



PROCESSO Nº TST-ED-Ag-AIRR-104000-25.2009.5.03.0132

**ACÓRDÃO**  
**2ª TURMA**  
**GDCMRC/fpc/vg**

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - TEMPESTIVIDADE.** Constatado erro material no julgado, os embargos de declaração merecem ser acolhidos, com efeito modificativo.

**Embargos de declaração acolhidos para imprimir efeito modificativo ao julgado.**

**AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ÔNUS DA PROVA - CULPA *IN VIGILANDO*.**

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 16, firmou o entendimento de que, nos casos em que restar demonstrada a culpa *in eligendo* ou *in vigilando* da Administração Pública, viável se torna a sua responsabilização subsidiária pelos encargos devidos ao trabalhador, tendo em vista que, nessa situação, responde o ente público pela sua própria incúria.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema 246 de Repercussão Geral (RE 760.931), definiu 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 8.666/1993.



**PROCESSO Nº TST-ED-Ag-AIRR-104000-25.2009.5.03.0132**

3. Só é possível dizer que a Administração Pública se desincumbe de sua responsabilidade quando cumpre os deveres positivos de fiscalização. Do dever de fiscalizar exsurge, pois, o dever de provar.

4. Ante o princípio da aptidão para a prova, o ônus de comprovar a efetiva fiscalização do contrato entre a prestadora e o empregado é do tomador de serviços, por ser desproporcional impor aos trabalhadores o dever probatório quanto ao descumprimento da fiscalização por parte da Administração Pública, quando é ela que tem melhores condições de demonstrar que cumpriu com seu dever legal.

5. Dessa forma, cabe à Administração Pública comprovar nos autos que cumpriu os deveres positivos de fiscalização que a legislação lhe impõe. Não o tendo feito, como no caso, fica responsável subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas.

**Agravo interno desprovido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº **TST-ED-Ag-AIRR-104000-25.2009.5.03.0132**, em que é Embargante **INSTITUTO FEDERAL DE EDUCACAO, CIENCIA E TECNOLOGIA DO SUDESTE DE MINAS GERAIS** e são Embargados **IVAN MARCIO DA SILVA** e **MASSA FALIDA DE ZL AMBIENTAL LTDA**.

Trata-se de embargos de declaração opostos pela segunda reclamada em face do acórdão (fl.539), por meio do qual a 2ª Turma não conheceu do agravo interposto.

O embargante alega, em síntese, a existência de erro material no julgado.



**PROCESSO Nº TST-ED-Ag-AIRR-104000-25.2009.5.03.0132**

É o relatório.

**V O T O**

**I - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**

**1 - CONHECIMENTO**

Presentes os requisitos processuais pertinentes, **conheço** dos embargos de declaração.

**2 - MÉRITO**

A 2ª Turma não conheceu do agravo interposto pela segunda reclamada, pois intempestivo.

Em suas razões de embargos de declaração, a recorrente argumenta, em síntese, que a Turma incorreu em erro material.

Alega que foi intimada no dia 9/9/2022, e que o prazo recursal contado em dobro finalizaria no dia 3/10/2022.

Sustenta, portanto, que o recurso interposto no dia 30/9/2022 é tempestivo.

De fato, razão assiste ao exequente.

Conforme se verifica da certidão de fl. 513, a procuradoria do ente foi pessoalmente intimada no dia 9/9/2022, contando desta data o prazo recursal.

Por tais fundamentos, **acolho os embargos de declaração** opostos para, concedendo-lhe efeito modificativo, tornar sem efeito o acórdão, fls. 539-541.

Ato contínuo, passo à nova análise do agravo interno interposto pela parte.

**II - AGRAVO INTERNO**

Em decisão monocrática, foi negado provimento ao agravo de instrumento da Administração Pública, mantendo-se os fundamentos da decisão recorrida.

O Ente Público então interpõe agravo interno, requerendo a reforma da decisão.



**PROCESSO Nº TST-ED-Ag-AIRR-104000-25.2009.5.03.0132**

Alega que o inadimplemento não transfere automaticamente ao reclamado a responsabilidade pelo pagamento das verbas trabalhistas deferidas.

Defende que o ônus da prova de fiscalização é do reclamante. Aponta como violados os arts. 5º, II, 37, § 6º, 102, § 2º, e 97 da Constituição Federal e 71, § 1º, da Lei no 8.666/1993.

Analiso.

A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços decorre principalmente do benefício auferido com o labor prestado pelo trabalhador. Fundamenta-se no dever de cuidado na escolha da prestadora dos serviços, assim como de zelo pela boa e correta execução do contrato por parte da empresa escolhida.

O § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/1993 teve sua constitucionalidade declarada no julgamento da ADC 16, o que levou o TST a alterar a redação do item IV da Súmula nº 331 e a acrescentar os itens V e VI.

