



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

SBDI-I

Julgamento presencial em 12/12/2019

Embargante: **ELIANA DOS SANTOS REIS**

Embargados: **ESTADO DA BAHIA e CONTRATE GESTÃO EMPRESARIAL EIRELI**

Relator: **EXMO. MINISTRO CLÁUDIO MASCARENHAS BRANDÃO**

VOTO CONVERGENTE

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - RESPONSABILIDADE
SUBSIDIÁRIA - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - LICITAÇÃO -
DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE Nº 760.931 -
REPERCUSSÃO GERAL - SÚMULA Nº 331, V, DO TST - RATIO DECIDENDI -
ÔNUS DA PROVA**

A C. SBDI-I, em sessão com quórum completo, decidiu ser da Administração Pública o ônus de provar o cumprimento do dever de fiscalizar a execução de contrato de prestação de serviços.

O entendimento desta Subseção está sintetizado na ementa do Exmo. Ministro Relator, Cláudio Mascarenhas Brandão:

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA 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. 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 cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora, autoriza a responsabilização do ente 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. Por esse fundamento e 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. No caso, o



PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

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, Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, SBDI-I, julgado em 12/12/2019)

Diante da relevância da matéria, registro meu voto convergente.

A C. 3ª Turma consignou que "(...) o Supremo tribunal Federal, no julgamento do RE nº 760.931, com repercussão geral, atribuiu o ônus da prova da ausência de fiscalização ao trabalhador." (fl. 1080).

Assim como o Exmo. Ministro Relator, entendo haver divergência jurisprudencial específica, porquanto o paradigma de fls. 1087/1088, oriundo da C. 8ª Turma (cópia autenticada do inteiro teor às fls. 1093/1107), adota a tese de que "(...) o ônus da prova recai sobre o tomador dos serviços, o qual como visto, tem obrigação legal de fiscalizar a execução do contrato (...)" (fl. 1087).

Por isso, também **conheço** dos Embargos.

Quanto ao **mérito**, no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, o E. Supremo Tribunal Federal, declarando a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, firmou o entendimento de que a mera inadimplência do contratado, em relação às parcelas trabalhistas, não autoriza a responsabilização subsidiária do ente da Administração Pública, tomador dos serviços, se não evidenciada a conduta culposa na fiscalização das obrigações contratuais e legais da prestadora dos serviços.

Com base nesse entendimento, o Eg. TST acrescentou o item V à Súmula nº 331, nestes termos:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (NOVA REDAÇÃO DO ITEM IV E INSERIDOS OS ITENS V E VI À REDAÇÃO) - RES. 174/2011, DEJT DIVULGADO EM 27, 30 E 31.05.2011

(...)

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei



PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Ao julgar o Tema n.º 246 de Repercussão Geral - responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço, RE 760931 -, aquela Corte não fixou tese específica sobre a distribuição do ônus da prova pertinente à fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas.

Os Ministros vencidos no julgamento do caso concreto (Rosa Weber - Relatora, Edson Fachin, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello) aderiram integralmente ao voto da Ministra Rosa Weber, Relatora, que invocou o princípio da aptidão para a prova (positivado nos arts. 7º c/c 373, § 1º, do CPC de 2015) e o poder/dever de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas (previsto no art. 67 da própria Lei n.º 8.666/93, renovado e detalhado na Instrução Normativa n.º 2/2008 do MPOG) como fundamentos para atribuir o ônus à Administração Pública.

O Ministro Roberto Barroso chegou a sugerir a adoção de teses de repercussão geral mais detalhadas, que evidenciassem o ônus da prova da Administração Pública e a forma de demonstração do cumprimento de sua obrigação de fiscalização, nestes termos:

1 - Em caso de terceirização, a Administração Pública responde subsidiariamente pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas da empresa contratada, no que respeita aos profissionais que tenham atuado em seu benefício, se restar comprovada falha do Poder Público em seu dever de fiscalizá-la (culpa in vigilando) ou em adotar as medidas cabíveis em relação ao inadimplemento. Precedente: ADC 16, rel. Min. Cezar Peluso. **2 - Compete à Administração comprovar que houve adequada fiscalização.** 3 - O dever de fiscalização da Administração acerca do cumprimento de obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas constitui obrigação de meio, e não de resultado, e pode ser realizado através de fiscalização por amostragem, estruturada pelo próprio ente público, com apoio técnico de órgão de controle externo, caso em que gozará de presunção juris tantum de razoabilidade. 4 - Constatada, pelo Poder Público, a ocorrência de inadimplemento trabalhista pela contratada, as seguintes providências devem ser tomadas: (i) notificar a empresa contratada, assinando-lhe prazo para sanar a irregularidade; (ii) em caso de não atendimento, ingressar com ação judicial para promover o depósito, a liquidação do valor e o pagamento em juízo das



PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

importâncias devidas, abatendo tais importâncias do valor devido à contratada. 5 – Não é válida a responsabilização subsidiária da Administração Pública: (i) com afirmação genérica de culpa in vigilando, sem indicar, com rigor e precisão, os fatos e as circunstâncias que configuram a sua culpa in vigilando ou (ii) se for comprovada, pela Administração, a realização de fiscalização por amostragem e a adoção das medidas mitigadoras antes indicadas. (RE 760931, fls. 182/183 do acórdão)

Os Ministros vencedores no julgamento do caso concreto (Luiz Fux, Marco Aurélio, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Alexandre de Moraes) entenderam que, naquela hipótese, não fora demonstrada a culpa da Administração Pública, por omissão de fiscalização, que autorizasse sua responsabilização.

A situação foi assim resumida pelo Ministro Alexandre de Moraes:

Os densos votos até aqui proferidos, embora com algumas variações de fundamentação, buscaram solucionar o dissídio pelo acréscimo de duas coordenadas de decisão, ambas excludentes entre si. A primeira, balizada pelo exauriente voto da Ministra ROSA WEBER, com os complementos do Ministro ROBERTO BARROSO, postula que o ônus de comprovar a fiscalização dos contratos recaia sobre a Administração Pública, podendo o seu cumprimento adequado ser demonstrado inclusive por aplicação de metodologias de amostragem. Linha interpretativa antagônica, defendida por igual número de Ministros, rejeita a possibilidade de que a Administração Pública venha a responder por verbas trabalhistas de terceiros a partir de qualquer tipo de presunção, somente admitindo que isso ocorra caso a condenação esteja inequivocamente lastreada em elementos concretos de prova da falha na fiscalização do contrato. O meu convencimento se associa à última corrente, somando-se àqueles que concluem pelo provimento do recurso da União. (RE 760931, fl. 320 do acórdão)

No entanto, os próprios Ministros integrantes da segunda corrente mencionada pelo Ministro Alexandre de Moraes não decidiram diretamente acerca do ônus da prova.

Os votos que atribuíram de forma mais clara o ônus ao Reclamante foram os da Ministra Cármen Lúcia e do Ministro Alexandre de Moraes:

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (VOGAL): (...) A alegada ausência de comprovação, em juízo, pela União, da efetiva fiscalização do contrato administrativo não substitui a necessidade de “*prova taxativa no nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador*”. Foi o que afirmei no julgamento da Reclamação 15342. (RE 760931, fl. 314 do acórdão)



PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: (...) A meu ver, portanto, a consolidação da responsabilidade do Estado por débitos trabalhistas de terceiros, alavancada pela premissa da inversão do ônus da prova em favor do trabalhador, representa claro risco de desestímulo à colaboração da iniciativa privada com a Administração Pública, estratégia essencial para que o Estado brasileiro consiga se modernizar. (RE 760931, fl. 320 do acórdão)

O Ministro Gilmar Mendes, a princípio, convergia com a Ministra Rosa Weber e o Ministro Roberto Barroso, afirmando ser "fundamental que se tenha presente que estamos falando, de fato, de responsabilidade subjetiva com a inversão do ônus da prova, quer dizer, cabe ao poder público contratante fazer a prova de que fez a fiscalização" (RE 760931, fl. 217 do acórdão).

Após, reformulou seu voto, nestes termos: "Eu temo - e já havia dito isto - que um julgamento nosso que não traduza uma decisão que reforce e sinalize que não nos estamos afastando do decisor da ADC 16 venha a propiciar aquilo que vimos com a edição do segundo enunciado, que notoriamente destinou-se a contornar nosso entendimento. De modo que vou pedir todas as vênias à ministra Rosa, já o havia feito antes, para rever meu voto e somar ao dos ministros Fux, Marco Aurélio e ao de Vossa Excelência" (RE 760931, fl. 256 do acórdão).

O Ministro Dias Toffoli, que vinha alinhado à divergência do Ministro Luiz Fux, ponderou, ao final do julgamento, que o ônus da prova seria da Administração. O Ministro Luiz Fux sugeriu que a Administração deveria alegar em defesa a correta fiscalização e apresentar os boletins correspondentes:

