culposa, não se cogitando de responsabilidade objetiva ou de transferência automática da responsabilidade pela quitação dos haveres em razão do simples inadimplemento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços. **3.** A SBDI-1 desta Corte, após análise dos debates e dos votos proferidos no julgamento do RE 760931, 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 de serviços. Ponderou que o STF rejeitou o voto lançado pelo redator designado,



PROCESSO Nº TST-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

Ministro Luiz Fux, no julgamento dos embargos declaratórios opostos em face da referida decisão, no qual ressaltou a impossibilidade da inversão do ônus da prova ou da culpa presumida da Administração Pública. Asseverou que, após o aludido 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. Destacou que a definição quanto ao ônus da prova acerca da regular fiscalização do contrato de terceirização fica a cargo desta Corte. 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/73, 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 (E-RR-925-07.2016.5.05.0281, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Julgado em: 12/12/2019). **4.** Nesse cenário, a Corte Regional, ao destacar que competia ao Ente Público provar que fiscalizou a execução do contrato de prestação de serviços, proferiu acórdão 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. **Agravo de instrumento não provido.**

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 100417169D85FFCB56.



PROCESSO N° TST-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

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

O ente público interpõe agravo de instrumento, em face da decisão do Tribunal Regional do Trabalho, mediante a qual foi denegado seguimento ao seu recurso de revista.

Busca a modificação da mencionada decisão, afirmando ter atendido aos pressupostos de admissibilidade do art. 896 da CLT.

Não houve apresentação de contraminuta e contrarrazões.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, na forma regimental.

Recurso de revista interposto em face de decisão publicada na vigência da Lei 13.467/2017.

É o relatório.

V O T O

I - CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente recurso está submetido à disciplina da Lei 13.467/2017, especificamente em relação ao requisito da transcendência.

De acordo com o art. 896-A da CLT, com a redação dada pela MP 2226/2001, "*O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica.*".

Apesar de o art. 2° da MP 2226/2001 ter conferido a esta Corte a competência para regulamentar, em seu regimento interno, o processamento da transcendência do recurso de revista (assegurada a



PROCESSO N° TST-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

apreciação da transcendência em sessão pública, com direito a sustentação oral e fundamentação da decisão), tal regulamentação não foi editada.

Com o advento da Lei 13.467/2017, os parâmetros para o exame da transcendência foram objetivamente definidos (§ 1º do art. 896-A da CLT), devendo ser observados no âmbito desta Corte em relação aos recursos interpostos contra acórdãos publicados após a vigência da Lei 13.467/2017 (art. 246 do RITST).

De acordo com § 1º do art. 896-A da CLT, são indicadores da transcendência, **entre outros critérios que podem ser delineados por esta Corte**, a partir do exame de cada caso concreto:

- I - econômica, o elevado valor da causa;
- II - política, o desrespeito da instância recorrida à jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal;
- III - social, a postulação, por reclamante-recorrente, de direito social constitucionalmente assegurado;
- IV - jurídica, a existência de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista.

O exame do art. 896-A, § 1º, da CLT revela que o próprio legislador deixou aberta a possibilidade de detecção de outras hipóteses de transcendência, ao sugerir de modo meramente exemplificativo os parâmetros delineados no § 1º do art. 896-A da CLT.

Não se pode, portanto, no exercício desse juízo inicial de delibação, afastar o papel precípua do TST de guardião da unidade interpretativa do direito no âmbito da Justiça do Trabalho.

Nesse sentido, deve se entender presente a transcendência política nas hipóteses em que as decisões regionais, de forma direta e objetiva, contrariam a jurisprudência pacífica e reiterada desta Corte, ainda que não inscrita em Súmula ou Orientação Jurisprudencial.

Esse novo sistema busca realizar pelo menos três valores constitucionais relevantes: isonomia, celeridade e segurança jurídica no tratamento aos jurisdicionados. Por isso, também as decisões



PROCESSO N° TST-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

nesses incidentes, quando descumpridas, devem ensejar o reconhecimento da transcendência política para o exame do recurso de revista.

Em síntese, o pressuposto da transcendência política estará configurado sempre que as decisões regionais desafiarem as teses jurídicas pacificadas pelo TST em reiteradas decisões (§ 7º do art. 896 c/c a Súmula 333 do TST), em Súmulas, em Orientações Jurisprudenciais ou em Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas e de Assunção de Competência.

