



**PROCESSO Nº TST-AIRR - 78-32.2019.5.20.0006**

Agravante: **PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS**  
Advogada : Dra. Roseline Rabelo de Jesus Moraes  
Advogado : Dr. João Marcus Santana Campos  
Agravado : **LETICIA DA COSTA BEZERRA**  
Advogado : Dr. Gianini Rocha Gois Prado  
Agravado : **JPTE ENGENHARIA LTDA.**  
Advogado : Dr. Joao Marcos Cavichioli Feiteiro  
Advogado : Dr. Thais Colatruglio Pedroso  
Advogado : Dr. Arthur Antonioli de Araújo

GMMHM/mm/

## **D E C I S Ã O**

Insurge-se a parte agravante em face da decisão do TRT que denegou seguimento ao seu recurso de revista. Sustenta, em síntese, que o seu apelo trancado reúne condições de admissibilidade.

Dispensada a remessa ao douto MPT (art. 95, § 2º, do RITST).  
Rito Sumaríssimo.

Examino.

Com efeito, as vias recursais extraordinárias para os tribunais superiores são restritas e não traduzem terceiro grau de jurisdição. Busca-se, efetivamente, assegurar a imperatividade da ordem jurídica constitucional e federal, visando à uniformização da jurisprudência no País.

Tratando-se de recurso de revista, a admissibilidade do apelo só tem pertinência nas estritas hipóteses jurídicas do art. 896, "a", "b" e "c", da CLT, respeitados os limites rigorosos dos parágrafos 2º, 7º e 9º do mesmo artigo. Pertinência das Súmulas 266, 333 e 442 do TST.

Eis os termos da decisão agravada:

## **“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA**



**PROCESSO Nº TST-AIRR - 78-32.2019.5.20.0006**

Insurge-se a Apelante em face da Decisão da Turma Regional que manteve a sua responsabilidade subsidiária pelas obrigações resultantes da condenação, alegando violação aos artigos 5º e 37, caput e incisos II e XXI, da CR, 818, da CLT, 373, I, do CPC e 71, §1º, da Lei nº 8.666/93.

Assevera que:

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 760.931, confirmou o entendimento, adotado na ADC 16, que veda a responsabilização automática da administração pública, só cabendo sua condenação se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos, ônus de incumbência do reclamante.

Afirma que a mais alta Corte declarou a constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, de forma que, para se imputar qualquer responsabilidade à Administração, será imprescindível adentrar no exame da culpa do administrador, demonstrando em que termos agiu em desconformidade com a norma jurídica, cabendo ao Reclamante o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito, conforme os artigos 818, da CLT e 373, inciso I, do CPC.

Aduz que "a Petrobras não se omitiu em fiscalizar a contratada e aplicar as cláusulas contratuais referentes ao descumprimento do contrato. Desse modo, não há que se falar em responsabilidade subsidiária".

Traz ementa de decisão para demonstrar dissenso pretoriano.

Sobre a matéria, a Decisão Regional registrou (ID 974368b):

DA NECESSÁRIA REFORMA DO JULGADO QUANTO A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA A ELA IMPUTADA - DA AFRONTA DIRETA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL

[...]

Na contingência fática que subjaz ao contencioso triunfou a convicção de que não houve a necessária, imprescindível e eficaz fiscalização quanto à regular operacionalidade, por parte do(a)



PROCESSO Nº TST-AIRR - 78-32.2019.5.20.0006

PETROBRAS do contrato de "mediação" ajustado com a JPTE ENGENHARIA LTDA., por conduto do qual o(a) peticionante(CLT, Art. 3o.) expendeu a sua "trabalhabilidade" em proveito último daquele(a), configurando-se inequívoca, pois, a culpa in vigilando(a) precitado(a) "corporação", que findou por repercutir, como já visto, em injusto e direto prejuízo do(a) arguente(CLT, Art. 3o.) na medida em que não houve, ao longo da execução dessa "coalização vinculativa"(CLT, Arts. 2º, 3º. e 442 e segs), apuração e correção tempestiva dos efeitos nocivos decorrentes da infringência das obrigações trabalhistas pelas quais o(a) retro nominado(a) intermediador(a) preferencial e legalmente respondia.

Sendo assim, como na conjuntura que ensejou a controvérsia a "entidade petroleira" se beneficiava/beneficia dos resultados/efeitos da espécie ou do tipo negocial "sub judice", nada mais justo do que, com amparo nos normativos já invocados, responsabilizá-la pelos riscos emergentes da execução irregular dessa aveniência, máxime quando consumado dano manifesto às legítimas "expectativas" do(a)(s) desassistido(a)(CLT, art. 3º.), mediante a falta de azada remição de verbas trabalhistas, inclusive de caráter rescisório, obrigação do mesmo modo legalmente cobrável daquele(a) que viabilizou a intermediação da mão de obra (JPTE ENGENHARIA LTDA.).

Insta ressaltar, além do mais, que tal posicionamento não vulnera os arts. 5º. e 37 da Carta Política, até porque a responsabilidade ora versada na presente articulação impugnatória tem fundamento no art. 173, §1º., da Constituição, amparando-se sua legalidade, por igual, como é sabido, no precedente sumular de nº 331 do C. TST, devendo tais normas, enfim, como é elementar, se sujeitar à inafastável interpretação sistemática.

Deve-se explicitar, ainda, que a atestação do atendimento das exigências de qualificação técnica e econômica, indispensáveis à garantia da concretização dos mandamentos especificados em Edital acaso publicado com o objetivo de viabilizar a contratação de empresas



**PROCESSO Nº TST-AIRR - 78-32.2019.5.20.0006**

"mediadoras", aludidas no inciso XXI do art. 37 da Lei Maior, devem ser aferidas não só ao longo do processo licitatório, mas também durante a execução do contrato eventualmente formalizado com a entidade ou com o(a) detentor(a) da proposta vencedora.

Não há, também, como proficuamente se falar/alegar, "data venia", que a posição que ora se adota afronta/afronte o inciso II do art. 37 da Constituição Federal, vez que não se está a respaldar, aqui, contratações sem prévia submissão a concurso público, mesmo porque o(a)(s) despossuído(a)(s)(CLT, Art. 3o.) não mantinha(m) liame empregatício com a PETROBRAS, mas, de modo diverso, com JPTE ENGENHARIA LTDA., recaindo sobre a companhia petrolífera, apenas, pelas razões já expostas, a responsabilidade "supletória".

Assinale-se, por oportuno, que as inferências aqui sedimentadas não desbordam do decidido no âmbito da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 16, até porque nela ficou ressalvada a possibilidade de responsabilização em caso de culpa, na forma da novel redação da Súmula 331, do C. TST, como ora aqui certificado.

