



PROCESSO Nº TST-AIRR-288-22.2020.5.10.0008

A C Ó R D ã O
(8ª Turma)

GMDMC/Rg/Dmc/cb/ao

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ÔNUS DA PROVA. 1. Cinge-se a presente controvérsia ao ônus da prova da fiscalização e da conduta culposa do ente público, por se tratar de elemento necessário à configuração da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, segundo a diretriz perfilhada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC nº 16 e a tese fixada no RE nº 760.931, em sede de repercussão geral (Tema nº 246). 2. A SDI-1 desta Corte, órgão de uniformização jurisprudencial *interna corporis*, firmou a compreensão de que a discussão atinente ao *onus probandi* não foi apreciada no referido precedente de repercussão geral, notadamente em razão do seu caráter infraconstitucional, incumbindo a este Tribunal Superior do Trabalho o enfrentamento da questão. E, assim, com base no princípio da aptidão para a prova e no fato de que a fiscalização constitui um dever legal, concluiu ser do ente público o encargo probatório de demonstrar a regular observância das exigências legais no tocante à fiscalização da prestadora dos serviços quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas. 3. Nesse contexto, a conclusão adotada pelo Tribunal de origem revela-se irrepreensível, pois a condenação subsidiária atribuída ao ente público não foi automática, mas decorreu da configuração da sua conduta culposa, porquanto não produziu nenhuma prova de que tenha fiscalizado a empresa contratada, ônus que lhe incumbia. **Agravo de instrumento conhecido e não provido.**



PROCESSO N° TST-AIRR-288-22.2020.5.10.0008

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n° **TST-AIRR-288-22.2020.5.10.0008**, em que é Agravante **DISTRITO FEDERAL** e são Agravados **GILVAN DA SILVA SOUZA** e **COZISUL - ALIMENTAÇÃO COLETIVA EIRELI**.

O Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, por meio da decisão de fls. 590/596, denegou seguimento ao recurso de revista interposto pelo segundo reclamado, Distrito Federal.

Inconformado com a referida decisão, o referido reclamado interpôs agravo de instrumento, às fls. 637/678, insistindo na admissibilidade da sua revista.

Não foram apresentadas contraminuta e contrarrazões.

O Ministério Público do Trabalho opina pelo prosseguimento do feito, ressaltando eventual pedido de intervenção por ocasião do julgamento da causa, conforme parecer de fls. 688/690.

É o relatório.

V O T O

I - CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos legais de admissibilidade, **conheço** do agravo de instrumento.

II - MÉRITO

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ÔNUS DA PROVA.

O Tribunal Regional adotou os seguintes fundamentos quanto ao tema:

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA



PROCESSO Nº TST-AIRR-288-22.2020.5.10.0008

O Juízo de origem verificou pela prova dos autos que o reclamante prestou serviços, por meio da primeira ré, em benefício imediato do segundo, sendo que este, não teria lograda comprovar "o cumprimento das obrigações contidas na Lei nº 8.666/93 e a efetiva fiscalização das obrigações legais da prestadora de serviços." (fls. 485). Assim, reconheceu a responsabilidade subsidiária deste último para responder pelos créditos trabalhistas devidos ao autor pela efetiva empregadora que, inclusive, foi considerada revel, ante a não apresentação de defesa.

Nas razões de recurso, o ente público alega que a primeira reclamada foi contratada não para fornecer mão-de-obra, mas para o fornecimento de um produto/serviço específico (refeições em restaurante comunitário), não sendo beneficiário direto do labor da reclamante. Afirma que sua condenação se deu pelo mero inadimplemento das verbas trabalhistas, em clara oposição ao decidido no ADC 16/DF e em contrariedade à Súmula 331, V, do Tribunal Superior do Trabalho e Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal. Alega ausência de prova quanto à culpa da Administração Pública, ônus da parte Reclamante e do qual não se desincumbiu. Requer a exclusão de sua responsabilidade subsidiária.

Analiso. O contrato firmado entre os reclamados não era para a simples aquisição de alimentos, mas sim de "prestação de serviços continuados de gestão de Restaurante Popular com a prestação de serviços de preparo, fornecimento e distribuição de alimentação (almoço), adequada e saudável..." (Cláusula Terceira - Do Objeto). Ou seja, restou configurada a terceirização, pois trata-se de verdadeira delegação do serviço público, através de intermediação de mão-de-obra.