II - AGRAVO DE INSTRUMENTO

1. CONHECIMENTO

CONHEÇO do agravo de instrumento, porque preenchidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade.

2. MÉRITO

2.1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ÔNUS DA PROVA. SÚMULA 331, V/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. ATRIBUIÇÃO AO ENTE PÚBLICO DO ÔNUS PROBATÓRIO ACERCA DA REGULAR FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO DE TERCEIRIZAÇÃO. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA

Consta da decisão agravada:

(...)

PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Tempestivo o recurso.

Regular a representação processual.

Satisfeito o preparo (fls.).

PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO / Recurso /

Repercussão Geral.



PROCESSO Nº TST-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

Responsabilidade Solidária/Subsidiária / Tomador de Serviços/Terceirização.

Alegação(ões):

- contrariedade à(s) Súmula(s) nº 331, item IV; nº 331, item V do Tribunal Superior do Trabalho.

- violação do(s) artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal.

- violação d(a,o)s Consolidação das Leis do Trabalho, artigo 818; Código de Processo Civil, artigo 373, inciso I; Lei nº 8666/1993, artigo 71, §1º.

- divergência jurisprudencial: .

Alega, ainda, violação à tese fixada pelo STF no RE 760.931 (tema 246).

O v. acórdão revela que, em relação aos temas recorridos, o entendimento adotado pela Turma, de acordo com a prova produzida (Súmula 126 do TST), encontra-se em consonância com a notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e consubstanciada na Súmula 331, IV e V, contrariamente ao alegado. Não seria razoável supor que o Regional, ao entender dessa forma, estaria violando os dispositivos apontados. Em razão dessa adequação (acórdão-jurisprudência iterativa do TST), o recurso não merece processamento, sequer no tocante ao dissenso jurisprudencial, a teor do artigo 896, alínea "c" e § 7º, da CLT c/c a Súmula 333 do TST.

Nos termos em que prolatada a decisão, também não se divisa qualquer mácula às regras de distribuição do ônus probatório.

CONCLUSÃO

NEGO seguimento ao recurso de revista.

(...). (fls. 540/541).

A parte sustenta ser indevida a sua condenação subsidiária.

Diz que não há provas da sua conduta culposa.

Afirma que o ônus da prova quanto à ausência de fiscalização do contrato de terceirização compete ao Autor da ação.

Aponta, dentre outros, violação do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93 e contrariedade à Súmula 331/TST.



PROCESSO Nº TST-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

À análise.

Inicialmente, ressalto que a Agravante, nas razões do recurso de revista, atendeu devidamente às exigências processuais contidas no art. 896, § 1º-A, I, II e III, e § 8º, da CLT.

Afinal, a parte transcreveu o trecho da decisão regional que consubstancia o prequestionamento da controvérsia (fls. 520); indicou ofensa à ordem jurídica, contrariedade a verbete sumular e divergência jurisprudencial; bem como promoveu o devido cotejo analítico.

O Tribunal Regional decidiu de acordo com os seguintes fundamentos:

(...)

2. Do Recurso do Segundo Reclamado

2.1 Da responsabilidade subsidiária

Insurge-se o segundo reclamado, Petrobras, contra a sua condenação em responder subsidiariamente pelos créditos devidos ao reclamante.

Alegou o reclamante que no exercício da função de Vigilante, foi contratado para laborar na dependência da segunda reclamada, Petrobras.

Houve ainda a condenação da segunda reclamada, Petrobras, a responder de forma subsidiária, ao fundamento, em apertada síntese, de que restou caracterizada a culpa in vigilando. Eis os termos da decisão:

"DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA 2ª RECLAMADA As transformações sociais decorrentes do avanço dos segmentos econômicos e produtivos vêm exigindo um novo ritmo e novas sistemáticas para o Direito do Trabalho e, dentre elas, figuram os contratos com empresas prestadoras de serviços.

Ocorre que esse "entusiasmo" pela terceirização e também pela flexibilização tem se operado de maneira desenfreada, não se observando limites jurídicos ou sociais.

A terceirização constitui exceção à contratação direta da mão de obra subordinada, sendo, de forma geral, prejudicial ao empregado, subtraindo-lhe benefícios concedidos aos empregados do tomador dos serviços e, portanto, afigura-se lícita apenas dentro de uma estreita utilização, de forma a não haver fraude aos preceitos trabalhistas, nem precarização da relação de emprego, consoante os parâmetros estabelecidos na Súmula 331, do Colendo TST.