Assim, sem perder de vista o teor do que foi referendado pelo E. STF no julgamento do RE 760.931(tema de repercussão geral nº 246), a esta altura ainda pendente de trânsito em julgado, ocasião em que supositiciamente se teria atribuído ao(à)(s) hipossuficiente(s) o encargo de provar a falta de fiscalização pelo(a) tomador(a) dos serviços quanto à regularidade da execução do(s) contrato(s) pactuado(s) com esse(a)(s) "provedor(a)(s) de mão de obra", sublinhe-se que consoante consignado pela Emin. Min. Rosa Weber ao apreciar o AG. REG. na RCL 26252 (aforado com esteio na alegação de afronta à decisão proferida na ADC 16),

"também resultou destacado que o aludido dispositivo(Art. 71, § 1o. da Lei Federal n. 8.666, de 26.06.1993, com a redação dada pela Lei n. 9.032, de 1995) não impede o reconhecimento da responsabilidade do ente público ante ação culposa da Administração Pública - como no caso de



**PROCESSO Nº TST-AIRR - 78-32.2019.5.20.0006**

omissão na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado -, consideradas as peculiaridades fáticas do caso concreto, com espeque em outras normas, regras e princípios do ordenamento jurídico. 3. Inúmeras (são) as decisões monocráticas desta Corte, exaradas em sede de reclamação, em que (veio de ser) afastada a alegação de afronta à ADC 16, porquanto embasado o julgamento na constatação de culpa da administração pública(....). Note-se que, nesses casos, não se cuidou de responsabilização automática do ente público, tampouco de ofensa ao art. Art. 71, § 1o. da Lei n. 8.666/93, mas de efetiva culpa do ente público pelo descumprimento do dever de fiscalizar o adimplemento das verbas trabalhistas decorrentes da prestação de serviços contratada. 4. Limitado a obstaculizar a responsabilização subsidiária automática da Administração Pública - como mera decorrência do inadimplemento da prestadora de serviços -, no julgamento da ADC 16, não resultou enfrentada a questão da distribuição do ônus probatório, tampouco estabelecidas balizas para a apreciação da prova ao julgador - hipóteses, portanto, que não viabilizam o uso do instituto da reclamação com espeque em alegada afronta à ADC 16, conforme já decidido em várias reclamações(....). 5. Consignada a omissão da Administração Pública quanto ao poder-dever de fiscalizar o adimplemento, pela contratada, das obrigações legais que lhe incumbiam - a caracterizar a culpa "in vigilando" -, ou a falta de prova acerca do cumprimento dos deveres de fiscalização - de observância obrigatória -, não há falar em afronta à ADC 16. 6. Na espécie, a decisão reclamada, além de apresentar tese em harmonia com a decisão desta Corte Suprema, evidencia que a condenação resultou lastreada em aspectos fáticos - com destaque para a inobservância do dever de fiscalização imposto pela Lei n. 8.666/1993 - cujo reexame, em sede de reclamação, se mostra inviável."(Pub. em 14.12.2018, data na qual, segundo o que consta do site do STF, houve a finalização do julgamento virtual). (grifos nossos).



**PROCESSO Nº TST-AIRR - 78-32.2019.5.20.0006**

Daí porque, exemplificativamente e "mutatis mutandis", no julgamento do RR-687-47.2010.5.15.0110 o ministro relator José Roberto Freire Pimenta chamou a atenção para o fato de que,

"a partir do cancelamento da Orientação Jurisprudencial 301 da Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1), em 2011, entende-se que compete ao empregador a prova da regularidade dos recolhimentos, "independentemente de especificação, pelo empregado, do período da alegada falta ou diferença de recolhimento do FGTS", uma vez que é dele a obrigação de depositar a parcela". Segundo o que ali foi dito, "a prova deve ser feita pela parte que tiver melhores condições para produzi-la. "No caso, é a empresa, por lhe ser exigível manter guardada a documentação pertinente", explicou, ao lembrar que essa é a previsão da Súmula 461 do TST.(RR-687-47.2010.5.15.0110) - (Informação pub. na Revista Eletrônica Consultor Jurídico, Edição de 14.04.2019)."

Mister, assentar que a SDI-1 do C. TST, julgando Recurso de Embargos nos autos E-RR-925-07.2016.5.05.0281 na data de 12/12/2019, decidiu que "o STF não fixara balizas a respeito das regras de distribuição do ônus da prova, ficando a definição a cargo do TST."

Destacou, ainda o Ministro Relator Cláudio Brandão, que "a mesma Lei 8.666/93 que estabelece a ausência de responsabilização automática da administração pública pela falta de cumprimento da obrigação atribui ao tomador de serviço a prerrogativa da fiscalização do contrato (artigo 58, inciso III) e estabelece que é dele o dever de fiscalização, a ser executada por pessoa especialmente designada(artigo 66)".

Para a estipulação do "sujeito" desse encargo probatório, o referido julgado arrimou-se, também, no princípio da aptidão para a prova, que direciona esse ônus a quem tem mais e melhores condições de produzi-la.

E, com efeito, no caso da terceirização de serviços a aptidão para a prova afeta e constrange aquele(a) que detém a documentação relativa às obrigações típicas desses contratos firmados sob regime de intermediação.



PROCESSO Nº TST-AIRR - 78-32.2019.5.20.0006

Nesse compasso, o certo é que a falta de checagem/fiscalização quanto à regularidade da operacionalização do contrato terceirizado emerge da própria moldura probatória edificada na cizânia(NCPC, Arts. 141, 492, e CLT, Art. 840, § 1º.), tanto que nela resultou inequivocamente devida ao(à) carecente(CLT, Art. 3o.) a paga representativa de diversas rubricas esteadas no labor desenvolvido em prol do(a) PETROBRAS.

O C. TST, inclusive, tanto antes do amoldamento recentemente imposto ao texto original da Súmula nº 331, quanto já agora, mesmo depois de julgada a ADC nº 16, vem se posicionando na mesma matriz de convicção do ato decisivo(NCPC, art. 204) que ora se adota, conforme se pode confirmar, com efeito, a partir do que consta dos arestos a seguir transcritos, os quais, especificidades à parte, se aplicam, por inteiro, à hipótese sob mira:

[...]

Quanto a essa problemática, em contextura análoga, o C.TST também já decidiu que:

"O fato de uma contratação entre Estado e prestador de serviço ter sido feito por licitação não afasta a necessidade de o governo fiscalizar o cumprimento da legislação trabalhista. Com esse entendimento, a 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho manteve sentença que condenou o município de Serra (ES) a pagar verbas trabalhistas devidas a um trabalhador terceirizado. Ao decidir, a relatora, ministra Maria Helena Mallmann, afirmou que o fato de a contratação entre as partes ter se dado por meio de licitação, sob a égide da Lei 8.666/1993, "não afasta a responsabilidade subsidiária do ente público". A defesa do trabalhador foi feita pela advogada Priscilla Cruz, do "Campos, Dantas e Cruz Advocacia". Para a ministra, ficou provado que o município não conseguiu provar que fiscalizou seu prestador de serviços, como a lei manda. "A relação de emprego é tutelada por normas de índole social, que, mesmo em nível constitucional, são hierarquicamente superiores àquelas administrativas ou



**PROCESSO Nº TST-AIRR - 78-32.2019.5.20.0006**

organizacionais", disse Mallmann. O TST concordou com a decisão de segundo grau. A corte regional entendeu que o município apenas juntou documentos diversos, sem a previsão de bloqueio de verbas suficientes para pagamento dos direitos trabalhistas sonogados, inclusive, pagamento de salários e verbas resilitórias, o que não é suficiente para comprovar a preocupação da tomadora quanto à correta execução do contrato. - PROCESSO Nº TST-AIRR-1180-12.2015.5.17.0007 - (Informação publicada na "Revista Eletrônica" Consultor Jurídico, Edição de 11 de setembro de 2017).

