

Relator : Ministro CLÁUDIO MASCARENHAS BRANDÃO

Embargante: ELIANA DOS SANTOS REIS

Embargado : ESTADO DA BAHIA

Embargada : CONTRATE GESTÃO EMPRESARIAL EIRELI

LBC/vm

JUSTIFICATIVA DE VOTO CONVERGENTE
EX^{MO}. MINISTRO LELIO BENTES CORRÊA

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE
SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LICITAÇÃO. SÚMULA
N.º 331, V, DO TST. DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
NOS AUTOS DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 760.931/DF. REPERCUSSÃO
GERAL. *RATIO DECIDENDI*. ÔNUS DA PROVA.**

Busca-se definir, por meio do julgamento do mérito dos presentes Embargos, o alcance da tese jurídica fixada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de Repercussão Geral, nos autos do Recurso Extraordinário n.º 760.931/DF, precisamente após o julgamento, em 1º/8/2019, de terceiros Embargos de Declaração interpostos naquele processo. O ponto central da controvérsia reside na expectativa de manifestação do Excelso Pretório, após a fixação da tese de Repercussão Geral no julgamento ocorrido em 30/3/2017, acerca da distribuição do ônus da prova quanto à configuração da conduta culposa da Administração Pública - tomadora de serviços - na escolha ou na fiscalização da empresa prestadora de serviços, a caracterizar culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.

Na espécie, emerge do acórdão prolatado pelo Tribunal Regional do Trabalho de origem - reproduzido pela Eg. Terceira Turma do TST - que o ente público reclamado "*agiu com leniência, senão negligência, na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas da contratada em relação aos trabalhadores que lhe prestavam serviços, incluído o reclamante*". Ressaltou, ainda, a Corte de origem (fls. 548/549; grifos acrescidos):

**“(…) Com relação aos documentos juntados aos autos pelo
recorrente com sua defesa, afiguram-se insuficientes à prova de que o**

PROC. Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

mesmo fora diligente no cumprimento do dever de fiscalização, relativamente ao adimplemento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizada em face do reclamante, apesar de estar a tanto obrigado por lei, o que, se efetivamente cumprido, não teria ensejado o inadimplemento dos haveres trabalhistas da autora reconhecidos nesta ação.

Força é concluir, diante desse quadro de descalabro e precarização do pacto laboral, que o segundo reclamado, na qualidade de tomador e beneficiário dos serviços prestados pelo reclamante, **não somente negligenciou os deveres de eficiência e cautela, ao selecionar e contratar empresa inidônea, incidindo em culpa *in eligendo*, mas também desdenhou de seu dever legal de fiscalizar a execução do contrato, inclusive o cumprimento das obrigações da contratada perante os trabalhadores ali engajados, em razão do que também deve responder por sua culpa *in vigilando***, a teor dos artigos 186 e 187 do Código Civil, na diretriz do item V da Súmula 331 do TST.

Avulta, assim, a responsabilidade subsidiária do segundo reclamado, abrangendo todos os direitos trabalhistas inadimplidos pela empregadora do autor, indistintamente.

Não obstante o contexto fático delimitado pelo Tribunal de origem, relativo à **omissão** da Administração Pública quanto ao poder-dever de fiscalizar o cumprimento, pela contratada, das obrigações legais que lhe incumbiam, a Eg. Terceira Turma do TST conheceu do Recurso de Revista interposto pelo ente público reclamado, por violação do artigo 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, e, no mérito, deu-lhe provimento para *"afastar a responsabilidade subsidiária do Estado da Bahia, julgando, quanto a ele, improcedente a reclamação"*. Decidiu-se, em síntese – com ressalva de entendimento pessoal do Relator, o Exmo. Ministro Alberto Bresciani –, ao fundamento de que *"o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n.º 760.931, com repercussão geral, atribuiu o ônus da prova da ausência de fiscalização ao trabalhador"*.

Eis o teor do v. acórdão prolatado pela Eg. Terceira Turma do TST (fls. 549/551; grifamos):

Diante da salvaguarda inscrita no art. 71 da Lei nº 8.666/93, a responsabilidade subjetiva e subsidiária da Administração Pública Direta ou Indireta encontra lastro em caracterizadas ação ou omissão culposa na fiscalização e adoção de medidas preventivas ou sancionatórias ao inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte de empresas prestadoras de serviços contratadas (arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93).

Não se está em campo de cogitação do adimplemento das obrigações

PROC. N° TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

regulares e ínsitas ao contrato administrativo decorrente de licitação, mas, com olhos também postos no quanto dispõem os arts. 1º, incisos III e IV, e 170 da Constituição Federal, na trilha de evidência de culpa *in vigilando* e da consequente responsabilidade civil, pela omissão no poder-dever de fiscalizar.

