



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

Embargante: ELIANA DOS SANTOS REIS
Embargado: ESTADO DA BAHIA
Embargado: CONTRATE GESTÃO EMPRESARIAL EIRELI
RELATOR: MINISTRO CLÁUDIO MASCARENHAS BRANDÃO

JUSTIFICATIVA DE VOTO VENCIDO

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CULPA IN VIGILANDO. ÔNUS DA PROVA DO RECLAMANTE. TEMA Nº 246 DO STF.

O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, ao julgou o mérito do RE 760931/DF, fixou tese de impossibilidade de transferência automática da responsabilidade subsidiária ao ente público, mas deixou de fixa-la explicitamente quanto ao ônus da prova do dever de fiscalização.

A ementa foi assim definida:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES.

1. A dicotomia entre “atividade-fim” e “atividade-meio” é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

também comum a mutação constante do objeto social das empresas para atender a necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo. É que a doutrina no campo econômico é uníssona no sentido de que as “Firmas mudaram o escopo de suas atividades, tipicamente reconcentrando em seus negócios principais e terceirizando muitas das atividades que previamente consideravam como centrais” (ROBERTS, John. *The Modern Firm: Organizational Design for Performance and Growth*. Oxford: Oxford University Press, 2007).

2. A cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento, consubstanciando estratégia, garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira, de configuração das empresas, incorporada à Administração Pública por imperativo de eficiência (art. 37, *caput*, CRFB), para fazer frente às exigências dos consumidores e cidadãos em geral, justamente porque a perda de eficiência representa ameaça à sobrevivência da empresa e ao emprego dos trabalhadores.

3. Histórico científico: Ronald H. Coase, “*The Nature of The Firm*”, *Economica* (new series), Vol. 4, Issue 16, p. 386-405, 1937. O objetivo de uma organização empresarial é o de reproduzir a distribuição de fatores sob competição atomística dentro da firma, apenas fazendo sentido a produção de um bem ou serviço internamente em sua estrutura quando os custos disso não ultrapassarem os custos de obtenção perante terceiros no mercado, estes denominados “custos de transação”, método segundo o qual firma e sociedade desfrutam de maior produção e menor desperdício.

4. A Teoria da Administração qualifica a terceirização (*outsourcing*) como modelo organizacional de desintegração vertical, destinado ao alcance de ganhos de performance por meio da transferência para outros do fornecimento de bens e serviços anteriormente providos pela própria firma, a fim de que esta se concentre somente naquelas atividades em que pode gerar o maior valor, adotando a função de “arquiteto vertical” ou “organizador da cadeia de valor”.

5. A terceirização apresenta os seguintes benefícios: (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiii) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xiv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros; e (xv) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, know-how e estrutura, para setores e atividades distintas.

6. A Administração Pública, pautada pelo dever de eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição), deve empregar as soluções de mercado adequadas à prestação de serviços de excelência à população com os recursos disponíveis, mormente quando demonstrado, pela teoria e pela prática internacional, que a terceirização não importa precarização às condições dos trabalhadores.

7. O art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ao definir que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, representa legítima escolha do legislador, máxime porque a Lei nº 9.032/95 incluiu no dispositivo exceção à regra de não responsabilização com referência a encargos trabalhistas.

8. Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 já reconhecida por esta Corte em caráter *erga omnes* e vinculante: ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010.

9. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte admitida, julgado procedente para fixar a seguinte tese para casos semelhantes: **“O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos**



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

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”.

Pois bem.

Para a definição do ônus da prova do dever de fiscalização dos haveres trabalhistas devidos pela prestadora de serviços contratada pela Administração Pública mediante prévio procedimento licitatório, é imprópria, s.m.j., a adoção da teoria da aptidão da prova ou mesmo o enquadramento na exceção do artigo 373, § 1º, do CPC de 2015.

Com efeito, a partir da vigência da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11), em 16 de maio de 2012, o direito ao acesso a informações previsto nos arts. 5º, XXXIII, 37, § 3º, II, e 216, § 2º, da Constituição Federal passou a ser garantido a qualquer cidadão, sem a exigência de motivação por parte do solicitante.

O referido diploma legal, além de garantir o direito de obter informações contidas em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos (art. 7º, II), também estabeleceu que a negativa de acesso, quando não fundamentada, sujeitará o responsável a medidas disciplinares (arts. 7º, § 4º, e 32).