No entanto, tal declaração não isentou o ente público da responsabilidade subsidiária no caso de inadimplemento do contrato por parte da empresa prestadora de serviços. Esta apenas não pode mais ser decretada com base tão somente no inadimplemento, fazendo-se necessária a prova da má-escolha da empresa prestadora ou da omissão da Administração Pública em seu dever de fiscalizar o bom andamento do contrato.

Embora reste atenuada a culpa *in eligendo* atribuída ao ente público em face da adoção de procedimento licitatório, deve haver a fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviços como empregadora.

Vale lembrar que a obrigação contratual não se exaure no adimplemento do seu objeto imediato, havendo outros deveres anexos ao contrato, dentre eles, o de fiscalizar se a prestadora de serviços contratada cumpre o contrato celebrado dentro do que determina o ordenamento jurídico - no caso, se efetuava corretamente o pagamento de suas obrigações trabalhistas.

Salienta-se que não se está negando vigência ao art. 71, § 1º, da Lei de Licitações. A questão é equacionada a partir dos arts. 58, III, e 67, *caput* e §1º, da Lei nº 8.666/1993, que impõem à Administração Pública o ônus de fiscalizar o cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo vencedor da licitação (entre elas, por óbvio, as decorrentes da legislação laboral), por meio de condutas comissivas e



**PROCESSO Nº TST-ED-Ag-AIRR-104000-25.2009.5.03.0132**

objetivas, razão pela qual caberá ao Poder Judiciário, ante cada caso concreto, aferir, a partir da prova dos autos, o cumprimento ou não dos mencionados deveres vinculantes.

Confira-se a redação dos dispositivos de lei acima referidos:

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

.....  
III - fiscalizar-lhes a execução;  
.....

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

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

Certo é que o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, como regra, isenta de responsabilidade o ente público que realiza contrato de terceirização de serviços com ente idôneo.

Todavia, como em todo e qualquer ato administrativo praticado, a atribuição de consequências jurídicas passa pela prática do ato em plena conformidade com o princípio da legalidade administrativa, com expressa previsão no art. 37, *caput*, da Carta Magna:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

Não se pode perder de vista que a Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade (art. 5º, II, da Constituição Federal).

O Desembargador Francisco Rossal de Araújo leciona, com propriedade, sobre o princípio da legalidade e suas repercussões na Administração Pública:



## PROCESSO Nº TST-ED-Ag-AIRR-104000-25.2009.5.03.0132

(...) Nas palavras de Almiro do Couto e Silva, “no Estado de Direito há necessariamente a submissão de toda a atividade pública a uma rede ou malha legal, cujo tecido não é, entretanto, homogêneo.” Prossegue o autor afirmando que “por vezes ela é composta por fios tão estreitos, que não deixa qualquer espaço aos órgãos e agentes públicos que lhes estão submetidos”. Outras vezes, porém, “os fios dessa rede são mais abertos, de modo a permitir que entre eles exista liberdade de deliberação e ação”. Isso significa que o poder legal é um poder formulado no âmbito de um ordenamento jurídico constitucional, o qual atribui a determinados agentes o seu exercício e também a sua limitação, verificando-se a dicotomia legalidade-discrecionalidade.

A atividade do Estado fica sujeita à lei, caracterizando-se esta como a expressão da vontade popular, legitimadora do exercício do poder político. Por esta razão, o Princípio da Legalidade está ligado diretamente à separação dos poderes do Estado, como forma de controlar a atividade deste, seja na criação, execução ou interpretação da lei. A nenhum cidadão é lícito exigir atitude ou impor abstenção senão em virtude da lei.

O princípio tem evolução histórica significativa, passando pelo Estado Liberal, Estado Social e chegando aos dias atuais dentro do chamado Estado Democrático de Direito. No Brasil, ele teve acolhida em todas as Constituições, à exceção da de 1937. A Constituição atual, promulgada a 5 de outubro de 1988, o prevê no art. 5º, inc. II. A redação é praticamente a mesma desde a Carta Magna de 1824, passando pelas Constituições de 1891, 1934, 1946 e 1967.

A inter-relação entre a liberdade dos indivíduos e a forma de agir da administração deve estar presente na definição do princípio que, conforme Marcello Caetano, seria aquele segundo o qual nenhum órgão ou agente da Administração Pública tem a faculdade de praticar atos que possam contender com interesses alheios senão em virtude de uma norma geral anterior. A restrição da liberdade oriunda da atuação do poder do Estado levou à elaboração do Princípio da Reserva Legal (Vorbehalt des Gesetzes) e do Princípio da Supremacia ou Prevalência da Lei (Vorrang des Gesetzes). Com a noção de que a lei deve ser emanada segundo a vontade do povo, Otto Mayer cunha a noção de Reserva Legal para afirmar que tudo o que a lei não proíbe expressamente, é permitido. Este conceito, entretanto, em se tratando de efetiva limitação do poder do Estado, não é suficiente, pois a autonomia da vontade deste no campo não proibido pela lei é capaz de gerar abusos e iniquidades que podem ser visualizadas pela evolução histórica do Princípio da Legalidade, por definição mais amplo que o Princípio da Reserva Legal.