Dessa maneira e justamente por todas esses escorreitos supedâneos placita-se intocada, no particular, a r. proclamação(NCPC, art. 203 § 1º.) increpada, não havendo como se falar em configuração de qualquer ofensa aos arts. 5º., II, 37, capite incisos II e XXI, e 173, §1º., da CF, 267 do antigo CPC, nem, tampouco, em violação ao art. 71 da Lei nº 8.666/93.

Aprecio.

Em conformidade com a norma insculpida no artigo 896, §9º, da CLT e, consoante o teor da Súmula nº 442, do TST, nas causas sujeitas ao Procedimento Sumaríssimo somente será admitido Recurso de Revista por contrariedade a Súmula do TST, a Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal ou, ainda, por violação direta à Constituição da República, não sendo cabível, portanto, eventual alegação de ofensa à legislação infraconstitucional e divergência jurisprudencial, ambas apontadas na peça recursal.

O entendimento perfilhado pela Turma Recursal, no tocante ao ônus da prova, encontra-se de acordo com a iterativa, notória, atual e dominante jurisprudência do TST que, com base em recente Decisão proferida pela SBDI-1, em 12/12/2019, nos autos dos Embargos E-RR-925-07.2016.5.05.0281, pendente de publicação, vem decidindo no sentido de que é do Poder Público, tomador dos serviços, o ônus de demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato de prestação de





**PROCESSO Nº TST-AIRR - 78-32.2019.5.20.0006**

serviço, definindo, ainda, que tal posição não contraria a tese firmada pelo STF ao julgar o Tema nº 246, de Repercussão geral, posto que a Excelsa Corte não definiu de quem seria o encargo probatório, negando provimento aos Embargos de Declaração interpostos com esta finalidade. Nesse sentir, os precedentes a seguir:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI 13.467/2017. 1. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. 2. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA. ENTIDADES ESTATAIS. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NA ADC Nº 16-DF. SÚMULA 331, V, DO TST. ART. 71, § 1º, DA LEI 8.666/93. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. JURISPRUDÊNCIA VINCULANTE DO STF. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CONDUTA CULPOSA NO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DA LEI 8.666/93, DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO TOCANTE À AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO. ENCARGO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, SEGUNDO INTERPRETAÇÃO DA SBDI-1/TST À JURISPRUDÊNCIA DO STF, A PARTIR DA DECISÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROFERIDA NOS AUTOS DO RE-760.931/DF. Em observância ao entendimento fixado pelo STF na ADC nº 16-DF, passou a prevalecer a tese de que a responsabilidade subsidiária dos entes integrantes da Administração Pública direta e indireta não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada, mas apenas quando explicitada no acórdão regional a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666, de 21.6.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. E o STF, ao julgar, com repercussão geral reconhecida, o RE-760.931/DF, confirmou a tese já explicitada na anterior ADC nº 16-DF, no sentido de que a responsabilidade da Administração Pública não pode ser automática,



**PROCESSO Nº TST-AIRR - 78-32.2019.5.20.0006**

cabendo a sua condenação apenas se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos. Provocado o STF, em sede de embargos de declaração, sobre o alcance da decisão proferida nos autos do RE-760.931/DF, sobretudo quanto ao ônus de prova da fiscalização do adimplemento das obrigações contratuais trabalhistas no curso do pacto celebrado entre o ente privado e a Administração Pública, o recurso foi desprovido. Em face dessa decisão, em que o Supremo Tribunal Federal não delimitou - como foi questionado nos embargos de declaração - a matéria atinente ao ônus da prova da fiscalização do contrato, compreendeu a SBDI-1 do TST, em julgamento realizado em 12.12.2019, nos autos dos Embargos E-RR-925-07.2016.5.05.0281, de relatoria do Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, que a deliberação acerca da matéria, dado o seu caráter eminentemente infraconstitucional, compete à Justiça do Trabalho. E, manifestando-se expressamente sobre o encargo probatório, fixou a tese de que é do Poder Público, tomador dos serviços, o ônus de demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato de prestação de serviços, suplantando, assim, o entendimento de que seria do empregado tal encargo processual. Ressalte-se que, ainda que não se considere presumida a culpa (não incide, nesses casos, a culpa presumida, segundo o STF), tem o tomador de serviços estatal o ônus processual de comprovar seus plenos zelo e exação quanto ao adimplemento de seu dever fiscalizatório (art. 818, II e § 1º, CLT; art. 373, II, CPC/2015). Por essas razões, se a entidade pública não demonstra a realização do efetivo controle sobre o contrato, deve ser responsabilizada subsidiariamente pela satisfação das obrigações trabalhistas inadimplidas pela empregadora. É preciso - reiterar-se - deixar claro que, se a entidade estatal fizer prova razoável e consistente, nos autos, de que exerceu, adequadamente, o seu dever fiscalizatório, não pode ocorrer a sua responsabilização, pois isso configuraria desrespeito à jurisprudência vinculante do Supremo Tribunal Federal. Consequentemente, no caso concreto, em face de a decisão do



**PROCESSO Nº TST-AIRR - 78-32.2019.5.20.0006**

TRT estar em consonância com o novo posicionamento desta Corte sobre a matéria, mantém-se o acórdão regional. Agravo de instrumento desprovido" (AIRR-11329-06.2015.5.01.0042, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 07/02/2020).

"RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014 . RECURSO DE REVISTA. JUÍZO DE RETRATAÇÃO PREVISTO NO ARTIGO 1.030, II, DO CPC . ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CULPA IN VIGILANDO . TEMA Nº 246 DO STF. O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, ao julgar o mérito do RE 760931/DF, fixou a seguinte tese a respeito da impossibilidade de transferência automática da responsabilidade subsidiária ao integrante da Administração Pública: " O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 ". A egrégia SBDI-1 desta Corte, por sua vez, no julgamento do Processo E-RR-925-07.2016.5.05.0281, ocorrido em 12/12/2019, fixou o entendimento de que incumbe à Administração Pública o encargo processual de evidenciar ter exercido a fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte das empresas contratadas. A decisão regional está em harmonia com a compreensão do órgão uniformizador interno deste TST, segundo a qual a atribuição do encargo processual à Administração Pública não contraria o precedente firmado pelo STF no RE 760931/DF . Ressalva de entendimento do relator . Por esses motivos, deve ser mantida a decisão originariamente proferida por esta Turma. Juízo de retratação não exercido, com determinação de restituição dos autos à Vice-Presidência do TST " (RR-48000-06.2012.5.17.0101, 5ª Turma, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 07/02/2020).