Dessa forma, o empregado, ainda que não nessa condição, tem meios próprios à obtenção das informações pertinentes ao contrato celebrado entre sua empregadora e a Administração Pública, podendo deles se utilizar a fim de instruir o feito no qual busca a reparação por eventual direito trabalhista vulnerado.

A partir da negativa de acesso ou disponibilização dos documentos e dados, nos termos mandamentais da Lei, é que se deve imputar alguma responsabilidade ao administrador, em franco descumprimento ao princípio da publicidade ora referendado pela Lei de Acesso à Informação.



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

Deve ser destacado, ainda, que **o agente público goza de presunção relativa de legitimidade das informações oficiais prestadas**, as quais devem prevalecer até que se prove o contrário.

Nesse sentido, o entendimento proferido nos autos da Medida Cautelar na Reclamação nº 27154/SP (DJ 18/09/2017), de relatoria do Ministro Luiz Fux, em que Sua Excelência trata da matéria com a costumeira precisão:

“[...] Resta imprescindível a prova categórica do nexo de causalidade entre a conduta culposa da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador. **Sem essa prova, subsiste a presunção de legitimidade do ato administrativo, eximindo-se o Ente Público da responsabilidade por obrigações trabalhistas de empregados das empresas prestadoras de serviços.**

Com efeito, para Celso Antônio Bandeira de Mello, “presunção de legitimidade é a qualidade, que reveste tais atos (administrativos), de se presumirem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário” (Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 31ª Edição, 2014, p. 423).

Daí decorre a presunção de que a Administração agiu em conformidade com seu dever legal de fiscalizar o contrato – e não o contrário –, **transferindo-se, conseqüentemente, ao empregado o ônus de comprovar a culpa na conduta administrativa.**” (destaquei)

Tal aspecto gera uma **presunção relativa de que houve a fiscalização, a qual deve ser elidida pela parte reclamante por meio da produção de provas no curso da relação processual.**

Ora, não se pode presumir que os agentes públicos responsáveis pela realização da contratação e acompanhamento do cumprimento das obrigações trabalhistas devidas pela prestadora de serviços tenham atuado com desídia em suas atribuições funcionais, ou que sejam os responsáveis pelo não pagamento dos haveres devidos pela empresa contratada.



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

E, em que pese a rejeição dos embargos de declaração pela Excelsa Corte, é certo que se reafirmou textualmente a necessidade de comprovação da ausência de fiscalização, encargo processual que, por óbvio, não pode ser atribuído à Administração Pública, a quem não aproveitaria tal demonstração.

Confira-se o teor do acórdão de embargos de declaração:

1. Não há contradição a ser sanada, pois a tese aprovada, no contexto da sistemática da repercussão geral, reflete a posição da maioria da Corte quanto ao tema em questão, contemplando exatamente os debates que conduziram ao acórdão embargado.

2. Não se caracteriza obscuridade, pois, conforme está cristalino no acórdão e na respectiva tese de repercussão geral, a responsabilização subsidiária do poder público não é automática, 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.

3. Embargos de declaração rejeitados.

Merece registro, ainda, a seguinte fundamentação da Exmo. Ministro Luiz Fux, Relator:

A atribuição do ônus de provar a inexistência de culpa pelo inadimplemento a Administração Pública subverteria, ainda, a presunção de legitimidade dos atos administrativos. Afinal, estar-se-ia inaugurando um regime de atuação ilegal a priori por parte dos agentes públicos que realizaram a contratação e acompanharam a execução da avença pelo particular. E inconcebível admitir que os sujeitos integrantes da Administração atuam, em regra, com desídia em suas funções, bem como que provocam rotineiramente o não pagamento dos empregados das sociedades contratadas.

E necessário considerar, ainda, a ótica consequencialista decorrente de eventual atribuição do ônus da prova da inexistência de culpa ao poder público. Para tanto, é necessário recordar que o regime de contratação



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

administrativa busca os seguintes objetivos sociais: (i) promover ganhos de eficiência e escala gerados pela desintegração vertical da atividade; (ii) estimular a concorrência no mercado; (iii) gerar, por conseguinte, oportunidades de trabalho.

(...) Sendo assim, o ponto de partida da análise sobre o ônus da prova deve ser o de que a terceirização é uma conduta socialmente benéfica, pois gera ganhos de eficiência dos quais se aproveitam a Administração, as empresas contratadas e os próprios trabalhadores (ROBERTS, John. *The Modern Firm: Organizational Design for Performance and Growth*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 1-3, 183-184 e 191-193; PORTER, Michael E. *Competitive strategy: techniques for analyzing industries and competitors*. New York: Free Press, 1998. p. 300-323).