A 2ª Reclamada pretende ver excluída sua responsabilidade subsidiária com fulcro no artigo 71, da Lei 8.666/93.



PROCESSO N° TST-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

Trata-se de evidente hipótese de terceirização.

No particular, o direito material do trabalho previu hipóteses inespecíficas de subsidiariedade, que se extraem do princípio geral emanado do art. 9º, da CLT, qual seja: a nulidade de todos os atos que venham de forma direta, ou indireta, impedir a aplicação dos preceitos do direito tutelar.

O artigo 42 e seguintes, da Lei 8.212/91 (Lei de Custeio da Previdência), atribuem ao proprietário, incorporador, dono da obra ou condômino a responsabilidade solidária das obrigações previdenciárias.

No mesmo sentido, o art. 16, da Lei 6.019/74 estipula que, em caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é subsidiariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, assim como pela remuneração e indenização previstas no referido diploma legal, no que tange ao período em que o trabalhador esteve sob suas ordens.

Atente-se, também, para a responsabilidade extracontratual da 2ª Ré. Sim, porque está patente que ela contratou mal, contratou empresa inidônea, não se cercou de garantias para a fiel e completa execução do contrato, deixou de tomar os devidos cuidados para não chegar ao resultado danoso retratado nitidamente nestes autos. Houve clara culpa in eligendo.

Registre-se, ainda, que o princípio constitucional é o da "valorização do trabalho". Deixar o trabalhador à deriva é dar "valor zero" ao trabalho, posicionamento inaceitável que exige do contratante cuidado especial na escolha das empresas necessárias à execução das atividades que reputa atividade-meio.

A incúria na escolha dos parceiros e o descaso na obtenção de garantias hábeis e plenas desses parceiros não pode redundar em irresponsabilidade, pois isto equivaleria a fazer tabula rasa de princípios constitucionais.

A 2ª Ré não está subordinada às disposições previstas na Lei 8.666/93 e sim a procedimento licitatório especial previsto na Lei 13.303/16, que prescreve acerca do estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias.

O contrato entre as Reclamadas foi celebrado por ocasião da vigência da Lei 9.478/97 (artigo 67), conforme o depoimento pessoal do preposto da 2ª Ré, que disse que o contrato entre as Reclamadas está em vigor há mais de 02 anos.

O artigo 67, da Lei 9.478/97 foi revogado pela referida Lei 13.303/16, sendo que o artigo 67 da Lei 9.478/97 prescreve, in verbis:

"os contratos celebrados pela PETROBRÁS, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República."

O decreto 2.745/98 regulamentou o dispositivo acima, conforme se vê, in verbis:



PROCESSO Nº TST-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

"7.1 A execução de obras e serviços e a aquisição ou alienação de materiais, na PETROBRÁS, serão contratados com o concorrente classificado em primeiro lugar na licitação correspondente, ressalvados os casos de dispensa desta, neste Regulamento.

7.1.1 Os contratos da PETROBRÁS reger-se-ão pelas normas de direito privado e pelo princípio da autonomia da vontade, ressalvados os casos especiais, obedecerão a minutas padronizadas, elaboradas com a orientação do órgão jurídico e aprovadas pela Diretoria".

Assim sendo, as licitações e os contratos para aquisição de bens e serviços por parte da 2ª Ré não estão regulados pela Lei 8.666/93.

Não há na Lei 9.487/97 menção à Lei 8.666/93 para que haja aplicação desta última. Cabe registrar o disposto no artigo 68, da Lei 13.303/16, in verbis:

"Art. 68. Os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado."

Desta forma, as contratações feitas pela 2ª Ré são regidas por normas de direito privado, que são incompatíveis com a aplicação da Lei 8.666/93, razão pela qual é a 2ª Ré responsável subsidiariamente pelos créditos devidos ao Reclamante, nos termos do inciso IV, da Súmula 331, do Colendo TST.

De se destacar, que ainda que o artigo 5º-A, §5º, da Lei 6.019/74 com a redação dada pela Lei 13.429/2017, publicada no DOU de 31/03/2017, estipula que:

"A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços." Ainda que assim não fosse, o artigo 71, §1º, da Lei 8.666/93 prevê a responsabilidade subjetiva da contratante quanto ao cumprimento das obrigações por parte da empresa prestadora de serviços e o artigo 67, da referida Lei, prevê que a administração deve acompanhar e fiscalizar o contrato pactuado com o prestador dos serviços.

