



PROCESSO Nº TST-AIRR-2947-16.2011.5.02.0081

Agravante : **JULIO SANTOS FERREIRA**
Advogado : Dr. Maurício Nahas Borges
Agravante : **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**
Procurador: Dr. Flávio César Damasco
Agravado : **COMPANHIA DE PROCESSAMENTO DE DADOS DO ESTADO DE SÃO PAULO**
- **PRODESP**
Advogado : Dr. Marcio Rodrigues
Agravado : **GSV SEGURANÇA E VIGILÂNCIA LTDA.**
Advogada : Dra. Talita Roxana Pinheiro Nobre

VMF/tm

D E C I S Ã O

Trata-se de agravos de instrumento interpostos pelo reclamante e pelo segundo reclamado contra decisão do 2º Tribunal Regional do Trabalho, que denegou seguimento aos seus recursos de revista.

Apresentadas contraminuta e contrarrazões.

Manifestação do Ministério Público do Trabalho pela ausência de interesse público a ser tutelado.

O processo não está submetido à Lei nº 13.015/2014.

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE

1 - CONHECIMENTO

Conheço do agravo de instrumento porque presentes os pressupostos legais de admissibilidade.

2 - MÉRITO

2.1 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA TERECEIRA RECLAMADA - PRODESP

Nas razões de agravo de instrumento, reitera o autor a alegação de que o reconhecimento judicial de direitos trabalhistas durante o período de prestação de serviços para a 3ª reclamada decorre da ausência de fiscalização do cumprimento das obrigações por parte da empresa contratada. Invoca os arts. 29, 58, 60 a 70, 78, XII e XVII, 79, I, da Lei nº 8.666/93; 1º, III e IV, 170 e 193 da Constituição Federal; e Súmula nº 331, IV e V, do TST. Traz arestos.

O § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 teve sua constitucionalidade declarada pelo STF no julgamento da ADC nº 16.

No entanto, tal declaração não isentou a Administração Pública da responsabilidade subsidiária no caso de inadimplemento do contrato



PROCESSO Nº TST-AIRR-2947-16.2011.5.02.0081

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 do ente público em seu dever de fiscalizar o bom andamento do contrato.

Embora reste atenuada a culpa *in eligendo* do 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) e, dentre eles, o dever 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 poderia ser equacionada a partir dos arts. 58, III, e 67, *caput* e § 1º, da Lei nº 8.666/93, 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 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.

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.

Não se pode perder de vista que a Administração Pública está adstrita ao Princípio da Legalidade (art. 5º, II, da Constituição Federal), com expressa previsão no art. 37, *caput*, da Carta Magna.

Confira-se a lição do Desembargador Francisco Rossal de Araújo sobre o princípio da legalidade:

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



PROCESSO Nº TST-AIRR-2947-16.2011.5.02.0081

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.

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



PROCESSO Nº TST-AIRR-2947-16.2011.5.02.0081

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, p. 1049-1050)

A incidência do referido art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 parte de uma série de pressupostos, como, por exemplo, que seja a terceirização lícita, que haja regular procedimento de licitação (único procedimento apto a legitimar a contratação de particulares por entes públicos) e, igualmente, que seja a condução do contrato administrativo realizada segundo a legislação vigente e os princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

O próprio ordenamento jurídico criou parâmetros e condições para a efetiva fiscalização das empresas prestadoras de serviços, estabelecendo que, caso o prestador dos serviços permaneça renitente no cumprimento das obrigações laborais, caberá à Administração Pública, além de reter os valores correspondentes a eventuais salários atrasados, aplicar as penalidades previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93 (advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação



PROCESSO Nº TST-AIRR-2947-16.2011.5.02.0081

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 diante da possibilidade de rescisão unilateral que caracteriza os contratos pactuados por entes públicos, deve arcar com as consequências jurídicas pelo cometimento desse ato ilícito.

A possibilidade de excepcionar a aplicação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, devidamente resguardada no julgamento da ADC nº 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.

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 23867/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.

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 do ente público, a fim de lhe imputar a responsabilidade pelos débitos trabalhistas.

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



PROCESSO N° TST-AIRR-2947-16.2011.5.02.0081

de Direito - é a conduta de lisura, transparência, eficiência e probidade na condução dos contratos administrativos.

Nesse sentido é a Súmula n° 331, V, do TST:

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.