Por outra face, o STF, ao apreciar a Ação Declaratória de Constitucionalidade 16-DF (Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 24.11.2010 e publicado no DJe de 9.9.2011), concluiu ser necessária, para o reconhecimento da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, a efetiva demonstração de culpa, na linha da teoria da responsabilidade subjetiva extracontratual, não se aplicando, ao caso, o art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Sempre decidi no sentido de que cabe à Administração Pública apresentar as provas necessárias à demonstração de que fiscalizou a execução do contrato administrativo.

De fato, obrigada à posse dos documentos que seriam próprios ao dever de acompanhamento do contrato (art. 58, III, da Lei nº 8.666/1993), o Estado assume o *onus probandi*, ao alegar fato que poderia modificar o direito alegado (arts. 818 da CLT e 333, II, do CPC/1973).

O poder-dever constitucional de zelar pela correta aplicação dos recursos públicos, inclusive aqueles relativos a contratos e convênios de prestação de serviços, recai sobre a Administração Pública e não sobre o particular (arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/1993).

Assim sendo, é o Ente Público que possui recursos probatórios (documentos, processos administrativos etc.) capazes de comprovar a eficiente fiscalização da execução do contrato administrativo, sendo que não há razão para a não apresentação desses elementos probatórios em juízo. De outra face, é evidente que o cidadão-trabalhador não tem em sua posse os processos administrativos relativos à licitação (ou sua dispensa), às multas administrativas eventualmente aplicadas ou aos procedimentos de retenção de créditos e garantias (art. 80, III e IV, da Lei nº 8.666/1993).

Portanto, a inércia e recusa deliberada do Ente Público em demonstrar documentalmente o cumprimento de um dever que a Lei lhe impõe – o de fiscalizar a correta execução do contrato administrativo – não pode servir como obstáculo ao direito pleiteado pela parte adversa, uma vez que, ao litigar com o particular, é dever da Administração Pública “expor os fatos em juízo conforme a verdade” (art. 14, I, do CPC/1973) e proceder com lealdade e boa-fé.

Todavia, 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.

Assim, em respeito ao decidido, curvo-me ao entendimento do STF acerca da matéria.

No presente caso, o Regional consignou que o Estado da Bahia não produziu prova acerca da efetiva fiscalização, não evidenciando qualquer elemento que, na visão do STF, permita concluir pela existência de culpa *in vigilando*, circunstância que recusa a condenação subsidiária.

(...) Conhecido o recurso, por violação do art. 71, § 1º, da Lei nº

PROC. Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

8.666/93, dou provimento, para afastar a responsabilidade subsidiária do Estado da Bahia, julgando, quanto a ele, improcedente a reclamação.

Em face dessa decisão, a reclamante interpôs Embargos (fls. 554/563). Acenou com divergência jurisprudencial e apontou contrariedade à Súmula n.º 331, V, do TST.

O Ex^{mo}. Relator, Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, conheceu dos Embargos, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, deu-lhes provimento para restabelecer o acórdão prolatado pelo Tribunal Regional.

O único modelo transcrito nos Embargos, oriundo da Oitava Turma do TST, consigna a seguinte tese jurídica:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. 1.

NULIDADE DO ACÓRDÃO REGIONAL. VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. Não há falar em desrespeito ao devido processo legal e ao contraditório e à ampla defesa, tendo sido asseguradas aos litigantes todas as oportunidades processuais conferidas pela lei, razão pela qual intactos os incisos LIV e LV do art. 5º da CF. 2. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CULPA IN VIGILANDO. O Tribunal Regional decidiu a controvérsia em consonância com os artigos 186 e 927 do Código Civil, os quais preveem a culpa in vigilando. Ademais, os artigos 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93 impõem à Administração Pública o dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos de prestação de serviços por ela celebrados. No presente caso, o ente público tomador dos serviços não cumpriu adequadamente essa obrigação, permitindo que a empresa prestadora contratada deixasse de pagar regularmente a sua empregada as verbas trabalhistas que lhe eram devidas. Saliente-se que tal conclusão não implica afronta ao art. 97 da CF e à Súmula Vinculante nº 10 do STF, nem desrespeito à decisão do STF na ADC nº 16, porque não parte da declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, mas da definição do alcance das normas inscritas nessa Lei, com base na interpretação sistemática. Agravo de instrumento conhecido e não provido.

[...] **De plano, quanto à alegação de que cabia à reclamante comprovar a conduta culposa do ente público, não é o que se verifica. Isso porque o ônus da prova recai sobre o tomador dos serviços, o qual, como visto, tem obrigação legal de fiscalizar a execução do contrato (arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93). Logo, incumbia à Administração Pública provar a existência de fiscalização efetiva, bem como desconstituir a pretensão da reclamante, nos termos do art. 373, II, do CPC/2015. Assim, afastam-se as violações dos artigos 818 da CLT e 373, do CPC/2015.**

PROC. N° TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

Conheci dos Embargos, por divergência jurisprudencial, nos termos do voto do Ex^{mo}. Relator, razão pela qual passo ao exame do mérito do recurso.