Não há prova de que tenha havido fiscalização do contrato de trabalho e, mais, houve desvirtuamento do contrato posto que a 2ª Ré cedeu um vigilante da 1ª Ré para atuar como tal para o Município de Macaé em período de parceria entre a 2ª Ré e o mencionado Município.

No caso em tela, aplicar-se-ia então o entendimento pacificado nos itens IV e V, da Súmula 331, do Colendo TST, in verbis:

"IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

"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



PROCESSO Nº TST-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada." Evidente a conduta culposa da 2ª Ré e da prestação de serviços em período em prol da 2ª Ré, há que se considerá-la subsidiariamente responsável pelos créditos deferidos ao Reclamante.

Condena-se, pois, subsidiariamente a 2ª Reclamada. (ID. cb66c16 - Pág. 3/4)

Inconformada, recorre a segunda reclamada, argumentando, em síntese, que não restou comprovado a sua conduta culposa na fiscalização das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviços, sendo tal ônus do reclamante.

Passo a analisar.

Antes mesmo de se adentrar ao mérito, impõe-se salientar a natureza jurídica da segunda reclamada, PETROBRAS, ora recorrente como sendo uma Sociedade de Economia Mista, pessoa jurídica de direito público, integrante da Administração Indireta Federal.

A responsabilidade subsidiária decorre da responsabilidade civil prescrita no Código Civil, de aplicação subsidiária ao direito do trabalho por força da disposição contida no art. 8º, parágrafo único, da CLT. Entendimento contrário consistiria em vulneração ao princípio de proteção ao hipossuficiente, que informa o Direito do Trabalho.

Resta incontroverso nos autos, eis que não negado pela segunda reclamada, que a autora laborava em suas dependências.

No caso em questão, a segunda reclamada celebrou contrato de prestação de serviços com a primeira reclamada, cujo objeto era a prestação de serviços de vigilância patrimonial armada, conforme contrato adunado ao ID. a0c7828 - Pág. 1.

O preposto da primeira reclamada confirmou que o autor prestava serviços a favor da Petrobras. Declarou "Que o autor, durante todo o contrato de trabalho com a 1ª ré, prestou serviços para a 2ª ré; que o autor prestou serviços em mais de um posto da área Petrobrás." (ID. 29dd813 - Pág. 2)

Restou comprovado ainda que o autor prestava serviços à segunda reclamada, ante os termos do depoimento do próprio preposto da Petrobras. Cabe transcrever os termos de seu depoimento: "Que a 2ª ré tem contrato de prestação de serviços com a 1ª ré, não sabendo dizer desde quando, mas pode dizer que esse contrato está em vigor há mais de dois anos; que esse contrato



PROCESSO Nº TST-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

é para prestação de serviços de vigilância; que o autor prestou serviços na 2ª ré, via 1ª reclamada, de 2012 a março de 2016; que no período de parceria entre a Petrobrás e o Município de Macaé, foi cedido um vigilante da 1ª ré para atuar no local; que era um vigilante da 1ª ré por turno; que não sabe precisar por quanto tempo isso aconteceu; que o autor já trabalhou nesse local; que não tem como informar se havia rendição para o vigilante desse posto, uma vez que a 2ª ré apenas verificava se o posto estava coberto por vigilantes; que esse posto é destacado da base da empresa; que nos demais a Petrobrás paga rendições de almoço; que a 2ª ré contrata vigilante para atuar na parte da vigilância patrimonial, controlar o acesso de pessoas (o que engloba visitantes e colaboradores terceirizados), conferência materiais, tanto para entrada quanto para saída; que esta conferência é um checklist, conforme romaneio emitido; que existem recepcionistas na 2ª ré, sendo terceirizados; que esses recepcionistas geralmente fazem horário administrativo das 7 às 18h; que, fora esses horários, não afirma que o vigilante efetivamente atue como recepcionista, mas está dentro de suas atribuições verificar quem entra ou sai da empresa; que não tem como informar especificamente o horário de trabalho do reclamante, mas apenas que a 2ª ré contrata trabalho por 24 horas, sendo turnos de 12h por equipe." (ID. 29dd813 - Pág. 3) Assim, a segunda reclamada era beneficiada pela força de trabalho despendida pelo Reclamante.