Ocorre que, o STF, no julgamento do RE 760.931/DF, representativo de controvérsia e com repercussão geral (tema de Repercussão Geral n° 246), por maioria, de acordo com o voto do Ministro Luiz Fux, firmou a seguinte tese jurídica:

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

Ficou estabelecido pelo Pleno do STF que: a) o inadimplemento dos encargos trabalhistas não gera a responsabilidade da Administração Pública; e b) se houver comprovada culpa do ente público, demonstrada nos autos, por negligência ou ausência de fiscalização, incide a responsabilidade subsidiária subjetiva.

Dos fundamentos do voto vencedor e dos demais votos proferidos em sessão, extrai-se que atribuir o ônus da prova à Administração Pública ou deixar de considerar os documentos apresentados e as provas efetivamente produzidas é o mesmo que impor a responsabilidade pelo simples inadimplemento e de forma objetiva, o que contraria o disposto na ADC n° 16.

A leitura que faço do ordenamento jurídico e do posicionamento inicialmente adotado pelo Supremo Tribunal Federal é no sentido de que



PROCESSO N° TST-AIRR-2947-16.2011.5.02.0081

a Administração Pública, para se eximir da responsabilidade subsidiária, deve apresentar indícios ou documentos 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 8.666/93. Entendo que 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 os trabalhadores que lhe prestam serviço e não pode ignorar a existência de irregularidades, deixando de tomar providências a respeito.

Não obstante meu posicionamento pessoal, 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 n° 16, ao impor à Administração Pública um ônus equivalente ao do próprio empregador diante da atribuição de responsabilidade pela ausência de fiscalização ou de provas de que fiscalizou.

Evidencia-se a *ratio decidendi* da decisão proferida pela Suprema Corte em análise ao tema de Repercussão Geral n° 246 no sentido de que, em regra, a Administração Pública não responde pelos encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa prestadora de serviços, consoante os termos do art. 71, § 1°, da Lei n° 8.666/93.

A exceção, resguardada por ocasião do julgamento da ADC n° 16, se restringe às situações em que haja prova concreta de que a Administração Pública foi negligente na fiscalização ou conivente com o descumprimento das obrigações contratuais pela contratada, incorrendo em culpa *in vigilando*, não se admitindo a assertiva genérica nesse sentido.

De igual modo, apesar de a tese fixada pela Suprema Corte não tratar expressamente da distribuição do ônus da prova (matéria infraconstitucional), a questão integrou a *ratio decidendi* do tema n° 246 de Repercussão Geral. Ficou também definido que não se admite nenhum tipo de presunção em desfavor do ente público e que a obrigação de comprovar a culpa da Administração Pública é do autor, sendo descabida a aplicação do Princípio da Aptidão para a Prova.

Com a ressalva de meu entendimento, portanto, a culpa da



PROCESSO Nº TST-AIRR-2947-16.2011.5.02.0081

Administração Pública deve estar inequivocamente provada nos autos e o ônus da prova acerca dos fatos constitutivos do direito (inexistência ou deficiência de fiscalização do ente público) é do trabalhador.

Nesse exato sentido são os seguintes julgados: Ag-AIRR-103800-85.2009.5.02.0442, Órgão Especial, Rel. Min. Emmanoel Pereira, DEJT de 27/2/2018; Ag-AIRR-1000574-76.2014.5.02.0311, 7ª Turma, Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, DEJT de 14/9/2018; RR-1382-29.2015.5.05.0134, 2ª Turma, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, DEJT de 11/10/2018; RR-2312-53.2016.5.11.0002, 3ª Turma, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT de 5/10/2018; ARR-10473-14.2015.5.15.0087, 3ª Turma, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DEJT de 29/6/2018; e RR-1263-56.2016.5.10.0017, 3ª Turma, Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT de 29/6/2018.

No caso, o Tribunal Regional concluiu que a terceira reclamada procedeu à fiscalização do contrato, conforme se verifica nos seguintes trechos, a fls.394:

Ainda que haja formalizado contrato de terceirização de serviços em obediência à Lei 8666/93, deveria a segunda reclamada ter analisado com critério, no curso da prestação de serviços, a higidez financeira da empresa contratada e o regular cumprimento da legislação trabalhista e previdenciária, já que os pagamentos a ela efetuados são realizados com fundos provenientes da Administração Pública, **como de fato fez a terceira ré (Prodesp) conforme documentos de fls. 258/299.**

A Corte de origem, portanto, efetivamente adentrou no conjunto fático-probatório dos autos para verificar se na situação vertente houve omissão da Administração Pública na vigilância - culpa *in vigilando* - do pacto administrativo firmado com a empresa prestadora dos serviços e concluiu pela ausência de culpa do ente público.