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: (...) penso que nós temos os *obiter dicta*, porque vários de nós, sejam os vencidos, sejam os vencedores, quanto à parte dispositiva, em muito da fundamentação, colocaram-se de acordo. E uma das questões relevantes é: a quem cabe o ônus da prova? Cabe ao reclamante provar que a Administração falhou, ou à Administração provar que ela diligenciou na fiscalização do contrato? (...) Eu mesmo acompanhei o Ministro Redator para o acórdão - agora Relator para o acórdão -, o Ministro Luiz Fux, divergindo da Ministra Relatora original, Ministra Rosa Weber, mas entendendo que é muito difícil ao reclamante fazer a prova de que a fiscalização do agente público não se operou, e que essa prova é uma prova da qual cabe à Administração Pública se desincumbir caso ela seja colocada no polo passivo da reclamação trabalhista, porque, muitas vezes, esse dado, o reclamante não tem.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas veja o seguinte, Ministro Toffoli, só uma breve observação. Suponhamos que o reclamante promova uma demanda alegando isso. Então, ele tem que provar o fato constitutivo do seu direito: deixei de receber, porque a Administração largou o contratado para lá, e eu fiquei sem receber. Na defesa, caberá... Porque propor a ação é inerente ao acesso



PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

à Justiça. O fato constitutivo, é preciso comprovar na propositura da ação. E cab
ao réu comprovar fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do
autor. Então, a Administração vai ter que chegar e dizer: "Claro, olha aqui, eu
fiscalizei e tenho esses boletins". E tudo isso vai se passar lá embaixo, porque aqui
nós não vamos mais examinar provas.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Concordo, mas é importante esta
sinalização, seja no *obiter dictum* que agora faço, seja nos *obiter dicta* ou na
fundamentação do voto que já fizera anteriormente, e que fez agora o Ministro
Luís Roberto Barroso, assim como a Ministra Rosa Weber: a Administração
Pública, ao ser acionada, tem que trazer aos autos elementos de que diligenciou no
acompanhamento do contrato. (RE 760931, fls. 349/350 do
acórdão)

Ao firmar a tese de repercussão geral, não
decidiram especificamente sobre exceções que possibilitariam a
responsabilização da Administração Pública (especialmente a
demonstração de culpa), por entenderem que poderiam ser adotadas
como regra.

A tese foi assim fixada: "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" (destaque acrescido).

O quórum referido, de 6x5, aplicou-se apenas ao
julgamento do caso concreto, em que foi provido o Recurso
Extraordinário da União, por se entender que, naquela hipótese, não
fora demonstrada a culpa na fiscalização do cumprimento das
obrigações trabalhistas.

Na fixação da tese de repercussão geral, ficou
vencido apenas o Exmo. Ministro Marco Aurélio, parcialmente, por
discordar da inserção do advérbio "automaticamente", que, segundo
seu entendimento, poderia gerar a mesma dúvida decorrente do
julgamento da ADC 16, sobre o que seria a "responsabilização
automática", como se daria a demonstração de culpa, etc.

Contudo, os demais Ministros concordaram com o
acréscimo da palavra "automaticamente", justamente por considerarem
possível a responsabilização da Administração, se demonstrada a
culpa, embora não tenham especificado de que forma se daria essa
demonstração, nem de quem seria o ônus da prova.

Os três Embargos de Declaração opostos a esse
acórdão, por sua vez, foram rejeitados. Ou seja, não houve acréscimo



PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

de pronunciamento específico sobre a questão do ônus da prova à tese vinculante firmada no precedente de repercussão geral.

No julgamento dos terceiros Embargos de Declaração, em que a matéria foi discutida com maior evidência, o Exmo. Ministro Luiz Fux, Relator, que ficou vencido, afirmou que “a corrente majoritária repudiou expressamente qualquer regime que transfira ao poder público o ônus de comprovar que não adotou conduta culposa, comissiva ou omissiva, causadora do resultado danoso aos empregados. Não há que se falar, portanto, em inversão do ônus da prova ou culpa presumida, pois o parágrafo primeiro do art. 71 da Lei 8.666/93, cuja constitucionalidade foi reconhecida por esta Corte, dispõe que a ‘inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento’”.

Com essas considerações, propôs acolher os Embargos de Declaração, “para esclarecer a tese de repercussão geral, nos seguintes termos: *‘O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, salvo, em caráter subsidiário e excepcional, quando cabalmente comprovada conduta culposa da Administração causadora de dano ao empregado, vedada em qualquer hipótese a sua responsabilização solidária e a presunção de culpa, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93’*”.

Contudo, como visto, o Exmo. Ministro Relator ficou vencido, de forma que não prevaleceu o esclarecimento da tese na forma proposta.

A Exma. Ministra Cármen Lúcia não se manifestou expressamente sobre o ônus da prova. Apenas ressaltou a responsabilidade da Administração em caso de descumprimento do dever legal de fiscalização, sem definir especificamente a quem caberia o ônus da prova. Assim se pronunciou:

O que parece aqui ter ficado acertado é que concluímos, por maioria, que é constitucional; concluímos, por maioria, que não pode haver o repasse automático dessa responsabilidade. Entretanto, dissemos: quando a Administração Pública não cumprir também o seu dever - porque a Administração não pode ser omissa, não pode ser recalcitrante, não pode ser leve e deixar que o trabalhador é que fique com o ônus -, comprova-se a situação que Vossa Excelência chama de excepcional em que, comprovada essa ausência de atuação obrigatória da Administração Pública, permitir-se-ia, então, que ela respondesse.