Importante destacar ainda que não se trata de contrato de empreitada, nos termos da Orientação Jurisprudencial n. 191 da Subseção I da Seção de Dissídios Individuais do colendo Tribunal Superior do Trabalho, mas sim típico caso de terceirização de serviços.

Em conformidade com o atual posicionamento jurisprudencial do item V da Súmula n. 331 do C. TST, os entes 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.

Assim, ainda que se deva afastar a ideia de que responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços é de natureza objetiva ante o



PROCESSO N° TST-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

posicionamento dos Tribunais superiores, notadamente da ADC n. 16/DF do Supremo Tribunal Federal, no caso presente, a condição da segunda ré, como integrante da Administração Pública Indireta, não elide sua responsabilidade secundária, eis que não ficou demonstrada nos autos a atuação na efetiva e eficiente fiscalização da empresa contratada, no que se refere aos contratos dos empregados que esta disponibilizou para o trabalho em favor da segunda reclamada.

Portanto, não constitui o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 o óbice invocado pela segunda reclamada. Na realidade, o dispositivo, cuja constitucionalidade não se discute, aborda a responsabilidade direta da fornecedora de mão de obra, e não aquela subsidiária, advinda, não só da inadimplência, mas também da sua insolvência, justificando-se, desse modo, a imputação de responsabilidade, seja ao beneficiário final dos serviços, seja à pessoa jurídica interposta, ao primeiro na hipótese de insolvência da segunda.

A diligência da segunda reclamada ao terceirizar serviços não se limita à observância do procedimento licitatório. Deve a reclamada, ao se utilizar da força de trabalho alheia, mediante empresa interposta, diligenciar acerca da idoneidade da prestadora e, acompanhar a execução do ajuste zelando pelo atendimento das normas legais, inclusive trabalhistas, devendo arcar com os ônus em caso de inadimplemento do empregador direto, restando desta forma, satisfeito nos autos com o teor do artigo 818 da CLT.

O Legislador Constituinte elegeu como fundamento da República, no artigo 1º, inciso IV, o valor social do trabalho, que, por certo, engloba a proteção que se deve destinar a quem colocou sua força de trabalho à disposição de outrem, donde se conclui que, ao atribuir-se ao ente público responsabilidade subsidiária apenas se faz cumprir princípios vigorantes no ordenamento jurídico máximo do nosso País, sem que se configure violação ao princípio da reserva legal consagrado no inciso II do artigo 5º, também da Constituição, e muito menos aos artigos 2º da Lei n. 5.645/70, artigo 10, § 7º, do Decreto-Lei 200/67, e o art. 71 da Lei n. 8.666/93 Quanto à sujeição da matéria à composição plena da Corte, cabe salientar que já restou decidido pelo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal que, nos casos de responsabilização subsidiária do ente público, não há qualquer negativa de



PROCESSO Nº TST-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

vigência ao disposto no art. 71, §1º, da Lei 8.666/93, tampouco declaração de sua inconstitucionalidade.

Cumpre registrar, finalmente, que na Ação Direta de Constitucionalidade nº 16/DF, ajuizada pelo Governador do Distrito Federal, embora, por decisão majoritária do Plenário, tenha o Supremo Tribunal Federal pronunciado a constitucionalidade do art. 71, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/93, o compartilhamento da responsabilidade pelo inadimplemento da obrigação trabalhista entre a empregadora e a administração pública, para esta do modo supletivo, no caso de insolvência daquela, ou seja, decorrente, não apenas do descumprimento contratual, mas, também, da insolvência da empregadora, como já salientado, encontra amparo no ordenamento jurídico vigente.

Não há dúvida de que o artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal responsabiliza objetivamente as pessoas de direito público por danos causados por seus agentes a terceiros.

Insta salientar que não forma vínculo de emprego com o ente da Administração Pública, tomador de serviços, a relação de trabalho decorrente de contrato de prestação de serviços terceirizados, uma vez que o inciso II e o § 2º do art. 37, da Constituição Federal vigente, vedam contratação de servidor sem concurso público, porém, não obstante tal fato, também não se elide a responsabilidade subsidiária do ente da administração em relação às verbas decorrentes do contrato de trabalho existente entre a prestadora e o trabalhador, não existindo desta forma, falar em contrariedade entre às Súmulas nºs. 363 e 331 do c. TST.