Isso porque o regime de definição do ônus da prova se destina a redução ótima de erros judiciais, ou seja, busca a incidência das normas de material da forma mais fidedigna possível a realidade fática que deu origem ao processo.

Consoante ensina Louis Kaplow, Professor da *Harvard Law School*, o exercício perfeito da jurisdição, sem erros judiciais, cria incentivos corretos para a obediência a lei, pois potenciais transgressores serão desestimulados ao anteciparem a incidência da sanção jurídica correspondente ao ato nocivo. Em contrapartida, uma jurisdição desconectada dos fatos desestimula atos benéficos, visto que agentes inocentes anteciparão a possibilidade de suas condutas serem interpretadas como transgressões (KAPLOW, Louis. “*Burden of Proof*”. In: 121 *Yale L.J.* 738, 2012).

Nessa linha, o objetivo das regras sobre ônus da prova é garantir que o máximo de informações sejam trazidas ao Judiciário com o mínimo de custos, a fim de gerar a redução mais eficiente possível de erros judiciais (HAY, Bruce; SPIER, Kathryn E. “*Burdens of Proof in Civil Litigation: An Economic Perspective*”. In: 26 *The Journal of Legal Studies* 413- 431, 1997).

Assim, a definição da parte a quem compete, a princípio, a produção probatória, deve ter atenção aos seguintes fatores: (i) qual parte possui maior facilidade para produzir elementos de prova; (ii) como será o comportamento estratégico das partes em termos de colheita de



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

informações e transmissão ao Juízo, considerando os ônus que lhes são imputados; e (iii) qual o impacto do erro judiciário no comportamento social dos agentes, ou seja, quais os *benefícios* ou *prejuízos* experimentados pela sociedade em razão dos atos *benéficos* ou *nocivos* que são *estimulados* ou *desestimulados* pelo exercício imperfeito da jurisdição.

Colham-se também os fundamentos do Eminentíssimo Ministro Alexandre de Moraes no julgamento proferido no RE:

Creio, porém, que os inconvenientes são ainda maiores: permitir a responsabilização indiscriminada do Poder Público por verbas trabalhistas é desestimular em sentido amplo a tão necessária cooperação com a iniciativa privada, tornando-a ainda menos atrativa, em tempos de aguda recessão econômica e de necessidade de modernização e eficiência da Administração Pública em suas finalidades essenciais. **Exigir que a Administração Pública proceda “in totum” a exaustivas rotinas de vigilância da execução de contratos terceirizados não apenas corrói a lógica econômica dessas avenças, desestimulando-as, como imputa ao tomador de serviços uma responsabilidade diretiva típica da subordinação empregatícia, que deveria ser exercida pelo empregador.**

Teríamos, conseqüentemente, um duplo gasto do poder público para a mesma finalidade, pois, além da taxa de fiscalização, haveria necessidade de manutenção de setores específicos para a realização dessa tarefa, como se não houvesse terceirização, mas sim prestação direta dos serviços.

Certamente há algo de contraditório nisso, como bem destacado no voto do Ministro MARCO AURÉLIO, ao apontar que “assentando invariavelmente a falta de fiscalização do poder público, como se ele devesse olvidando os parâmetros do contrato de terceirização, constituir uma equipe e colocar dentro da empresa contratada, assentando, invariavelmente, essa responsabilidade”.

O Supremo Tribunal Federal fixou, na ADC 16, que a mera inadimplência não pode converter a Administração Pública em responsável por verbas trabalhistas, decidindo que não é todo e qualquer episódio de atraso na quitação de verbas trabalhistas que pode ser imputado



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

subsidiariamente ao Poder Público, mas só aqueles que tenham se reiterado com a conivência comissiva ou omissiva do Estado. Não me parece que seja automaticamente dedutível, da conclusão deste julgamento, um dever estatal de fiscalização do pagamento de toda e qualquer parcela, rubrica por rubrica, verba por verba, devida aos trabalhadores. O que pode induzir à responsabilização do Poder Público é a comprovação de um comportamento sistematicamente negligente em relação aos terceirizados; ou seja, a necessidade de prova do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público e o dano sofrido pelo trabalhador. Se não houver essa fixação expressa, clara e taxativa por esta Corte, estaremos possibilitando, novamente, outras interpretações que acabem por afastar o entendimento definitivo sobre a responsabilização da Administração Pública nas terceirizações, com a possibilidade de novas condenações do Estado por mero inadimplemento e, consequentemente a manutenção do desrespeito à decisão desta Corte na ADC 16.