Dito isto, passo para a análise específica da responsabilização do Reclamado.

O Supremo Tribunal Federal, em sessão do dia 30/3/2017, julgando o Leading Case no RE 760931 com repercussão geral, decidiu que o ente público não pode ser responsabilizado automaticamente por dívidas trabalhistas de terceirizadas que contrata, inclusive quanto às empresas que prestam serviço de limpeza e segurança de órgãos públicos. Ou seja: a regra seria que o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo pagamento. Todavia, ficou consignado que poderiam haver exceções,



PROCESSO Nº TST-AIRR-288-22.2020.5.10.0008

desde que comprovada, de forma robusta, a existência de culpa na fiscalização. O Ministro Roberto Barroso, na tentativa de explicitar a configuração de culpa, dispôs que:

"a responsabilização não pode ser automática, muito menos genérica... 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."

A possibilidade de responsabilização da Administração Pública se dá quando não observa seu dever de fiscalização, em conduta culposa - comissiva ou omissa -, como negligência na adoção de providências quanto à falha da prestadora dos serviços nos encargos trabalhistas. Assim, com lastro nos princípios da valorização do trabalho e dignidade da pessoa humana, o trabalhador estaria protegido. Ressalte-se que a condenação subsidiária não tem os mesmos efeitos de uma declaração de vinculação empregatícia com o Recorrente. A sua responsabilização subsidiária decorre, tão somente, do contrato de prestação de serviços que, incontestavelmente, efetuou com o primeiro Reclamado. Certo é que a aplicação da Súmula 331, V, do TST não dá ensejo à conclusão de que este Colegiado declara a inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, razão pela qual exsurge incólume o art. 97 da Constituição da República. Na verdade, a aplicação de tal preceito em sua literalidade pressupõe que a Administração Pública tenha agido de forma a fiscalizar a instituição prestadora de serviço, adotando as providências necessárias. Aliás, foi com base na decisão do próprio Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADC 16/DF, em 24/11/2010, que foi editado o item V do referido Verbete, já considerando a necessidade de demonstração de culpa. Naquele momento, por maioria, decidiu-se pela constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, tendo sido explicitado que o TST não poderia generalizar os casos, mas investigar com



PROCESSO Nº TST-AIRR-288-22.2020.5.10.0008

rigor se a inadimplência tinha como causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante.

Com esse enfoque, cada caso concreto deve ser apreciado pelo Órgão Julgador, levando em consideração se o conjunto probatório demonstra ausência de culpa na eleição e na fiscalização da prestadora de serviços. O Ministro Cezar Peluso expressamente enfatizou que "o que o TST tem reconhecido é que a omissão culposa da administração em relação à fiscalização de seus contratados gera responsabilidade".

Registro, ainda, que o encargo probatório quanto à efetiva fiscalização das atividades da prestadora de serviços não incumbe ao empregado porque não se trata de fato constitutivo do direito vindicado por este, mas sim de fato impeditivo à sua pretensão, na forma do art. 373, inciso II, do Código de Processo Civil. Logo, o ônus da prova pertence ao próprio Recorrente. Ademais, estar-se-ia impondo ao reclamante a prova de fatos negativos (não fiscalização), o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio, a teor do princípio do devido processo legal em sua acepção substancial. Assim, não há que se falar em indevida inversão do ônus da prova, como aventado no recurso, não se cogitando de nulidade da sentença por inobservância da regra processual.

Com efeito, é papel do Judiciário, uma vez instado a se pronunciar, perquirir se o ente público deve ser responsabilizado de forma subsidiária em virtude da existência de culpa "in eligendo" e "in vigilando". Nessa quadra, passa-se ao exame do caso em concreto.

Pelo que se infere do conjunto probatório, aliás, como bem observado pelo Juízo originário, o ente público não logrou demonstrar que efetivamente fiscalizou a prestadora de serviço de forma a evitar a inadimplência do pagamento dos créditos obreiros, visto que não há qualquer elemento material nos autos capaz de revelar o cuidado na apuração da conduta da intermediadora perante seus contratados.

Da análise dos autos, como bem explicado em sentença, ficou comprovada a falha do Distrito Federal na sua obrigação legal e contratual de fiscalização. Conforme Memorando nº157/2017, a primeira Reclamada deveria, mensalmente, apresentar comprovantes de recolhimentos dos encargos previdenciários, trabalhistas, fiscais e comerciais, sob pena de não recebimento das faturas até a apresentação destes documentos.