**PROCESSO Nº TST-AIRR - 78-32.2019.5.20.0006**

"RECURSO DE REVISTA DO MUNICÍPIO RECLAMADO - JUÍZO DE RETRATAÇÃO - ART. 1.030, II, DO CPC/2015 - PROCESSO SOB A VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014, DO CPC/2015 E DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40 DO TST - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - FISCALIZAÇÃO - ÔNUS DA PROVA - CULPA IN VIGILANDO - REPERCUSSÃO GERAL Nº 246 DO STF - RATIO DECIDENDI . 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. Em 30/3/2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do tema de Repercussão Geral nº 246 (RE 760.931), definiu apenas 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. 3. O Plenário do STF rejeitou os três embargos de declaração opostos em face do acórdão do RE 760.931 e definiu que não é adequado ampliar e modificar a tese de repercussão geral fixada inicialmente. 4. O STF, ao expressamente deixar de incluir a questão do ônus da prova na tese, confirmou que essa questão não foi definida, tampouco integra a ratio decidendi do Tema 246. Dessa forma, a questão do ônus da prova não foi objeto imediato da decisão da Corte Suprema e compete à Justiça do Trabalho a definição da matéria estritamente infraconstitucional e processual. 5. Os atos de fiscalização determinados pela Lei nº 8.666/1993 e pelos demais diplomas normativos pressupõem atendimento ao requisito da forma, que, por força da segurança jurídica, da eficiência, da legalidade e da publicidade, deve ocorrer, como regra, de modo escrito. 6. Nessa esteira, só é possível dizer que a Administração Pública se desincumbe de sua responsabilidade quando



**PROCESSO Nº TST-AIRR - 78-32.2019.5.20.0006**

cumpra os deveres positivos de fiscalização. Do dever de fiscalizar exsurge, pois, o dever de provar. 7. 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. 8. O juízo de primeiro grau deve zelar pela correta distribuição do ônus da prova. 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. 9. 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 submetida à responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas. 10. Assim, por verificar a convergência entre o julgado anterior da Turma de origem e o atual posicionamento vinculante do STF, resta incabível o juízo de retratação (art. 1.030, II, do CPC/2015), mantendo-se a conclusão exarada no acórdão primevo. Recurso de revista não conhecido" (RR-20130-20.2015.5.04.0011, 7ª Turma, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 14/02/2020).

"I - AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - JULGAMENTO ANTERIOR PELA C. TURMA - DEVOLUÇÃO PARA JUÍZO DE RETRATAÇÃO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - TERCEIRIZAÇÃO - SÚMULA Nº 331, ITEM V, DO TST - CULPA DA ADMINISTRAÇÃO - ÔNUS DA PROVA 1. Na forma do art. 1.030, II, do CPC, deve ser realizado juízo de retratação para melhor exame da controvérsia e enfrentamento da questão à luz do decidido pelo E. Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral (tema nº 246). 2. Nesse contexto, dá-se provimento ao Agravo para, de imediato, dar provimento ao Agravo



**PROCESSO Nº TST-AIRR - 78-32.2019.5.20.0006**

de Instrumento para mandar processar o Recurso de Revista. II - RECURSO DE REVISTA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - TERCEIRIZAÇÃO - SÚMULA Nº 331, ITEM V, DO TST - CULPA DA ADMINISTRAÇÃO - ÔNUS DA PROVA 1. A C. SBDI-1, no julgamento dos TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281 , e em atenção ao decidido pelo E. Supremo Tribunal Federal (tema nº 246 da repercussão geral), firmou a tese de que, " com base no Princípio da Aptidão da Prova, é do ente público o encargo de demonstrar que atendeu às exigências legais de acompanhamento do cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços " . 2. O E. Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Tema nº 246 de Repercussão Geral , não fixou tese sobre a distribuição do ônus da prova pertinente à fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas, matéria de natureza infraconstitucional. 3. Na hipótese, a Corte de origem reputou concretamente caracterizada a conduta culposa do ente público, que não logrou demonstrar a efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas da prestadora de serviços, encargo que lhe competia, razão por que deve ser mantida a condenação subsidiária imposta ao Recorrente. Entendimento diverso encontra óbice na Súmula nº 126 do TST. Recurso de Revista não conhecido" (RR-940-61.2014.5.10.0004, 8ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 10/02/2020).

Ademais, a Turma Julgadora consignou que:

Na contingência fática que subjaz ao contencioso triunfou a convicção de que não houve a necessária, imprescindível e eficaz fiscalização quanto à regular operacionalidade, por parte do(a) PETROBRAS do contrato de "mediação" ajustado com a JPTE ENGENHARIA LTDA., por conduto do qual o(a) peticionante(CLT, Art. 3o.) expendeu a sua "trabalhabilidade" em proveito último daquele(a), configurando-se inequívoca, pois, a culpa in vigilando do(a) precitado(a)



PROCESSO Nº TST-AIRR - 78-32.2019.5.20.0006

"corporação", que findou por repercutir, como já visto, em injusto e direto prejuízo do(a) arguente(CLT, Art. 3o.) na medida em que não houve, ao longo da execução dessa "coalização vinculativa"(CLT, Arts. 2º, 3º. e 442 e segs), apuração e correção tempestiva dos efeitos nocivos decorrentes da infringência das obrigações trabalhistas pelas quais o(a) retro nominado(a) intermediador(a) preferencial e legalmente respondia.

Dessa forma, a pretensão da parte Recorrente, assim como exposta, importaria, necessariamente, no reexame de fatos e provas, o que encontra óbice na Súmula nº 126, do TST e inviabiliza o seguimento do Apelo.

#### CONCLUSÃO

DENEGO SEGUIMENTO ao Recurso de Revista interposto pela PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRAS.”

De início, sinale-se a restrição imposta às demandas submetidas ao rito sumaríssimo, na forma do art. 896, § 9º, da CLT e da Súmula 442 do TST.

No presente caso, o recurso de revista mostra-se inviável, porquanto, no tocante ao tema “**responsabilidade subsidiária. Ente público**”, emergem como obstáculo à admissibilidade do recurso de revista as diretrizes consubstanciadas nas Súmulas 333 do TST e no art. 896, § 7º, CLT, em razão da sintonia da decisão regional com a Súmula 331, V, do TST.

No julgamento dos embargos de declaração nos autos do RE-760931/DF, o Supremo Tribunal Federal reafirmou sua jurisprudência acerca da responsabilidade da Administração Pública quanto ao pagamento de verbas trabalhistas devidas a empregados que a esta prestam serviços de maneira terceirizada.

Em um primeiro momento, a Corte Constitucional ratificou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, na linha do que já havia decidido na ADC 16.



PROCESSO Nº TST-AIRR - 78-32.2019.5.20.0006

Em um segundo instante, fixou-se a tese no sentido de que "o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93". Aqui, deixou-se evidente que o inadimplemento da empresa terceirizada não autoriza, por si só, o redirecionamento da responsabilidade à Administração Pública. Com efeito, **embora seja possível a responsabilização do ente público, não é o inadimplemento o seu pressuposto único**. Aliás, a equilibrada decisão do Supremo Tribunal Federal deixou claro que a expressão "automaticamente", contida na tese, teve como objetivo possibilitar ao trabalhador a responsabilização do ente público "dependendo de comprovação de culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando*, o que decorre da inarredável obrigação da administração pública de fiscalizar os contratos administrativos firmados sob os efeitos da estrita legalidade" (voto do Min. Edson Fachin, redator do acórdão do ED-RE760931/DF).