O Exmo. Ministro Ricardo Lewandowski referiu-se à manifestação da Defensoria Pública para reiterar que, no julgamento originário, a Corte teria adotado um posicionamento minimalista, por



PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

se tratar de tese de repercussão geral, que não se prestaria a "entrar em pormenores, tais como condições da ação que autorizariam a transferência da responsabilidade, qual ato comissivo, omissivo ou ilícito do Estado que ensejaria a sua responsabilidade, o ônus da prova". Registrou que não seria possível "inserir, em julgamento de embargos de declaração, uma série de componentes novos, que não foram discutidos, sob pena de ficarmos sujeitos a novos embargos de declaração para discutir ponto por ponto daquilo que agora inseriríamos na nossa decisão". Acompanhou, assim, a divergência, para rejeitar os Embargos de Declaração.

De fato, como visto acima, no julgamento originário, o Exmo. Ministro Luís Roberto Barroso chegou a sugerir a adoção de tese mais detalhada, mas o colegiado optou, ao final, por tese mais resumida e generalista, sem detalhamento dos pormenores inerentes à análise dos casos concretos.

O Exmo. Ministro Edson Fachin, Redator do acórdão dos terceiros Embargos de Declaração, votou pela rejeição do apelo, registrando que "revolver esse debate, no meu modo de ver, significa, a rigor, reiniciar, em sede de embargos de declaração, o julgamento". Aduziu que "a responsabilidade não é automática, conforme preconizou o legislador infraconstitucional, no artigo 71, §1º, da Lei de Licitações, mas não pode o poder público dela eximir-se quando não cumpriu com o seu dever de primar pela legalidade estrita na escolha ou fiscalização da empresa prestadora de serviços". Optou, portanto, pela manutenção da tese minimalista, sem pronunciamento específico sobre o ônus da prova.

O Exmo. Ministro Luís Roberto Barroso, reconhecendo-se vencido no julgamento originário quanto aos parâmetros sugeridos para apuração da responsabilidade, inclusive referentes ao ônus da prova, que atribuía ao Estado, acompanhou, no entanto, o Exmo. Ministro Relator, quanto ao acolhimento dos Embargos de Declaração, justamente por entender que no julgamento originário a matéria não fora esclarecida.

A Exma. Ministra Rosa Weber e o Exmo. Ministro Marco Aurélio também acompanharam a divergência, para rejeitar os Embargos de Declaração.

Diante desse quadro, considero que a tese fixada pelo E. STF sobre o Tema nº 246 de Repercussão Geral (RE 760931) não contém orientação específica sobre a distribuição do ônus da prova pertinente à fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas.



PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

Na hipótese, a Corte de origem responsabilizou subsidiariamente o tomador de serviços, por entender caracterizada a culpa, decorrente da fiscalização deficiente no cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviços como empregadora.

O Eg. TRT destacou que "(...) impunha-se à segunda reclamada o ônus de demonstrar o exato cumprimento desse dever, para eximir-se do efeito reflexivo da responsabilidade trabalhista diretamente atribuída ao empregador inadimplente." (fl. 460). Também consignou que os documentos juntados aos autos pelo ente público "(...) afiguram-se insuficientes à prova de que o mesmo fora diligente no cumprimento do dever de fiscalização (...)" (fl. 460).

Esse entendimento não implica afronta ao art. 97 da Constituição da República ou à Súmula Vinculante nº 10 do E. STF, nem desrespeito à decisão proferida na ADC nº 16, uma vez que não se trata de declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, mas tão somente da definição concreta do alcance das normas inscritas no aludido diploma, de acordo com os próprios balizamentos estabelecidos pelo E. STF em controle abstrato de constitucionalidade.

Acrescente-se que compete ao ente público o ônus da prova, na medida em que a obrigação de fiscalizar a execução do contrato decorre da lei, mais especificamente dos arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/1993:

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

III - fiscalizar-lhes a execução;

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

Não se poderia exigir do trabalhador a prova de fato negativo ou a apresentação de documentos aos quais não tenha acesso, em atenção ao princípio da aptidão para a prova.

Ante o exposto, **acompanho** o Exmo. Ministro Relator para dar provimento aos Embargos.



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

fls.10

PROCESSO N° TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

Brasília, 12 de dezembro de 2019

MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI
Ministra

MCP/rss