PROCESSO N° TST-AIRR-288-22.2020.5.10.0008

Ocorre que o ente público, de forma negligente, manteve o repasse de verbas para a primeira Reclamada, mesmo esta contrariando a Cláusula Décima Primeira - Das Obrigações e Responsabilidades da Contratada, não efetuando os depósitos fundiários a partir de janeiro além da multa fundiária, e do inadimplemento das verbas rescisórias devidas ao autor.

Verifica-se, portanto, que não há qualquer elemento material capaz de revelar o cuidado na apuração da conduta da primeira Reclamada perante os serviços prestados pelo Reclamante, razão pela qual, deve o ente público ser responsabilizado subsidiariamente.

Ante o exposto, não há falar em violação à Súmula vinculante n.º 10 do STF.

Por fim, assinale-se que o prequestionamento é da tese e não de preceitos legais ou constitucionais invocados no recurso (OJ 118 da SDI-I do TST).

Não havendo sucumbência por parte da autora, não há que se falar em pagamento de honorários sucumbenciais como requer o ente público.

Evitando-se enriquecimento sem causa, permite-se a compensação de valores pagos diretamente pela tomadora de serviços, sob a mesma rubrica, consoante documentos já constantes dos autos.” (fls. 526/529)

Às fls. 552/589, o segundo reclamado se insurge contra o acórdão regional que manteve sua responsabilidade subsidiária pelas verbas trabalhistas reconhecidas nos autos.

Argui, em síntese, não ter havido demonstração de conduta culposa do ora agravante, de modo que sua responsabilidade subsidiária foi reconhecida em razão do mero inadimplemento de verbas trabalhistas por parte da prestadora contratada.

Nessa toada, assere que o ônus da prova acerca da culpa *in vigilando* da Administração Pública deve ser suportado pela parte reclamante, pois referente a fato constitutivo de seu direito e do qual não se desincumbiu nos presentes autos.

Sustenta que o art. 71, § 1º, da Lei n° 8.666/93, declarado constitucional pelo STF no julgamento da ADC n° 16, expressamente proíbe a transferência dos encargos trabalhistas assumidos pela empresa contratada à Administração Pública.



PROCESSO Nº TST-AIRR-288-22.2020.5.10.0008

Salienta que a manutenção do acórdão regional importa em violação da cláusula de reserva de plenário, pois importa em declaração de inconstitucionalidade do referido art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Aponta violação dos arts. 2º e 5º, II, 22, XXVII, 37, § 6º, XXI, 44, 48, 97 e 102, § 2º, da CF, 71, *caput*, § 1º, da Lei nº 8.666/93, 818 da CLT, 48, 302, I, 320, II, e 373, I, do CPC e 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99, contrariedade à ADC 16/STF, à Súmula Vinculante nº 10 do STF e à Súmula nº 331, IV, V e VI, do TST e traz divergência jurisprudencial.

Ao exame.

Ressalte-se que não há falar em afronta à separação de poderes, com a conseqüente ofensa ao art. 2º da Constituição Federal, uma vez que as súmulas editadas pelos Tribunais não se equivalem às leis, mas traduzem interpretação, em conformidade com os dispositivos legais ou constitucionais, acerca de determinada matéria, depois de reiteradas decisões em um mesmo sentido.

A alegada ofensa ao art. 5º, II, da CF, que trata genericamente do princípio da legalidade, não permite caracterizar ofensa direta e literal, nos moldes do art. 896, "c", da CLT e da diretriz perfilhada pela Súmula nº 636 do STF, mormente quando sua aferição demanda a incursão prévia na legislação infraconstitucional, configurando, quando muito, hipótese de violação meramente reflexa ou indireta.

É cediço que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC nº 16, declarou a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, o qual estabelece que *"A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis"*.

Contudo, por ocasião do aludido julgamento, restou estabelecida a compreensão de que *"a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas se reconheceu que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar*



PROCESSO N° TST-AIRR-288-22.2020.5.10.0008

as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade" (Rel. Min. Cezar Peluso, DJE de 9/9/2011).

Nessa linha de entendimento, este Tribunal Superior modificou a redação da Súmula n° 331, inserindo o item V, cujo teor é o seguinte:

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

Por sua vez, no julgamento do RE n° 760.931, em sede de repercussão geral (Tema n° 246), o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese:

"O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei n° 8.666/93."