Portanto, ficou decidido no julgamento do recurso extraordinário (e reafirmado no julgamento dos embargos de declaração) que **é possível responsabilizar a Administração Pública pelo pagamento das verbas trabalhistas devidas a empregados das empresas terceirizadas, de maneira subsidiária, quando constatada a omissão na sua atuação, que é obrigatória, sendo vedada a presunção de culpa**.

Sendo assim, diferentemente da posição que esta 2ª Turma vinha adotando (com ressalva de entendimento pessoal de seus integrantes) - *por entender que o Supremo Tribunal Federal havia também firmado entendimento no sentido de que seria do trabalhador o ônus da prova da omissão na fiscalização pelo ente da Administração Pública -*, **o Supremo Tribunal não firmou tese processual acerca da distribuição do onus probandi**.





PROCESSO Nº TST-AIRR - 78-32.2019.5.20.0006

Dessa forma, as regras de distribuição do ônus da prova continuam a observar os dispositivos infraconstitucionais que as regulam, a exemplo dos arts. 373 do CPC/2015 e 818 da CLT.

Dito isso, é a Administração Pública que tem a aptidão para a prova da fiscalização do contrato administrativo de prestação de serviços (*aspecto **subjetivo** do ônus da prova*), obrigação que decorre da própria Lei de Licitações (arts. 58, III, e 67 da Lei 8.666/93), na linha do que definiu o Supremo Tribunal Federal.

Sendo assim, nos casos em que não há prova de fiscalização, deve o julgador decidir contrariamente à parte que tinha o ônus probatório e dele não se desincumbiu: é a própria adoção da distribuição do ônus da prova como regra de julgamento (*aspecto **objetivo** do ônus da prova*).

No caso, especificamente no que diz respeito à caracterização da culpa do ente público, o Tribunal Regional consignou o seguinte:

"Nessa ordem de ideias e estabelecido, ad argumentandum, pela própria dinâmica dos fatos antecedentes, o nexo causal entre, de um lado, a falha ou a falta de fiscalização por parte do órgão público contratante em sindicá-lo, eficientemente, em todas as suas dimensões, o regular desenvolvimento e a execução dessas avenças que têm por propósito a "permeação" de "impulso realizador" alheio, ou seja, a ele não diretamente jungido, e, de outro, a inadimplência trabalhista da empresa "terceirista", empregadora direta e fornecedora desse contingente operacional, daí resulta naturalmente configurada a culpa "in vigilando" ou "in eligendo" da Administração Pública(PETROBRAS), em ordem a autorizar a sua subsequente e jurídica responsabilização "reforçadora" com vistas à solvência desses "dispêndios sociais e legais" assim indevidamente transgredidos.

Na contingência fática que subjaz ao contencioso triunfou a convicção de que não houve a necessária, imprescindível e eficaz fiscalização quanto à regular operacionalidade, por parte do(a) PETROBRAS do contrato de "mediação" ajustado com a JPTE ENGENHARIA LTDA., por conduto do qual o(a) peticionante(CLT, Art. 30.) expendeu a sua "trabalhabilidade" em proveito último daquele(a),



PROCESSO Nº TST-AIRR - 78-32.2019.5.20.0006

configurando-se inequívoca, pois, a culpa in vigilando do(a) preitado(a) “corporação”, que findou por repercutir, como já visto, em injusto e direto prejuízo do(a) arguente (CLT, Art. 30.) na medida em que não houve, ao longo da execução dessa “coalização vinculativa” (CLT, Arts. 2º, 3º e 442 e segs), apuração e correção tempestiva dos efeitos nocivos decorrentes da infringência das obrigações trabalhistas pelas quais o(a) retro nominado(a) intermediador(a) preferencial e legalmente respondia.”

Conforme se observa, o Tribunal Regional considerou que não foi comprovada a fiscalização pelo ente público, julgando procedente o pedido de responsabilização subsidiária da Administração Pública. Neste sentido, não merece reparos a decisão regional.

Cito precedentes deste Tribunal Superior do Trabalho, inclusive da SBDI-1/TST, nos quais **é atribuído ao ente público o ônus da prova da fiscalização:**

"RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LICITAÇÃO. DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE Nº 760.931. TEMA 246 DA REPERCUSSÃO GERAL. SÚMULA Nº 331, V, DO TST. RATIO DECIDENDI. ÔNUS DA PROVA. No julgamento do RE nº 760.931, o Supremo Tribunal Federal firmou a seguinte tese, com repercussão geral: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93". O exame da ratio decidendi da mencionada decisão revela, ainda, que a ausência sistemática de fiscalização, quanto ao



**PROCESSO Nº TST-AIRR - 78-32.2019.5.20.0006**

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



**PROCESSO Nº TST-AIRR - 78-32.2019.5.20.0006**

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, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 22/05/2020) .

"AGRAVO EM RECURSO DE REVISTA SEM O RECONHECIMENTO DA TRANSCENDÊNCIA EM RAZÃO DE NÃO TER HAVIDO TRANSFERÊNCIA AUTOMÁTICA DE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DE ÓRGÃO PÚBLICO POR CULPA IN VIGILANDO. TEMA 246 DA REPERCUSSÃO GERAL DO STF. ÔNUS DA PROVA. I - O não reconhecimento do pressuposto recursal da transcendência da matéria veiculada no recurso de revista radica na premissa de que, no caso concreto, a Corte Regional firmou a sua convicção nas provas produzidas ao reputar evidenciada a conduta omissiva do órgão público na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas contraídas pela empresa prestadora dos serviços, caracterizando a culpa in vigilando da administração pública, nos moldes da Súmula nº 331, V e VI, do TST e nos limites da decisão proferida pelo STF na ADC 16/DF. Portanto, não houve desrespeito ao julgamento do STF no RE 760.931 (Tema 246 do ementário de repercussão geral). II - Consoante



**PROCESSO Nº TST-AIRR - 78-32.2019.5.20.0006**

decisão do STF, "quando do julgamento do RE 760.931, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 11.09.2017, não se fixou regra sobre a distribuição do ônus probatório nas ações que debatem a responsabilidade subsidiária da Administração Pública em decorrência da culpa in vigilando nos contratos de terceirização. Não destoa desse entendimento acórdão que, ante as peculiaridades do caso concreto, impõe à Administração a prova de diligência. Agravo regimental a que se nega provimento. (Rcl 35907 AgR, Relator: Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma - DJe-19-12-2019)". III - Em vista do posicionamento do STF sobre o tema, a SbDI-1 do TST, órgão que uniformiza a jurisprudência interna corporis, firmou entendimento no sentido de que é do poder público o ônus de demonstrar que fiscalizou adequadamente os contratos de prestação de serviços por ele firmados, por constituir dever ordinário de fiscalização da execução do contrato e outras obrigações impostas à administração pública por diversas normas legais (TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281, rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, sessão de 12.12.2019). Agravo a que se nega provimento" (Ag-RR-100330-27.2017.5.01.0205, 1ª Turma, Relator Ministro Waldir Oliveira da Costa, DEJT 17/08/2020).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. TOMADOR DE SERVIÇOS. FISCALIZAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. ÔNUS DA PROVA. Em recente decisão, no julgamento dos embargos de declaração nos autos do RE-760931/DF, o Supremo Tribunal Federal reafirmou sua jurisprudência acerca