É interessante acrescentar que estes princípios permanecem válidos, pois a lei parlamentar é, no Estado Democrático, a expressão da própria democracia, vinculando jurídica e constitucionalmente o Poder Executivo. É claro que a sua validade se encontra condicionada por outros princípios como, por exemplo, a democratização das funções estatais.



### PROCESSO Nº TST-ED-Ag-AIRR-104000-25.2009.5.03.0132

A lei para o Estado Democrático de Direito deve realizar o Princípio da Igualdade e da Justiça, não pelo seu caráter genérico, mas pelo fim que encerra a correção das desigualdades. A legalidade e a discricionariedade estão ligadas aos valores da justiça. O Direito Administrativo deve ressaltar seu caráter dualista: conciliar o respeito aos direitos humanos fundamentais e a intervenção do Estado para dirimir as desigualdades sociais, ressaltando que o aspecto social e o aspecto democrático não são inconciliáveis. A supremacia do Direito é plena.

O Estado age regido por valores superiores que ordenam o todo, nele incluído a própria Constituição, que tende a reproduzi-los ou, pelo menos, destacá-los expressamente. A concretização destes valores superiores é a exigência que se faz ao Princípio da Legalidade, no sentido da busca de uma justiça material emanada do próprio povo, pois, segundo a própria Constituição, todo o poder emana daquele. Cabe ao Poder Estatal administrar esta justiça não como um simples jogo formal mediante raciocínios lógicos, mas com conexão com os valores médios da sociedade, buscando os seus anseios mais intensos. O povo não é o simples destinatário das normas, mas a sua própria origem, pois sua vontade formalizada constitui o Direito. Esta é a visão que deve estar presente no administrador ao aplicar a lei ou ao realizar atos administrativos. (ARAÚJO, Francisco Rossal de. "O Trabalho em Domingos e Feriados e Negociação Coletiva: Os Efeitos do Decreto n. 9.127/2017". Revista LTR, São Paulo, v. 82, nº 9, set. 2018, pp. 1049-1050)

A incidência do referido art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 parte de uma série de pressupostos, dentre eles, que a terceirização seja lícita, que haja regular procedimento de licitação (único procedimento apto a legitimar a contratação de particulares por entes públicos) e, igualmente, que a condução do contrato administrativo seja realizada em conformidade com a legislação vigente e com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

Nas palavras de Amorim, Delgado e Viana, "a Administração só se desincumbe deste seu dever quando demonstra a promoção eficaz de todos os procedimentos legais de controle, além daqueles que, embora não previstos expressamente na lei, sejam indispensáveis à eficiência da fiscalização na obtenção dos seus resultados, em respeito ao princípio da eficiência administrativa que rege a Administração Pública (Constituição, art. 37)". (AMORIM; DELGADO; VIANA. "Terceirização – aspectos gerais: última decisão do STF e a Súmula 331 do TST – novos enfoques". Revista do TST, nº 01/2011. Vol. 77/76, p.83).

O próprio ordenamento jurídico criou parâmetros e condições para a efetiva fiscalização das empresas prestadoras de serviços, estabelecendo que,



**PROCESSO Nº TST-ED-Ag-AIRR-104000-25.2009.5.03.0132**

caso o prestador dos serviços permaneça renitente no cumprimento das obrigações laborais, caberá à Administração Pública, além de reter o montante correspondente a eventuais salários atrasados, aplicar as penalidades previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/1993 (advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação e declaração de inidoneidade) ou, em último caso, rescindir o liame administrativo, nos termos dos arts. 77 e 78 do referido diploma legal.

Logo, se a Administração não fiscalizou a fiel execução do pacto, não zelando pela solvência das obrigações trabalhistas pela empresa contratada, embora detivesse plenas condições para tanto, inclusive ante a possibilidade de rescisão unilateral que caracteriza os contratos pactuados por entes públicos, deve arcar com as consequências jurídicas pelo cometimento desse ato ilícito.

Por isso a possibilidade de excepcionar a aplicação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, devidamente resguardada pela decisão vinculante proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 16, não só se afigura como garantia do adimplemento dos direitos trabalhistas dos trabalhadores terceirizados que prestam serviços a entes públicos, em uma concretização necessária ao princípio da dignidade da pessoa humana, mas também se traduz em relevante medida de controle e fomento à legalidade e à probidade administrativas.