Na presente hipótese, o Tribunal de origem consignou que:

“Registro, ainda, que o encargo probatório quanto à efetiva fiscalização das atividades da prestadora de serviços não incumbe ao empregado porque não se trata de fato constitutivo do direito vindicado por este, mas sim de fato impeditivo à sua pretensão, na forma do art. 373, inciso II, do Código de Processo Civil. Logo, o ônus da prova pertence ao próprio Recorrente. Ademais, estar-se-ia impondo ao reclamante a prova de fatos negativos (não fiscalização), o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio, a teor do princípio do devido processo legal em sua acepção substancial. Assim, não há que se falar em indevida inversão do ônus da



PROCESSO N° TST-AIRR-288-22.2020.5.10.0008

prova, como aventado no recurso, não se cogitando de nulidade da sentença por inobservância da regra processual.

(...)

Pelo que se infere do conjunto probatório, aliás, como bem observado pelo Juízo originário, o ente público não logrou demonstrar que efetivamente fiscalizou a prestadora de serviço de forma a evitar a inadimplência do pagamento dos créditos obreiros, visto que não há qualquer elemento material nos autos capaz de revelar o cuidado na apuração da conduta da intermediadora perante seus contratados.” (fls. 527/528)

A presente controvérsia gira em torno do ônus da prova da fiscalização e da configuração da conduta culposa do ente público, a fim de se aferir a observância da diretriz perfilhada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC n° 16 e da tese fixada no julgamento do RE n° 760.931 (Tema n° 246) quanto à responsabilidade subsidiária da Administração Pública.

Segundo o meu entendimento pessoal, os debates que conduziram o referido julgamento do precedente de repercussão geral demonstraram que não prevaleceu o voto da Exma. Ministra Relatora Rosa Maria Weber, de que cabia à Administração Pública comprovar que fiscalizou devidamente o cumprimento do contrato, não se podendo exigir dos terceirizados o ônus de provar o descumprimento desse dever legal, e, nos termos do voto prevalecente proferido pelo Exmo. Ministro Luiz Fux, Redator Designado, a Corte Suprema concluiu que a imputação da culpa *in vigilando* ou *in eligendo* à Administração Pública, por suposta deficiência na fiscalização da fiel observância das normas trabalhistas pela empresa contratada, somente pode acontecer nos casos em que se tenha a efetiva comprovação da ausência de fiscalização, de modo que a alegada ausência de comprovação em juízo da efetiva fiscalização do contrato não substitui a necessidade de prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido.

Assim, entendo que o posicionamento preponderante afastou o reconhecimento da responsabilidade subsidiária do ente público quando fundamentada apenas na ausência de prova da fiscalização do



PROCESSO Nº TST-AIRR-288-22.2020.5.10.0008

contrato de terceirização e na inversão desse ônus probatório em favor do empregado terceirizado.

Contudo, a SDI-1 desta Corte, órgão de uniformização jurisprudencial *interna corporis*, em sessão completa realizada no dia 12/12/2019, no julgamento dos autos do processo nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281, de relatoria do Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, firmou a compreensão de que a discussão atinente ao *onus probandi* não foi apreciada no referido precedente de repercussão geral, notadamente em razão do seu caráter infraconstitucional, incumbindo a este Tribunal Superior do Trabalho o enfrentamento da questão. Nessa linha, com base no princípio da aptidão para a prova e no fato de que a fiscalização constitui um dever legal, concluiu ser do ente público o encargo probatório de demonstrar a regular observância das exigências legais no tocante à fiscalização da prestadora dos serviços quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas.

Nesse contexto, a conclusão adotada pelo Tribunal de origem revela-se irrepreensível, pois a condenação subsidiária atribuída ao ente público não foi automática, mas decorreu da configuração da sua conduta culposa, porquanto não produziu nenhuma prova de que tenha fiscalizado a empresa contratada, ônus que lhe incumbia. Por conseguinte, não há falar em inobservância do referido *leading case*.

Incólumes, pois, os dispositivos invocados, sendo inviável o dissenso pretoriano, ante o óbice da Súmula nº 333 desta Corte.

Nego provimento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, **conhecer** do agravo de instrumento e, no mérito, **negar-lhe provimento**.

Brasília, 16 de junho de 2021.

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

DORA MARIA DA COSTA
Ministra Relatora