**PROCESSO Nº TST-AIRR - 78-32.2019.5.20.0006**

da responsabilidade da Administração Pública quanto ao pagamento de verbas trabalhistas devidas a empregados que a ela prestam serviços de maneira terceirizada. Em um primeiro momento, a Corte Constitucional ratificou a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93, na linha do que já havia decidido na ADC 16. Em um segundo instante, fixou-se a tese no sentido de que "o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93". Aqui, deixou-se evidente que o inadimplemento da empresa terceirizada não autoriza, por si só, o redirecionamento da responsabilidade à Administração Pública. Com efeito, embora seja possível a responsabilização do ente público, não é o inadimplemento o seu pressuposto único. Aliás, a equilibrada decisão do Supremo Tribunal Federal deixou claro que a expressão "automaticamente" contida na tese teve como objetivo possibilitar ao trabalhador a responsabilização do ente público, "dependendo de comprovação de culpa in eligendo ou culpa in vigilando, o que decorre da inarredável obrigação da administração pública de fiscalizar os contratos administrativos firmados sob os efeitos da estrita legalidade" (voto do Min. Edson Fachin, redator do acórdão do ED-RE760931/DF). Portanto, ficou decidido no julgamento do recurso extraordinário (e reafirmado no julgamento dos embargos de declaração) que é possível responsabilizar a Administração Pública pelo pagamento das verbas trabalhistas devidas a empregados das empresas terceirizadas, de maneira



**PROCESSO Nº TST-AIRR - 78-32.2019.5.20.0006**

subsidiária, quando constatada a omissão na sua atuação, que é obrigatória, sendo vedada a presunção de culpa. Sendo assim, diferentemente da posição que esta 2ª Turma vinha adotando (com ressalva de entendimento pessoal de seus integrantes) - por entender que o Supremo Tribunal Federal havia também firmado entendimento no sentido de que seria do trabalhador o ônus da prova da omissão na fiscalização pelo ente da Administração Pública -, o Supremo Tribunal não firmou tese processual acerca da distribuição do *onus probandi*. Nesse sentido, as regras de distribuição do ônus da prova continuam a observar os dispositivos infraconstitucionais que as regulam, a exemplo dos arts. 373 do CPC/2015 e 818 da CLT. Dito isso, é a Administração Pública quem tem a aptidão para a prova da fiscalização do contrato administrativo de prestação de serviços ( aspecto subjetivo do ônus da prova ), obrigação que decorre da própria Lei de Licitações (arts. 58, III, e 67 da Lei 8.666/93), na linha do que definiu o Supremo Tribunal Federal. Assim, nos casos em que não há prova de fiscalização, deve o julgador decidir contrariamente à parte que tinha o ônus probatório e dele não se desincumbiu: é a própria adoção da distribuição do ônus da prova como regra de julgamento ( aspecto objetivo do ônus da prova ). No caso, o Tribunal Regional considerou que não foi comprovada a fiscalização pelo ente público, julgando procedente o pedido de responsabilização subsidiária. Decisão em harmonia com o entendimento consolidado na Súmula 331, V, do TST. Precedentes. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento" (AIRR-2013-42.2016.5.07.0017, 2ª Turma,



**PROCESSO Nº TST-AIRR - 78-32.2019.5.20.0006**

Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT  
18/09/2020).

"RECURSO DE REVISTA. JULGAMENTO ANTERIOR POR ESTA 3ª TURMA. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS PARA EVENTUAL EMISSÃO DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ARTIGO 1.030, INCISO II, DO CPC. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA. ENTIDADES ESTATAIS. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NA ADC Nº 16-DF. SÚMULA 331, V, DO TST. ART. 71, § 1º, DA LEI 8.666/93. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. JURISPRUDÊNCIA VINCULANTE DO STF. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CONDUTA CULPOSA NO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DA LEI 8.666/93. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO TOCANTE À AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO. ENCARGO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, SEGUNDO INTERPRETAÇÃO DA SBDI-1/TST À JURISPRUDÊNCIA DO STF, A PARTIR DA DECISÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROFERIDA NOS AUTOS DO RE-760.931/DF. Em observância ao entendimento fixado pelo STF na ADC nº 16-DF, passou a prevalecer a tese de que a responsabilidade subsidiária dos entes integrantes da Administração Pública direta e indireta não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada, mas apenas quando explicitada no acórdão regional a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666, de 21.6.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. E o STF, ao julgar, com repercussão geral reconhecida, o RE-760.931/DF, confirmou a tese já explicitada na anterior ADC nº 16-DF, no sentido de que a responsabilidade da Administração Pública não pode ser automática, cabendo a sua condenação apenas se





**PROCESSO Nº TST-AIRR - 78-32.2019.5.20.0006**

houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos. Provocado o STF, em sede de embargos de declaração, sobre o alcance da decisão proferida nos autos do RE-760.931/DF, sobretudo quanto ao ônus de prova da fiscalização do adimplemento das obrigações contratuais trabalhistas no curso do pacto celebrado entre o ente privado e a Administração Pública, o recurso foi desprovido. Em face dessa decisão, em que o Supremo Tribunal Federal não delimitou - como foi questionado nos embargos de declaração - a matéria atinente ao ônus da prova da fiscalização do contrato, compreendeu a SBDI-1 do TST, em julgamento realizado em 12.12.2019, nos autos dos Embargos E-RR-925-07.2016.5.05.0281, de relatoria do Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, que a deliberação acerca da matéria, dado o seu caráter eminentemente infraconstitucional, compete à Justiça do Trabalho. E, manifestando-se expressamente sobre o encargo probatório, fixou a tese de que é do Poder Público, tomador dos serviços, o ônus de demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato de prestação de serviços, suplantando, assim, o entendimento de que seria do empregado tal encargo processual. Ressalte-se que, ainda que não haja transferência automática da responsabilidade (não incide, nesses casos, a culpa presumida, segundo o STF), tem o tomador de serviços estatal o ônus processual de comprovar seus plenos zelo e exação quanto ao adimplemento de seu dever fiscalizatório (art. 818, II e § 1º, CLT; art. 373, II, CPC/2015). Por essas razões, se a entidade pública não demonstra a realização do efetivo controle sobre o contrato, deve ser responsabilizada subsidiariamente pela satisfação das obrigações



**PROCESSO Nº TST-AIRR - 78-32.2019.5.20.0006**

trabalhistas inadimplidas pela empregadora. É preciso - reitere-se - deixar claro que, se a entidade estatal fizer prova razoável e consistente, nos autos, de que exerceu, adequadamente, o seu dever fiscalizatório, não pode ocorrer a sua responsabilização, pois isso configuraria desrespeito à jurisprudência vinculante do Supremo Tribunal Federal. Consequentemente, no caso concreto, em face de a decisão do TRT estar em consonância com o atual posicionamento desta Corte sobre a matéria e mantida a decisão que não conheceu do recurso de revista, sem proceder ao juízo de retratação, nos termos do art. 543-B, § 3º, do CPC, devolvam-se os autos à Vice-Presidência desta Corte Superior" (RR-21306-14.2014.5.04.0029, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 18/09/2020).