A necessidade de adequação aos comandos legais e de estrito cumprimento dos deveres de fiscalização impostos pela Constituição e pela Lei nº 8.666/1993, como requisitos para a incidência da excludente de responsabilidade inserta no art. 71, § 1º, da referida lei, opera como um reforço positivo ao cumprimento do dever legal de fiscalização dos contratos administrativos e, ainda, como mais uma forma de controle da Administração Pública, combatendo práticas ilícitas, corruptas e de evasão indevida do orçamento público.

Longe de incitar “a transferência para a Administração Pública, por presunção de culpa, da responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, fiscais e previdenciários devidos ao empregado de empresa terceirizada” (Rcl 23.867/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ de 31/8/2016), estimula-se o manejo de todos os recursos disponíveis para a fiscalização das empresas contratadas, com aplicação de medidas administrativas e prestação de contas, como salvaguarda de que os custos com os contratos administrativos não se desdobrem na assunção de obrigações trabalhistas das contratadas.



**PROCESSO Nº TST-ED-Ag-AIRR-104000-25.2009.5.03.0132**

A conduta estimulada, portanto, para além de assegurar os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores terceirizados que foram lesados - finalidade à qual certamente se presta um Estado Democrático de Direito - é a conduta de lisura, transparência, eficiência e probidade na condução dos contratos administrativos.

Frise-se: o raciocínio consequencialista que se admite desenvolver, em um Estado Democrático de Direito, ancorado na supremacia do interesse público, no respeito aos direitos fundamentais e no paradigma da responsabilidade, é de exigência da eficiência administrativa na prestação dos serviços público, com respeito aos direitos trabalhistas e sem gasto indevido de recursos públicos.

No caso de prática irregular de contratações terceirizadas, não fiscalizadas ou mal fiscalizadas pelos entes públicos, a responsabilização se impõe não como forma de forçar a Administração Pública a pagar “duas vezes” pela mesma contratação. Ao contrário, a medida, além de assegurar a devida satisfação de direitos trabalhistas e sociais dos trabalhadores envolvidos, revela o imperativo de observância da legislação vigente em matéria de licitações e contratos administrativos, incitando os agentes públicos a observarem o princípio da legalidade estrita e o cuidado com o patrimônio e com a coisa públicos, sob pena de responsabilização, com impacto orçamentário.

É certo que, embora não possa ser imputada a responsabilidade objetiva à Administração Pública quando houver passivo trabalhista das empresas prestadoras de serviços contratadas por meio de regular procedimento licitatório, igualmente não há irresponsabilidade objetiva. Deve ser analisada, em cada caso, a existência de culpa atribuída ao ente público, a fim de imputar-lhe a responsabilidade pelos débitos trabalhistas.

Nesse sentido foi consolidado o entendimento desta Corte na atual redação do item V da Súmula nº 331:

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 nº 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida



**PROCESSO Nº TST-ED-Ag-AIRR-104000-25.2009.5.03.0132**

responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Nessa esteira, a Administração Pública somente se desincumbe de sua responsabilidade para com a contratação de prestação de serviços prevista na Lei nº 8.666/1993, quando cumpre os deveres positivos ali descritos de fiscalização, documentação e guarda das provas materiais da prática de tais atos.

No julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 30/3/2017, do tema de Repercussão Geral nº 246, representado pelo RE 760.931, a aferição da responsabilização subjetiva da Administração Pública foi novamente examinada.

Nesse julgamento, o STF, por maioria, de acordo com o voto do Ministro Luiz Fux, firmou a seguinte tese:

O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

O Plenário do STF estabeleceu, em síntese, que: o inadimplemento dos encargos trabalhistas não gera a responsabilidade da Administração Pública; e, se houver comprovada culpa atribuída ao ente público, vício na licitação ou negligência na fiscalização, incide a responsabilidade subsidiária subjetiva.

No debate travado por ocasião do referido julgamento, por diversas vezes foram feitas admoestações à Justiça do Trabalho, por tornar inócua a decisão proferida na ADC 16, ao impor à Administração Pública um ônus equivalente ao do próprio empregador ante a atribuição de responsabilidade pela ausência de fiscalização ou de provas de que fiscalizou.

Efetivamente, não houve definição de tese específica vinculante acerca do ônus da prova, mas apenas argumentações *obiter dictum*.

No julgamento dos embargos de declaração, o STF confirmou que a questão referente ao ônus da prova não foi definida no Tema 246 e não faz parte da tese vinculante.