À luz desse quadro fático (Súmula nº 126 do TST), é impossível imputar a responsabilidade subsidiária da segunda reclamada, tendo em vista a interpretação conferida pelo STF ao art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 (ADC nº 16 e Repercussão Geral nº 246).



PROCESSO N° TST-AIRR-2947-16.2011.5.02.0081

Assim, **me curvando à decisão vinculante do STF, por disciplina judiciária**, no caso, a Administração Pública não pode ser responsabilizada subsidiariamente pela dívida trabalhista, pois tal ônus não decorre do simples inadimplemento das obrigações laborais assumidas pela empresa regularmente contratada mediante processo licitatório.

Improcede, pois, o inconformismo do reclamante, visto que a conclusão alcançada no acórdão regional revela-se em consonância com a legislação federal e o posicionamento estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal e acolhido por esta Corte.

Emergem em óbice à admissibilidade do recurso de revista, o entendimento consagrado na Súmula n° 333 do TST, bem como o disposto no art. 896, § 7º, da CLT.

Nego provimento.

2.2 - HONORÁRIOS AVOCATÍCIOS

Renova o reclamante a tese de que faz jus à verba honorária com base nos arts. 389 e 404 do Código Civil.

A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a questão dos honorários advocatícios não se resolve pelo prisma da responsabilidade civil do empregador (Direito Civil), e sim pela legislação trabalhista específica. São os precedentes: E-RR-1018-51.2012.5.11.0019, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, SBDI-1, DEJT de 24/3/2017; ARR-91-35.2014.5.09.0322, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, DEJT de 24/3/2017; RR-393-60.2014.5.08.0009, Rel. Min. Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT de 24/6/2016; RR-46000-58.2008.5.02.0079, Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues, 7ª Turma, DEJT de 24/6/2016; AIRR-249100-85.2009.5.02.0472, Rel. Desembargador Conv. Marcelo Lamego Pertence, 1ª Turma, DEJT de 24/6/2016; RR-79800-14.2007.5.04.0352, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, DEJT de 24/6/2016.

Portanto, é indevida a condenação ao pagamento de honorários advocatícios obrigacionais, contratuais ou indenizatórios, ante a falta de assistência jurídica sindical.

Incide a Súmula n° 333 do TST e o art. 896, §7º, da CLT.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo de instrumento.

II - AGRAVO DE INSTRUMENTO DO SEGUNDO RECLAMADO - MUNICÍPIO DE SÃO PAULO



PROCESSO N° TST-AIRR-2947-16.2011.5.02.0081

1 - CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos extrínsecos de admissibilidade, **conheço** do agravo de instrumento.

2 - MÉRITO

2.1 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O segundo reclamado, nas razões de revista, dentre outras questões, renova a alegação de violação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Argumenta que descabida a responsabilização subsidiária do ente público.

A Corte local manteve a condenação do ente público pela dívida trabalhista do prestador dos serviços.

Contudo, o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 impede a transferência dos encargos trabalhistas da empresa prestadora dos serviços para a Administração Pública.

Logo, é plausível a alegação de ofensa ao art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Diante do exposto, **dou provimento** ao agravo de instrumento para examinar o recurso de revista.

III - RECURSO DE REVISTA

1 - CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos recursais extrínsecos do recurso de revista, passo à análise dos pressupostos específicos de admissibilidade.

1.1 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Colegiado *a quo* decidiu que a Administração Pública, na qualidade de tomadora dos serviços, é subsidiariamente responsável pela integralidade da dívida trabalhista.

O segundo reclamado, no apelo de revista, aponta ofensa, dentre outras, ao art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93.

Defende ser descabida a responsabilização subsidiária da Administração Pública decorrente da execução dos contratos administrativos.

O § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 teve sua constitucionalidade declarada no julgamento da ADC nº 16 pelo STF.

No entanto, tal declaração não isentou a Administração Pública



PROCESSO Nº TST-AIRR-2947-16.2011.5.02.0081

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 do ente público em seu dever de fiscalizar o bom andamento do contrato.

Embora reste atenuada a culpa *in eligendo* do 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) e, dentre eles, o dever 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 poderia ser equacionada a partir dos arts. 58, III, e 67, *caput* e § 1º, da Lei nº 8.666/93, 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 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.

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.