"I. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA 13.467/2017. 1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ÔNUS DA PROVA. SÚMULA 331, V, DO TST. DECISÃO PROFERIDA PELA SUBSEÇÃO 1 ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS (SBDI-1), NO JULGAMENTO DO E-RR-925-07.2016.5.05.0281, EM 12/12/2019. ATRIBUIÇÃO AO ENTE PÚBLICO DO ÔNUS PROBATÓRIO ACERCA DA REGULAR FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO DE TERCEIRIZAÇÃO. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA. 1. De acordo com o artigo 896-A da CLT, o Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, deve examinar previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica. No presente caso, o Tribunal Regional decidiu a questão com amparo no ônus probatório acerca



**PROCESSO Nº TST-AIRR - 78-32.2019.5.20.0006**

da conduta culposa do tomador de serviços. A SBDI-1 desta Corte, no recente julgamento do E-RR-925-07.2016.5.05.0281, de relatoria do Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, em 12/12/2019, com sua composição plena, entendeu que o Supremo Tribunal Federal não firmou tese acerca do ônus da prova da culpa *in vigilando* ou da culpa *in eligendo* da Administração Pública tomadora dos serviços, concluindo caber ao Ente Público o ônus de provar a efetiva fiscalização do contrato de terceirização. Trata-se, portanto, de " questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista ", nos termos do art. 896-A, IV, da CLT, o que configura a transcendência jurídica da matéria em debate . 2. A Suprema Corte, ao julgar a ADC 16/DF e proclamar a constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93, não afastou a possibilidade de imputação da responsabilidade subsidiária aos entes da Administração Pública, por dívidas trabalhistas mantidas por empresas de terceirização por eles contratadas, desde que configurada conduta culposa, por omissão ou negligência, no acompanhamento da execução dos contratos de terceirização celebrados, nos moldes da Súmula 331, V, do TST. Ainda, no julgamento do RE 760931, o Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral, consolidou a tese jurídica no sentido de que "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 ". A partir da análise dos fundamentos lançados no debate travado no âmbito do Supremo Tribunal Federal para se concluir



**PROCESSO Nº TST-AIRR - 78-32.2019.5.20.0006**

acerca da responsabilização do Ente da Administração Pública, em caráter excepcional, deve estar robustamente comprovada sua conduta culposa, não se cogitando de responsabilidade objetiva ou de transferência automática da responsabilidade pela quitação dos haveres em razão do simples inadimplemento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços. 3. A SBDI-1 desta Corte, após análise dos debates e dos votos proferidos no julgamento do RE 760931, entendeu que o Supremo Tribunal Federal não firmou tese acerca do ônus da prova da culpa in vigilando ou in eligendo da Administração Pública tomadora de serviços. Ponderou que o STF rejeitou o voto lançado pelo redator designado, Ministro Luiz Fux, no julgamento dos embargos declaratórios opostos em face da referida decisão, no qual ressaltou a impossibilidade da inversão do ônus da prova ou da culpa presumida da Administração Pública. Asseverou que, após o aludido julgamento, o entendimento de que não teria havido posicionamento acerca do ônus probatório - se do empregado ou da Administração Pública - passou a prevalecer, inclusive na resolução de Reclamações Constitucionais apresentadas perante aquela Corte. Destacou que a definição quanto ao ônus da prova acerca da regular fiscalização do contrato de terceirização fica a cargo desta Corte. Concluiu, assim, que o Ente Público, ao anotar a correta fiscalização da execução do contrato de terceirização, acena com fato impeditivo do direito do empregado, atraindo para si o ônus probatório, nos termos dos artigos 333, II, do CPC/73, 373, II, do CPC/2015 e 818 da CLT, acrescentando que atribuir ao empregado o ônus de provar a fiscalização deficiente por parte do Poder



**PROCESSO Nº TST-AIRR - 78-32.2019.5.20.0006**

Público significa conferir-lhe o encargo de produzir provas de difícil obtenção (E-RR-925-07.2016.5.05.0281, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Julgado em: 12/12/2019). 4. Nesse cenário, a Corte Regional, ao destacar que competia ao Ente Público provar que fiscalizou a execução do contrato de prestação de serviços, proferiu acórdão em conformidade com o atual entendimento da SBDI-1 desta Corte, incidindo a Súmula 333/TST e o artigo 896, § 7º, da CLT como óbices ao processamento da revista. Agravo de instrumento não provido. II. RECURSO DE REVISTA ADESIVO DA RECLAMANTE. ARTIGO 997, III, DO CPC/2015. Prejudicada a análise do recurso de revista adesivo ante o não processamento do recurso principal. Recurso de revista prejudicado" (AIRR-1000288-79.2017.5.02.0445, 5ª Turma, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 18/09/2020).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO A ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.467/2017. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA N.º 331, V, DO TST. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA. 1. Considerando o recente pronunciamento, pelo Supremo Tribunal Federal, acerca da constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei n.º 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação que lhe emprestou a Lei n.º 9.032/1995, e a repercussão da tese sufragada sobre a interpretação da legislação que rege o tema da responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos créditos trabalhistas dos terceirizados, bem como a existência de decisões conflitantes sobre a matéria, reconhece-se a transcendência jurídica da causa (artigo 896-A, § 1º,



**PROCESSO Nº TST-AIRR - 78-32.2019.5.20.0006**

IV, da CLT). 2 . O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16/DF, mediante acórdão publicado no DJe de 09/09/2011, reconheceu a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei n.º 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação que lhe emprestou a Lei n.º 9.032/1995. Na ocasião, a excelsa Corte sufragou tese no sentido de que a mera inadimplência da empresa contratada não justifica a transferência, para a Administração Pública, da responsabilidade pelo pagamento dos encargos resultantes da relação de emprego havida entre particulares. Ressalvou, todavia, o Supremo Tribunal Federal, que a conduta omissiva da Administração Pública, quanto ao seu poder-dever de fiscalizar o fiel cumprimento das obrigações atribuídas à empresa contratada, rende ensejo ao reconhecimento da responsabilidade subsidiária do ente público. Nesse sentido, o voto condutor lavrado pelo Exmo. Ministro Cezar Peluso , segundo o qual o reconhecimento da constitucionalidade do dispositivo legal em comento " não impedirá que a Justiça do Trabalho continue reconhecendo a responsabilidade da Administração com base nos fatos de cada causa " (fl. 38), sendo certo que " o mero inadimplemento deveras não transfere, mas a inadimplência da obrigação da Administração é que lhe traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho eventualmente pode reconhecer a despeito da constitucionalidade da lei " (fl. 46 - os grifos foram acrescentados). 3 . Nesse exato sentido passou a orientar-se a jurisprudência desta Corte superior, a partir da edição, pelo Tribunal Pleno, da Resolução n.º 174, de 24/05/2011, de que resultou a inserção do item V na Súmula n.º 331, cujo teor é o