**PROCESSO Nº TST-ED-Ag-AIRR-104000-25.2009.5.03.0132**

Tanto é que o posterior Tema 1118 de repercussão geral do STF, ainda pendente de julgamento, trata especificamente da questão:

Ônus da prova acerca de eventual conduta culposa na fiscalização das obrigações trabalhistas de prestadora de serviços, para fins de responsabilização subsidiária da Administração Pública, em virtude da tese firmada no RE 760.931 (Tema 246)

A discussão a respeito da culpa da Administração pública no acompanhamento das obrigações trabalhistas decorrentes dos contratos de prestação de serviços que celebra pauta-se na noção republicana de responsabilidade e transparência do administrador da coisa pública, no exercício do seu mister constitucional.

Como visto, essa responsabilidade decorre da existência de deveres positivos previstos na própria Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993) e em Portarias Ministeriais (Instrução Normativa nº 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG e suas alterações posteriores), disciplinadoras da condução dos contratos administrativos, que se revelam como importantes elementos de combate à corrupção e à evasão de verbas públicas por meio de contratos administrativos.

O cumprimento de tais deveres positivos por parte da Administração Pública traduz-se na prática de atos administrativos vinculados, que, no escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello, tem como um dos seus requisitos ou elementos intrínsecos a forma, a qual pode ser melhor traduzida como “o revestimento externo do ato” ou “o modo pelo qual ele aparece e revela sua existência”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Curso de Direito Administrativo”. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 394)

Explica Bandeira de Mello que “não pode haver ato sem forma, porquanto o direito não se ocupa de pensamentos ou intenções enquanto não traduzidos exteriormente”. Nesse passo, se é verdade que não se pode confundir forma com a formalização (ou seja, a exigência de uma solenização específica para a prática dos atos), é cediço, notadamente em relação a atos que condicionam o pagamento dos contratados em razão de contrato administrativo, que estes terão uma materialidade



**PROCESSO Nº TST-ED-Ag-AIRR-104000-25.2009.5.03.0132**

documental compatível com a transparência, a segurança e a necessidade de submissão dos atos públicos a posterior controle.

É certo, portanto, que, com relação aos contratos administrativos, onerosos para o erário público, a prática de atos de fiscalização e acompanhamento da fiel execução do contrato pressupõe a forma escrita e a salvaguarda da referida documentação pública pelo tempo suficiente para atender a possíveis questionamentos, como o que é veiculado na presente reclamação trabalhista.

Nessa esteira, só é possível dizer que a Administração se desincumbe de sua responsabilidade quando cumpre os deveres positivos de fiscalização descritos na Lei nº 8.666/1993, além de documentar e realizar a guarda das provas materiais da prática de tais atos.

A culpa atribuída ao ente público se materializa por meio da omissão no cumprimento dos seus deveres legais de fiscalização, que incluem a externalização documental de sua prática fiscalizatória, a guarda e a submissão dessa documentação a controle posterior.

De todo modo, ainda que a documentação da Administração Pública seja falha, o ente público pode comprovar a fiscalização, prevenção e contenção de riscos por qualquer outro meio de prova, como permite o art. 369 do CPC/2015.

Do dever de fiscalizar exsurge, pois, o dever de provar.

Se a fiscalização foi feita e documentada, tendo o ente público trazido aos autos do processo a referida comprovação, não se há de falar em responsabilização subsidiária.

Por outro lado, se a fiscalização não foi feita, não havendo, portanto, elementos probatórios a demonstrar em juízo a atuação positiva da Administração Pública no cumprimento da legalidade, sua culpa fica evidenciada e, de forma excepcional, tal como apontado nos julgamentos do ADC 16 e do tema de Repercussão Geral nº 246, a responsabilização subsidiária se legitima.

Ante o princípio da aptidão para a prova, o ônus de comprovar a efetiva fiscalização do contrato entre a prestadora e o empregado é do tomador de serviços, por ser desproporcional impor aos trabalhadores o dever probatório quanto ao descumprimento da fiscalização por parte da Administração Pública, quando é ela que tem melhores condições de demonstrar que cumpriu com seu dever legal.



**PROCESSO Nº TST-ED-Ag-AIRR-104000-25.2009.5.03.0132**

O CPC/2015, atento à concretização do direito material em detrimento da via processual, considerando o processo como um meio, e não um fim em si mesmo, consagra a teoria dinâmica do ônus da prova, quando incorpora o devido processo substancial (art. 7º do CPC/2015) e a flexibilização da regra rígida de distribuição do encargo probatório (art. 373, § 1º, do CPC/2015). Confirmam-se:

Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

O juízo de primeiro grau deve zelar pela correta distribuição do ônus da prova e tem poderes instrutórios, podendo determinar quais as provas necessárias ao julgamento do mérito, como autoriza o art. 370, *caput*, do CPC/2015, sempre em busca da verdade real.