Como bem lembrou o Ministro Ayres Brito, endossando parcialmente a decisão do Plenário na ADC n. 16/DF, só há três formas constitucionais para a admissão de pessoal no serviço público: por concurso, por nomeação para cargo em comissão e por contratação por tempo determinado para suprir necessidade temporária. A terceirização, embora amplamente praticada, não tem previsão constitucional. Por isso, no entender do Ministro Ayres Brito, nessa modalidade, havendo inadimplência das obrigações trabalhistas da empresa contratada, o poder público deve responsabilizar-se por ela.

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



PROCESSO N° TST-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

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.

Ressalte-se que, nos termos do item VI da súmula 331 do c.TST, a responsabilidade subsidiária engloba todas as verbas decorrentes do contrato de emprego, não havendo assim que se falar em obrigações personalíssimas.

Destarte, ante as razões acima aduzidas, mantenho a decisão que condenou a segunda reclamada, Petrobras, a responder subsidiariamente pelos créditos devidos pela primeira reclamada ao reclamante.

Importante destacar ainda que as verbas objeto da condenação foram analisadas no recurso interposto pela primeira reclamada.

Nego provimento.

(...). (fls. 483/490 – grifo nosso).

No caso presente, o Tribunal Regional destacou que competia ao Ente Público provar que fiscalizou a execução do contrato de prestação de 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/73, 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 n° 8.666/93 tenha sido declarada em definitivo pela Excelsa Corte Suprema



PROCESSO N° TST-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

no julgamento proferido na ADC n° 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 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



PROCESSO Nº TST-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

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 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



PROCESSO Nº TST-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento, consubstanciando estratégia, garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira, de configuração das empresas, incorporada à Administração Pública por imperativo de eficiência (art. 37, caput, CRFB), para fazer frente às exigências dos consumidores e cidadãos em geral, justamente porque a perda de eficiência representa ameaça à sobrevivência da empresa e ao emprego dos trabalhadores. 3. Histórico científico: Ronald H. Coase, “The Nature of The Firm”, *Economica* (new series), Vol. 4, Issue 16, p. 386-405, 1937. O objetivo de uma organização empresarial é o de reproduzir a distribuição de fatores sob competição atomística dentro da firma, apenas fazendo sentido a produção de um bem ou serviço internamente em sua estrutura quando os custos disso não ultrapassarem os custos de obtenção perante terceiros no mercado, estes denominados “custos de transação”, método segundo o qual firma e sociedade desfrutam de maior produção e menor desperdício. 4. A Teoria da Administração qualifica a terceirização (outsourcing) como modelo organizacional de desintegração vertical, destinado ao alcance de ganhos de performance por meio da transferência para outros do fornecimento de bens e serviços anteriormente providos pela própria firma, a fim de que esta se concentre somente naquelas atividades em que pode gerar o maior valor, adotando a função de “arquiteto vertical” ou “organizador da cadeia de valor”. 5. A terceirização apresenta os seguintes benefícios: (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de



PROCESSO Nº TST-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

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



PROCESSO Nº TST-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

necessário analisar os motivos que foram expostos ao longo dos debates travados entre os Ministros da Excelsa Corte.

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 reprisar 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 denexo 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*



PROCESSO Nº TST-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

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 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*



PROCESSO N° TST-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

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... 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).



PROCESSO Nº TST-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

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 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 culposo 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 culposo."*

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*



PROCESSO Nº TST-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

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 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).



PROCESSO Nº TST-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

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 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 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



PROCESSO Nº TST-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

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 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.



PROCESSO N° TST-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

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 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/73, 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 N° 13.467/2017. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LICITAÇÃO. DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE N° 760.931. TEMA 246 DA REPERCUSSÃO GERAL. SÚMULA N° 331, V, DO TST. RATIO DECIDENDI. ÔNUS DA PROVA. No julgamento do RE n° 760.931, o Supremo Tribunal Federal firmou a seguinte tese, com



PROCESSO Nº TST-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

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



PROCESSO N° TST-AIRR-101664-96.2016.5.01.0281

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 NEGOU PROVIMENTO.**

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, reconhecer a transcendência jurídica e negar provimento ao agravo de instrumento.

Brasília, 7 de abril de 2021.

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

DOUGLAS ALENCAR RODRIGUES

Ministro Relator