**PROCESSO Nº TST-AIRR - 78-32.2019.5.20.0006**

seguinte: " os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada 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 do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada" (destaques acrescidos) . 4 . Atente-se, ainda, para o fato de que o Supremo Tribunal Federal, ao examinar o Tema nº 246 de Repercussão Geral, nos autos do RE 760.931 (julgamento concluído no dia 30/3/2017 e acórdão publicado em 12/9/2017), 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 nº 8.666/93" . 5 . Exsurge clara, daí, a conclusão de que, na mesma linha da tese sufragada na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16/DF, entende o Supremo Tribunal Federal que não há falar em transferência automática à Administração Pública da responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas decorrentes do contrato mantido entre a empresa prestadora de serviços e seus empregados. 6 . O Supremo Tribunal Federal deliberadamente não definiu , na tese de Repercussão Geral fixada no RE n.º 760.931, a distribuição do ônus da prova , limitando-se a sufragar o entendimento de que " o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não



**PROCESSO Nº TST-AIRR - 78-32.2019.5.20.0006**

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.º 8.666/93 ". 7 . Nesse contexto, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais desta Corte superior, nos autos do processo n.º TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281, em sessão de julgamento realizada em 12/12/2019, acórdão publicado em 22/5/2020, firmou entendimento no sentido de que incumbe ao ente público o ônus de comprovar a efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações decorrentes dos contratos de trabalho firmados entre a empresa prestadora dos serviços e seus empregados. 8 . Assim, resulta incensurável a decisão proferida pelo egrégio Tribunal Regional, que, examinando a situação concreta dos autos, constatou que a Administração Pública não cumpriu com sua obrigação de fiscalizar o adimplemento, pela empresa prestadora dos serviços, das obrigações a que submetida, por força de lei ou do contrato. Nesse sentido, registrou-se no acórdão prolatado pela Corte de origem que "no caso sob análise, o ente público agiu com culpa, uma vez que não efetuou os repasses financeiros à primeira ré, e tinha ciência do inadimplemento das verbas trabalhistas, aliás fato público e notório, de forma que não há falar em demonstração de culpa pelo empregado. Repiso que a recorrente não tomou qualquer providência efetiva para resguardar os créditos devidos aos trabalhadores da empresa contratada que lhe prestaram serviços . Portanto , ante a conduta culposa do ente público, resta configurada a sua responsabilidade subsidiária , nos termos da Súmula 331, V, do TST, e do entendimento





**PROCESSO Nº TST-AIRR - 78-32.2019.5.20.0006**

adotado pelo STF na ADC 16" . 9. Tal premissa fática, insuscetível de revisão em sede extraordinária, revela-se suficiente a justificar a conclusão a que chegou a Corte de origem, no sentido de impor ao ente público a obrigação de arcar, de forma subsidiária, com o pagamento dos créditos trabalhistas reconhecidos à parte obreira. 10. Agravo de Instrumento a que se nega provimento." (AIRR-101269-05.2017.5.01.0432, 6ª Turma, Relator Ministro Lelio Bentes Correa, DEJT 18/09/2020).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA PARTE RÉ. LEI Nº 13.015/2014. CPC/2015. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40 DO TST. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LICITAÇÃO. DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE Nº 760.931. TEMA 246 DE REPERCUSSÃO GERAL. SÚMULA Nº 331 DO TST. DEFINIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL PACIFICADA NO ÂMBITO DESTA CORTE SUPERIOR. No julgamento do RE nº 760.931, o Supremo Tribunal Federal firmou no Tema 246, de repercussão geral, que: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93". Em sede de embargos de declaração, ao rejeitar a solução proposta pelo Relator, deixou claro que não fixou tese quanto à definição do ônus da prova referente à efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações decorrentes do contrato de trabalho, por se tratar de matéria infraconstitucional, na linha de sua pacífica



**PROCESSO Nº TST-AIRR - 78-32.2019.5.20.0006**

jurisprudência, de que são exemplos os seguintes precedentes: 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: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julg. em 11/11/2019. Nesse contexto, a SDI-1 desta Corte Superior, em sessão com sua composição completa, realizada no dia 12/12/2019, ao julgar o E-RR-925-07.2016.5.05.0281, assentou que caberia a esta Justiça Especializada resolver a aludida questão jurídica e definiu ser do tomador o encargo de demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato de prestação de serviços, por ser obrigação que decorre de forma ordinária da aplicação sistemática de vários dispositivos da Lei nº 8.666/93, 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. No caso, o Tribunal Regional consignou que o ente público não se desincumbiu do ônus de provar haver sido diligente no cumprimento do dever de fiscalização, relativamente ao adimplemento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizada. Assim, sua condenação subsidiária não contraria o fixado pelo Supremo Tribunal Federal e se alinha à jurisprudência pacificada no âmbito desta Corte Superior. Agravo de instrumento conhecido e não provido. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA PARTE AUTORA. JORNADA 12X36 HORAS. VALIDADE. NORMA COLETIVA. SÚMULA Nº 444 DO TST . AUSÊNCIA DE REGISTRO FÁTICO E TESE ACERCA DA DESCARACTERIZAÇÃO DO REGIME POR SUPOSTA PRESTAÇÃO HABITUAL DE HORAS EXTAS.



**PROCESSO Nº TST-AIRR - 78-32.2019.5.20.0006**

SÚMULAS NºS 126 E 297 DO TST. Conforme entendimento consubstanciado na Súmula nº 444 desta Corte: " é válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas ". No caso, o Tribunal Regional, soberano na análise do conjunto fático-probatório dos autos, registrou a existência de acordo coletivo válido autorizando o regime de compensação da jornada de trabalho de 12x36h. Conclusão em sentido contrário demandaria o revolvimento de fatos e provas, o que não é admissível nesta instância extraordinária, consoante o teor da Súmula nº 126 do TST. Agravo de instrumento conhecido e não provido." (AIRR-11354-26.2014.5.01.0051, 7ª Turma, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 18/09/2020).

"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



PROCESSO Nº TST-AIRR - 78-32.2019.5.20.0006

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." (AIRR-100442-15.2017.5.01.0037, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 18/09/2020).

Assim, incólumes os dispositivos legais e constitucionais invocados.

Por fim, restam preclusas as matérias não renovadas no agravo de instrumento.

Ante o exposto, com fundamento nos arts. 932, III e IV, c/c 1.011, I, do CPC/2015 e 118, X, do RITST, **nego seguimento** ao agravo de instrumento.

Publique-se.

Brasília, 27 de novembro de 2020.



**PROCESSO Nº TST-AIRR - 78-32.2019.5.20.0006**

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

**MARIA HELENA MALLMANN**

Ministra Relatora