Em decisão fundamentada o juiz deixa claro o encargo probatório de cada uma das partes e concede ao litigante a oportunidade de se desincumbir do ônus atribuído. Assim estabelece o citado art. 373, § 1º, do CPC/2015.

A leitura que faço do ordenamento jurídico é no sentido de que a Administração Pública, para se eximir da responsabilidade subsidiária, deve apresentar provas que atestem minimamente que atuou de forma diligente ou que, de alguma forma, cumpriu com seu dever de fiscalização imposto no art. 67 da Lei nº 8.666/1993.

Tal exigência não implica que a Administração Pública analise verba por verba inadimplida ou contrato por contrato firmado entre a prestadora de serviços e seus empregados. Ela deve ter ciência das condições em que se encontram



**PROCESSO Nº TST-ED-Ag-AIRR-104000-25.2009.5.03.0132**

os trabalhadores que lhe prestam serviço e não pode ignorar a existência de irregularidades, deixando de tomar providências a respeito.

Nada justifica que, existindo documentação ou outro tipo de prova que comprove que o ente público se desincumbiu do seu dever legal de fiscalização dos contratos administrativos, tais elementos probatórios não venham aos autos.

A exibição em juízo se impõe por força do princípio da aptidão para a prova e dos princípios eficiência, da legalidade e da publicidade (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), tendo a Administração Pública o dever de documentar o ato fiscalizatório.

Não é possível cogitar da exoneração de uma responsabilidade da Administração Pública de tal forma que não se viabilize o posterior controle, na melhor semântica do sistema de freios e contrapesos.

A prova da culpa por atos omissivos não pode ser confundida com a prova negativa ou diabólica, mas deve ser entendida como uma decorrência da aferição de que não foram praticadas as condutas positivas legalmente impostas e cujo descumprimento qualifica o ilícito administrativo.

Desse modo, a culpa se evidencia se a Administração Pública, curadora dos atos administrativos por ela praticados no acompanhamento do contrato administrativo, omite-se em apresentar em juízo a documentação correspondente ou qualquer outro elemento de convicção, não havendo que se falar em atribuição do ônus da prova ao trabalhador, com base no princípio da aptidão para a prova.

A questão do ônus da prova foi objeto de exame pela SBDI-I do TST em sua composição plena. Confira-se:

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



**PROCESSO Nº TST-ED-Ag-AIRR-104000-25.2009.5.03.0132**

decidendi da mencionada decisão revela, ainda, que a ausência sistemática de fiscalização, quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora, autoriza a responsabilização do Poder Público. Após o julgamento dos embargos de declaração e tendo sido expressamente rejeitada a proposta de que fossem parcialmente acolhidos para se esclarecer que o ônus da prova desse fato pertencia ao empregado, pode-se concluir que cabe a esta Corte Superior a definição da matéria, diante de sua natureza eminentemente infraconstitucional. Nessa linha, a remansosa e antiga jurisprudência daquele Tribunal: AI 405738 AgR, Rel . Min. Ilmar Galvão, 1ª T . , julg. em 12/11/2002; ARE 701091 AgR, Rel . Min. Cármen Lúcia, 2ª T . , julg. em 11/09/2012; RE 783235 AgR, Rel . Min. Teori Zavascki, 2ª T . , julg. em 24/06/2014; ARE 830441 AgR, Rel(a) Min. Rosa Weber, 1ª T . , julg. em 02/12/2014; ARE 1224559 ED-AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julg . em 11/11/2019. Portanto, em sede de embargos de declaração, o Supremo Tribunal Federal deixou claro que a matéria pertinente ao ônus da prova não foi por ele definida, ao fixar o alcance do Tema 246. Permitiu, por conseguinte que a responsabilidade subsidiária seja reconhecida, mas sempre de natureza subjetiva, ou seja, faz-se necessário verificar a existência de culpa in vigilando. Por esse fundamento e com base no dever ordinário de fiscalização da execução do contrato e de obrigações outras impostas à Administração Pública por diversos dispositivos da Lei nº 8.666/1993, a exemplo, especialmente, dos artigos 58, III; 67, caput e seu § 1º; e dos artigos 54, § 1º; 55, XIII; 58, III; 66; 67, § 1º; 77 e 78, é do Poder Público, tomador dos serviços, o ônus de demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato de prestação de serviços. No caso, o Tribunal Regional consignou que os documentos juntados aos autos pelo ente público são insuficientes à prova de que houve diligência no cumprimento do dever de fiscalização, relativamente ao adimplemento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizada. Ou seja, não se desincumbiu do ônus que lhe cabia. A Egrégia Turma, por sua vez, atribuiu ao trabalhador o ônus da prova, razão pela qual merece reforma a decisão embargada, a fim de restabelecer o acórdão regional. Recurso de embargos conhecido e provido " (E-RR-925-07.2016.5.05.0281, SBDI-1, Rel. Min. Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT de 22/5/2020)