Não se pode perder de vista que a Administração Pública está adstrita ao Princípio da Legalidade (art. 5º, II, da Constituição Federal), com expressa previsão no art. 37, *caput*, da Carta Magna.

Confira-se a lição do Desembargador Francisco Rossal de Araújo sobre o princípio da legalidade:

A atividade do Estado fica sujeita à lei, caracterizando-se esta como a expressão da vontade popular, legitimadora do exercício do poder político.



PROCESSO Nº TST-AIRR-2947-16.2011.5.02.0081

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.

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



PROCESSO Nº TST-AIRR-2947-16.2011.5.02.0081

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. 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, p. 1049-1050)

A incidência do referido art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 parte de uma série de pressupostos, como, por exemplo, que seja a terceirização lícita, que haja regular procedimento de licitação (único procedimento apto a legitimar a contratação de particulares por entes públicos) e, igualmente, que seja a condução do contrato administrativo realizada segundo a legislação vigente e os princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

O próprio ordenamento jurídico criou parâmetros e condições para a efetiva fiscalização das empresas prestadoras de serviços, estabelecendo que, caso o prestador dos serviços permaneça renitente no cumprimento das obrigações laborais, caberá à Administração Pública, além de reter os valores correspondentes a eventuais salários atrasados, aplicar as penalidades previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93 (advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação



PROCESSO N° TST-AIRR-2947-16.2011.5.02.0081

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 diante da possibilidade de rescisão unilateral que caracteriza os contratos pactuados por entes públicos, deve arcar com as consequências jurídicas pelo cometimento desse ato ilícito.

A possibilidade de excepcionar a aplicação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, devidamente resguardada pela decisão vinculante proferida pelo Supremo Tribunal Federal, não só se afigura como garantia do adimplemento dos direitos trabalhistas dos terceirizados que prestam serviços a entes públicos, numa 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.

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 23867/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.

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 do ente público, a fim de lhe imputar a responsabilidade pelos débitos trabalhistas.

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



PROCESSO Nº TST-AIRR-2947-16.2011.5.02.0081

na condução dos contratos administrativos.

Nesse sentido é a Súmula nº 331, V, do TST:

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

Ocorre que, o STF, no julgamento do RE 760.931/DF, representativo de controvérsia e com repercussão geral (tema de Repercussão Geral nº 246), por maioria, de acordo com o voto do Ministro Luiz Fux, firmou a seguinte tese jurídica:

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

Ficou estabelecido pelo Pleno do STF que: a) o inadimplemento dos encargos trabalhistas não gera a responsabilidade da Administração Pública; e b) se houver comprovada culpa do ente público, demonstrada nos autos, por negligência ou ausência de fiscalização, incide a responsabilidade subsidiária subjetiva.

Dos fundamentos do voto vencedor e dos demais votos proferidos em sessão, extrai-se que atribuir o ônus da prova à Administração Pública ou deixar de considerar os documentos apresentados e as provas efetivamente produzidas é o mesmo que impor a responsabilidade pelo simples inadimplemento e de forma objetiva, o que contraria o disposto na ADC nº 16.

A leitura que faço do ordenamento jurídico e do posicionamento inicialmente adotado pelo Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a Administração Pública, para se eximir da responsabilidade subsidiária,



PROCESSO N° TST-AIRR-2947-16.2011.5.02.0081

deve apresentar indícios ou documentos 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 8.666/93. Entendo que 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 os trabalhadores que lhe prestam serviço e não pode ignorar a existência de irregularidades, deixando de tomar providências a respeito.

Não obstante meu posicionamento pessoal, 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 n° 16, ao impor à Administração Pública um ônus equivalente ao do próprio empregador diante da atribuição de responsabilidade pela ausência de fiscalização ou de provas de que fiscalizou.

Evidencia-se a *ratio decidendi* da decisão proferida pela Suprema Corte em análise ao tema de Repercussão Geral n° 246 no sentido de que, em regra, a Administração Pública não responde pelos encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa prestadora de serviços, consoante os termos do art. 71, § 1º, da Lei n° 8.666/93.

A exceção, resguardada por ocasião do julgamento da ADC n° 16, se restringe às situações em que haja prova concreta de que a Administração Pública foi negligente na fiscalização ou conivente com o descumprimento das obrigações contratuais pela contratada, incorrendo em culpa *in vigilando*, não se admitindo a assertiva genérica nesse sentido.