Assim, impor ao Poder Público o ônus da prova significa presumir sua culpa *in vigilando*, **presunção cuja resultante natural é a “transferência automática” da responsabilidade pelo pagamento dos haveres trabalhistas, na contramão da ratio decidendi firmada no RE 760931/DF, erigido à condição de leading case.**

Transcreva-se recente decisão lavrada pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação 26.291/GO, de relatoria do Exmo. Ministro Gilmar Mendes, publicada no DJE de 27/9/2019, que, embora não fixe tese a respeito do encargo probatório, reforma decisão desta Corte em que mantida a responsabilidade do ente público pelos encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa contratada, porque **deixara de demonstrar o seu dever** de fiscalizar a execução e cumprimento do contrato celebrado:

DECISÃO: Trata-se de reclamação constitucional com pedido liminar, proposta por VALEC – Engenharia, Construções e Ferrovias S.A em face de decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho, nos autos do Processo 00000560-75.2012.5.18.0201, em que figura como parte autora Antônio Redson de Sousa Soares.



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

Na petição inicial, alega-se que a decisão reclamada ofendeu a autoridade desta Corte, consubstanciada na Súmula Vinculante 10, ao afastar, por órgão fracionário, a aplicação da norma do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993.

Sustenta-se também violação ao decidido no julgamento da ADC 16, pois foi condenada subsidiariamente, sem averiguação de culpa, ao pagamento de verbas trabalhistas.

Afirma-se que não houve demonstração de defeito na fiscalização do ente público sobre seus contratados, mas simples afirmação do acórdão regional, lançada de passagem e irrelevante para sua fundamentação, de que não fiscalizaria como deveria a prestadora de serviços no cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias, causando prejuízo aos trabalhadores. (eDOC 1, p. 3.) Sustenta-se que o Tribunal Superior do Trabalho teria entendido, indevidamente, que tal trecho do acórdão regional constituiria juízo sobre a realidade fática dos autos, fornecendo o requisito para a caracterização da culpa in vigilando, que autoriza a responsabilização subsidiária da Administração Pública. (eDOC 1, p. 6) Em 6.2.2017, indeferi o pedido de liminar por ausência dos pressupostos da medida cautelar (eDOC 9).

A autoridade reclamada prestou informações, consoante eDOC 13.

Citado por edital, o beneficiário Antônio Redson de Sousa Soares não apresentou contestação (eDOC 50).

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se em parecer assim ementado:

“RECLAMAÇÃO. INSUBSISTÊNCIA DO ATO RECLAMADO. NÃO CONHECIMENTO. SUSPENSÃO DE PROCESSO PARA APLICAÇÃO PELO TST DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. INVIABILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA RECLAMAÇÃO COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO OU DE OUTRAS AÇÕES CABÍVEIS. NÃO CONHECIMENTO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR DÉBITO TRABALHISTA DE EMPRESA CONTRATADA. ADC 16/DF. AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO, OU FISCALIZAÇÃO DEFICIENTE DO CONTRATO ADMINISTRATIVO. ATO OMISSIVO ILÍCITO. CULPA IN VIGILANDO. INVIABILIDADE DE REVOLVIMENTO DE



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA SOBRE
CONFIGURAÇÃO DE CULPA EM RECLAMAÇÃO. ÔNUS
DA PROVA, MATÉRIA PROCESSUAL
INFRACONSTITUCIONAL NÃO ABORDADA NA ADC
16/DF, OU NO RE 760.931/DF. NÃO CONHECIMENTO OU
IMPROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO”. (eDOC 51)

É o relatório.

Decido.

A reclamação, tal como prevista no art. 102, I, “I”, da Constituição e regulada nos artigos 988 a 993 do Código de Processo Civil e 156 a 162 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, tem cabimento para preservar a competência do tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, bem como contra ato administrativo ou decisão judicial que contrarie súmula vinculante (CF/88, art. 103-A, § 3º).

O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 que dispõe sobre a impossibilidade jurídica de transferência de responsabilidade à Administração Pública de encargos decorrentes do não cumprimento, pelo contratado, de obrigações trabalhistas, fiscais ou comerciais, no julgamento da ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 9.9.2011.