A questão do ônus da prova da Administração Pública já foi objeto de inúmeros julgados do TST. A título exemplificativo:

AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TOMADOR DE SERVIÇOS. FISCALIZAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. ÔNUS DA PROVA ATRIBUÍDO AO ENTE PÚBLICO. Não merece reparos a decisão agravada. A SBDI-1 do TST, no julgamento do processo nº E-RR-925-07.2016.5.05.0281, ocorrido em 12/12/2019, ao entendimento de que o STF, ao fixar o alcance do Tema 246, não se



**PROCESSO Nº TST-ED-Ag-AIRR-104000-25.2009.5.03.0132**

manifestou sobre o ônus da prova, por se tratar de matéria infraconstitucional, decidiu que incumbe ao ente público o encargo de demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato de prestação de serviços. No caso dos autos, observa-se que a condenação subsidiária fundou-se na ausência de prova de efetiva fiscalização. Assim, a decisão regional está em harmonia com a compreensão do órgão uniformizador interno desta Corte Superior. Portanto, deve ser mantida a responsabilidade subsidiária do ente público tomador dos serviços. Agravo não provido. (Ag-AIRR-20817-67.2019.5.04.0104, 2ª Turma, Rel. Min. Maria Helena Mallmann, DEJT de 18/2/2022)

AGRAVO . AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 . RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TEMA Nº 246 DA REPERCUSSÃO GERAL. CULPA IN VIGILANDO . FISCALIZAÇÃO. DEFINIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. DECISÃO COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 255, INCISO III, ALÍNEA "B", DO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Não merece provimento o agravo, pois não desconstitui os fundamentos da decisão monocrática , pela qual foi negado provimento ao agravo de instrumento interposto pelo Estado do Rio de Janeiro, fundada na aplicação do entendimento de que é ônus da Administração Pública comprovar que não agiu com culpa in vigilando em relação ao cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias pela prestadora de serviços . Agravo desprovido. (Ag-AIRR-100105-88.2016.5.01.0060, 2ª Turma, Rel. Min. Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT de 18/2/2022)

(...) II - RECURSO DE REVISTA. RECURSO INTERPOSTO APÓS A LEI N.º13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. TOMADOR DE SERVIÇOS. EXISTÊNCIA OU NÃO DE CULPA. ÔNUS DA PROVA. Em observância ao princípio da aptidão para a prova, o ente público, detentor dos meios de prova necessários, deveria ter comprovado que fiscalizou de maneira eficaz o encargo que lhe fora imposto. Necessário retorno dos autos ao Tribunal Regional de origem , a fim de que analise a existência ou não de culpa do ente público na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas do empregador direto da reclamante. Recurso de revista conhecido e provido. (RR-55-47.2012.5.02.0034, 2ª Turma, Rel. Min. Maria Helena Mallmann, DEJT de 31/3/2017)

RECURSO DE REVISTA - TERCEIRIZAÇÃO - ENTE PÚBLICO - ADC Nº 16 - CULPAS IN VIGILANDO, IN ELIGENDO E IN OMITTENDO - ARTS. 58, III, E 67 , CAPUT E § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 - INCIDÊNCIA DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO - ÔNUS PROBATÓRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 1. O STF, ao julgar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ressaltou que, nos casos de culpa in vigilando ou in