De igual modo, apesar de a tese fixada pela Suprema Corte não tratar expressamente da distribuição do ônus da prova (matéria infraconstitucional), a questão integrou a *ratio decidendi* do tema n° 246 de Repercussão Geral. Ficou também definido que não se admite nenhum tipo de presunção em desfavor do ente público e que a obrigação de comprovar a culpa da Administração Pública é do autor, sendo descabida a aplicação do Princípio da Aptidão para a Prova.

Com a ressalva de meu entendimento, portanto, a culpa da Administração Pública deve estar inequivocamente provada nos autos e o



PROCESSO Nº TST-AIRR-2947-16.2011.5.02.0081

ônus da prova acerca dos fatos constitutivos do direito (inexistência ou deficiência de fiscalização do ente público) é do trabalhador.

Nesse exato sentido são os seguintes julgados: Ag-AIRR-103800-85.2009.5.02.0442, Órgão Especial, Rel. Min. Emmanoel Pereira, DEJT de 27/2/2018; Ag-AIRR-1000574-76.2014.5.02.0311, 7ª Turma, Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, DEJT de 14/9/2018; RR-1382-29.2015.5.05.0134, 2ª Turma, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, DEJT de 11/10/2018; RR-2312-53.2016.5.11.0002, 3ª Turma, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT de 5/10/2018; ARR-10473-14.2015.5.15.0087, 3ª Turma, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DEJT de 29/6/2018; e RR-1263-56.2016.5.10.0017, 3ª Turma, Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT de 29/6/2018.

No caso, o acórdão regional não indicou prova concreta acerca da *culpa in vigilando* do tomador dos serviços, conforme se verifica nos seguintes trechos, a fls. 394:

No caso dos autos, durante o período da admissão até maio de 2008 não há prova de que a primeira reclamada realizou corretamente os depósitos do FGTS. Ao revés. O extrato (doc. O6 do volume apartado) revela que não havia regularidade nos depósitos do FGTS junto à conta vinculada do reclamante. (g.n.)

Percebe-se que a condenação subsidiária do ente público se deu independentemente da verificação material da culpa *in vigilando*.

Não houve real debate, calcado nos fatos e provas específicos da causa, sobre a negligência do ente público em fiscalizar o contrato administrativo subjacente celebrado mediante regular processo licitatório.

A Corte de origem efetivamente não adentrou no conjunto fático-probatório dos autos para verificar se na situação vertente houve real omissão da Administração Pública na vigilância - culpa *in vigilando* - do pacto administrativo firmado com a empresa prestadora dos serviços.

À luz desse quadro fático (Súmula nº 126 do TST), é impossível manter a responsabilidade subsidiária, tendo em vista a interpretação conferida pelo STF ao art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 (ADC nº 16 e



PROCESSO N° TST-AIRR-2947-16.2011.5.02.0081

Repercussão Geral n° 246).

Assim, **me curvando à decisão vinculante do STF, por disciplina judiciária**, no caso, a Administração Pública não pode ser responsabilizada subsidiariamente pela dívida trabalhista, pois tal ônus não decorre do simples inadimplemento das obrigações laborais assumidas pela empresa regularmente contratada mediante processo licitatório.

Procede o inconformismo, visto que a conclusão alcançada no acórdão recorrido ofende a legislação federal e diverge do posicionamento estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal e acolhido por esta Corte.

Com fulcro no art. 896, "a" e "c", da CLT, **conheço** do recurso de revista, por violação do art. 71, § 1º, da Lei n° 8.666/93.

2 - MÉRITO

2.1 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Considerando os fundamentos trazidos acima e em decorrência da violação do art. 71, § 1º, da Lei n° 8.666/93, **dou provimento** ao recurso de revista para afastar a responsabilidade do ente público pelos encargos trabalhistas devidos ao reclamante e apurados na presente ação, absolvendo o Município de São Paulo da condenação que lhe foi imposta.

IV - CONCLUSÃO

Ante o exposto, com espeque nos arts. 932, V, do CPC/2015, 251, III, e 255, III, "c", do RITST, **conheço** e **dou provimento** ao agravo de instrumento para examinar o recurso de revista. **Conheço** do recurso de revista, por violação do art. 71, § 1º, da Lei n° 8.666/93, e, no mérito, **dou-lhe provimento** para afastar a responsabilidade do ente público pelos encargos trabalhistas devidos ao reclamante e apurados na presente ação, absolvendo o Município de São Paulo da condenação que lhe foi imposta.

Publique-se.

Brasília, 11 de dezembro de 2018.

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

MINISTRO VIEIRA DE MELLO FILHO

Relator