Posteriormente a esse julgamento, o Tribunal Superior do Trabalho deu nova redação à Súmula 331 daquela Corte, para fazer constar que o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária dos entes integrantes da Administração Pública direta e indireta em determinados casos.

Com efeito, constato que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral dessa matéria, nos autos do RE-RG 760.931 (tema 246), que substituiu o RE-RG 603.397, Rel. Min. Rosa Weber, cujo mérito está pendente de julgamento pelo Plenário desta Corte. Eis a ementa do julgado:

“ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE
SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR
ENCARGOS TRABALHISTAS EM FACE DO
INADIMPLENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE
SERVIÇO. EXAME DA CONSTITUCIONALIDADE DO
ART. 71, § 1º, DA LEI 8.666/1993. EXISTÊNCIA DE
REPERCUSSÃO GERAL.”



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

No presente caso, verifico que o Tribunal reclamado não empreendeu análise acurada da espécie fática, tratando o caso apenas em abstrato, como mais um episódio da recorrente controvérsia gerada pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas pelos contratados da Administração Pública. Nesse sentido, extraem-se os seguintes trechos:

“No julgamento da ADC 16, o excelso STF proclamou a adequação constitucional do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, considerando insubsistentes as razões que ditaram a edição do item IV da Súmula 331/TST.

Responsabilidade supletiva, em casos de terceirização de serviços, só pode ser atribuída à Administração Pública quando evidenciada a culpa in vigilando, isto é, a conduta culposa do contratante na fiscalização das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviços como empregadora.

Responsabilidade que não decorre do simples inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Nesse sentido é a dicção do item V, acrescido à redação da Súmula 331/TST.

No caso, a e. **Corte Regional consignou explicitamente que ficou comprovada a inexistência de fiscalização efetiva da empresa contratada pela Valec** quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas, conforme evidenciado no seguinte excerto do acórdão recorrido:

Entretanto, no caso em apreço, **a entidade pública não trouxe nenhum elemento probatório que confirmasse a sua participação fiscalizatória na execução do contrato. E o encargo probatório, por força do art. 818 da CLT e, principalmente, pelo critério da aptidão para a produção da prova, caberia exclusivamente ao ente público a comprovação de sua conduta pró-ativa e diligente na eleição e fiscalização de seu contratado, sendo inviável que tal ônus recaia sobre o trabalhador, sob pena de se caracterizar a malfadada ‘prova diabólica’.** Não convence sobre as medidas adotadas como de ordem fiscalizadora, até porque, se realmente efetivas, o Autor não necessitaria recorrer ao Judiciário para fazer valer seus direitos, tanto é verdade que admite disponibilizar numerário para pagamento das demandas trabalhistas, o que implica ter havido necessidade de intervenção judicial para essa



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

iniciativa. Assim, restando processualmente demonstrada culpa da reclamada quanto ao dever de fiscalizar a fiel execução e o cumprimento do contrato celebrado, torna-se ela responsável pelo dever de indenizar os trabalhadores que tiveram seus direitos trabalhistas não adimplidos pela contratada, chegando-se a esta ilação pela interpretação dos artigos referidos da Lei nº 8.666/91, em consonância com os artigos 186 e 942, parágrafo único, do Código Civil.” (eDOC 6, p. 7-8)

Assim, entendo que o Tribunal reclamado reconheceu a responsabilidade da Administração Pública sem caracterização efetiva da culpa, afastando a aplicação da norma do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, cuja constitucionalidade foi reconhecida na ADC 16, e violando a autoridade da Súmula Vinculante 10.

Ante o exposto, julgo procedente a reclamação, para cassar o acórdão reclamado, no ponto em que reconheceu a responsabilidade subsidiária da reclamante pelo adimplemento da condenação, determinando que outro seja proferido, nos termos da jurisprudência desta Corte. (art. 21, § 1º, do RISTF) Publique-se.

Brasília, 24 de setembro de 2019.

Ministro GILMAR MENDES Relator Documento assinado digitalmente

Não se pode inferir outra conclusão a que se pretende o julgado. O STF reforma acórdão do TST que mantém responsabilidade subsidiária com fundamento na ausência de prova porque o ente público não se desincumbiu do seu encargo de demonstrar o dever de fiscalizar.

Assim, com esses termos, voto no sentido de conhecer e desprover o recurso de embargos.

Brasília, de de

BRENO MEDEIROS



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

Ministro