**PROCESSO Nº TST-ED-Ag-AIRR-104000-25.2009.5.03.0132**

eligendo, a Administração Pública responderia pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pelas empresas contratadas. Importante contextualizar a exceção contida na decisão do STF na ADC nº 16 como garantia da persistência da condição republicana do Estado Brasileiro e da prevalência do paradigma do Estado Democrático de Direito, que é regido, a um só tempo, pela supremacia do interesse público, pela responsabilidade do Estado e dos agentes estatais e pela garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. 2. Na situação dos autos, em face da ausência de elementos fático-probatórios, a Corte regional elucidou a questão a partir das regras que regem a distribuição do ônus probatório. 3. A decisão do STF na ADC nº 16 - DF não adentrou à questão processual atinente à distribuição do ônus da prova da culpa do ente público, tendo apenas traçado as diretrizes para aferição da regra contida no art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 e das possibilidades constitucionais de excepciona-la. Contudo, considerado o caráter instrumental do processo em relação ao direito material que este visa efetivar, a discussão a respeito da distribuição do ônus da prova da conduta da Administração Pública deve observar os parâmetros contidos na própria decisão da ADC nº 16. 4. Consistem os atos de fiscalização determinados pela Lei nº 8.666/93 e pelos demais diplomas normativos vigentes em atos administrativos vinculados cuja prática pressupõe atendimento ao requisito da forma, que, por força da segurança jurídica, da eficiência, da legalidade e da publicidade, deve ocorrer de modo escrito, notadamente quando implicar a produção de efeitos jurídicos com impactos patrimoniais significativos para o erário. 5. Com relação aos contratos administrativos, onerosos para o erário público, a prática de atos de fiscalização e acompanhamento da fiel execução do contrato pressupõe a forma escrita e a salvaguarda da referida documentação pública pelo tempo suficiente a atender a possíveis questionamentos, como o que é veiculado na presente reclamação trabalhista. 6. Nessa esteira, só é possível dizer que a administração se desincumbe de sua responsabilidade para com a contratação de prestação de serviços prevista na Lei nº 8.666/93 quando cumpre os deveres positivos de fiscalização ali descritos, documenta e realiza a guarda das provas materiais da prática de tais atos. Do dever de fiscalizar exsurge, pois, o dever de provar. 7. Na esteira do raciocínio jurídico estabelecido pelo próprio STF no julgamento da ADC nº 16 cabia à Administração Pública comprovar que cumpriu os deveres positivos de fiscalização que a legislação lhe impõe. Não o tendo feito, fica submetida à responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas. 8. Cogita-se de aplicação do princípio da aptidão para a prova, que, no caso, é reforçado pela impossibilidade de se atribuir ao trabalhador o ônus de provar fato negativo, qual seja a ausência de fiscalização. Recurso de revista conhecido e provido. (RR-1412-81.2010.5.02.0018, 7ª Turma, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, DEJT de 17/2/2017)

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 10052185B6A26722C6.



**PROCESSO Nº TST-ED-Ag-AIRR-104000-25.2009.5.03.0132**

Assim, cabe à Administração Pública comprovar nos autos que cumpriu os deveres positivos de fiscalização que a legislação lhe impõe.

No caso, o Tribunal Regional atribuiu o ônus da prova à Administração Pública e verificou que o ente público não trouxe aos autos nenhum elemento probatório acerca da fiscalização do pacto administrativo, não tendo adotado nenhuma das medidas capazes de evitar ou reduzir os prejuízos causados pela primeira ré, fl. 386:

(...)

No caso dos autos, o segundo reclamado não apresentou documentos hábeis a comprovar a efetiva e tempestiva fiscalização pelo ente público acerca do cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa contratada. O contrato de prestação de serviços e aditivos firmados entre os réus demonstram que o término da relação contratual ocorreu em razão do prazo final de vigência estipulado entre as partes (ID. 6d44505 - Pág. 11-29), ausente qualquer medida eficaz de fiscalização do ente público durante o período de contratação da primeira ré. Aliás, a alegada fiscalização por parte do ente público mostrou-se claramente ineficaz, uma vez que foi necessário o ajuizamento de ação trabalhista pelo autor, a fim de buscar o cumprimento de direitos trabalhistas primordiais, tais como pagamento de férias de dois períodos aquisitivos, salário retido, diferenças de FGTS + 40%, aviso prévio, 13º salário proporcional (sentença ID. 56922a0 - Pág. 10).

Verificando-se, pois, a ausência de providências efetivas a fim de ver cumpridas tais obrigações, conforme previsto na Lei nº 8.666/93, deve o recorrente responder subsidiariamente pelos prejuízos causados ao reclamante, uma vez configurada a sua culpa *in vigilando*.

(...)

Ante esse quadro, deve ser mantida a responsabilidade subsidiária da segunda reclamada, com base na distribuição do ônus da prova, tendo em vista a interpretação conferida pelo STF ao art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 (ADC 16 e tema de Repercussão Geral nº 246).

Assim, na presente situação, a Administração Pública deve ser responsabilizada subsidiariamente pela dívida trabalhista, pois o ônus da prova da culpa *in vigilando* recai sobre o tomador dos serviços, considerando o princípio da aptidão para a prova e a necessidade de documentação dos atos administrativos.



**PROCESSO Nº TST-ED-Ag-AIRR-104000-25.2009.5.03.0132**

Por conseguinte, é inviável o agravo interno da segunda reclamada, pois a decisão singular agravada e o acórdão regional estão em perfeita conformidade com o posicionamento definido pelo STF e pelo TST.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

**ISTO POSTO**

**ACORDAM** os Ministros da 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer dos embargos de declaração e, no mérito, dar-lhes provimento para imprimir efeito modificativo ao julgado. Por unanimidade, conhecer do agravo interno e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 19 de abril de 2023.

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

**MARGARETH RODRIGUES COSTA**  
**Desembargadora Convocada Relatora**