Como se recorda, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16/DF, ajuizada pelo Ex^{mo}. Governador do Distrito Federal, já havia decidido pela constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, tendo asseverado que o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada não transfere automaticamente para a Administração Pública a responsabilidade pelo débito daí decorrente (sessão Plenária de 24/11/2010, acórdão publicado no Dje de 09/09/2011). É o que se extrai da ementa do referido julgado, de seguinte teor:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contratante. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei Federal n.º 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei Federal n.º 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei n.º 9.032, 1995. (ADC. 16/DF, Relator Exmo. Ministro Cezar Peluso, Dje. 09/09/2011).

Consta, todavia, do aludido acórdão, ressalva expressa do Relator, no que foi secundado pela maioria dos integrantes da Corte, no sentido de excepcionar de tal regra a hipótese de descumprimento do ente público em fiscalizar o cumprimento do contrato administrativo.

Da leitura do acórdão já referido emerge a conclusão de que, enquanto a mera inadimplência do contratado não enseja a transferência automática à Administração Pública da responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas decorrentes dos contratos de trabalho firmados com as empresas prestadoras de serviço, daí não segue a impossibilidade de

PROC. Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

reconhecimento dessa responsabilidade, em caráter subsidiário, na hipótese de eventual omissão da Administração Pública em fiscalizar o fiel adimplemento, pelo contratado, das obrigações a que submetido, por força de lei ou do contrato. Tais premissas ressaem do debate travado em sessão de julgamento, registrado no acórdão prolatado na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16/DF, a seguir transcrito (grifos acrescidos):

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Vou recordar a matéria e explicar mais uma vez por que meu voto julgava o autor carecedor da ação.

A informação prestada pelo Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, invocando inclusive as decisões, é que o Tribunal Superior do Trabalho reconhece a responsabilidade da Administração com base nos fatos, isto é, com base no descumprimento do contrato, e não com base em inconstitucionalidade da lei. Ou seja, o Tribunal Superior do Trabalho não tem dúvida da constitucionalidade da norma, só que reconhece responsabilidade da Administração por questões factuais ligadas a cada contrato em particular. Noutras palavras, eu entendi que, como o Tribunal Superior do Trabalho não tem dúvida sobre a constitucionalidade, seria de todo em todo dispensável que o Tribunal a reconhecesse quando não há controvérsia a respeito.

Mas, enfim, se esta Corte entender de conhecer ainda assim quanto ao mérito, não tenho nada que discutir. Considero a norma constitucional também, o que não impedirá que a Justiça do Trabalho continue reconhecendo a responsabilidade da Administração com base nos fatos de cada causa.

(...)

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Vossa Excelência me permite? O que, segundo me parece, o Tribunal fez, e fez com acerto? Ele reconheceu que a mera inadimplência - é isso que o artigo 71, § 1º, diz - do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, etc, não transfere essa responsabilidade para a Administração. A inadimplência do contratado não a transfere. O que o Tribunal e a Justiça do Trabalho têm reconhecido? Que a ação culposa da Administração, em relação à fiscalização à atuação...

PROC. N° TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, a Justiça do Trabalho tem batido carimbo com o Enunciado 331 da Súmula da jurisprudência predominante.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Pode até ser. Vossa Excelência conhece bem a Justiça do Trabalho. Deixe-me só dizer o que estou entendendo da postura da Justiça do Trabalho.

Ela tem decidido que a mera inadimplência do contratado não transfere a responsabilidade, nos termos do que está na lei, nesse dispositivo. Então, esse dispositivo é constitucional. E proclama: **mas isto não significa que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não gere responsabilidade. É outra matéria.**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas, onde prevista essa atuação censora?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - São outros fatos examinados sob a luz de outras normas constitucionais. É isso que estou dizendo.

(...)

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Só estou advertindo ao Tribunal que **isso não impedirá que a Justiça do Trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da Administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos.** Por isso declarei que seria carecedor da ação, porque, a mim me parece, reconhecer a constitucionalidade, que nunca foi posta em dúvida, não vai impedir a postura da Justiça trabalhista que é agora impugnada, mas é impugnada sob outro ponto de vista. **Não é a constitucionalidade dessa norma que vai impedir a Justiça do Trabalho de reconhecer a responsabilidade da Administração perante os fatos!**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas se verá diante de uma decisão do Supremo declarando a harmonia do dispositivo com a Constituição Federal. Creio que haverá, pelo menos, uma inibição, afastando-se, até, o Verbete n.º 331 da Súmula.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Mas, Ministro, quanto a isso eu não tenho dúvida. Eu julgo a

PROC. N° TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

ação procedente. Conheço do mérito e julgo a ação procedente, sem problema nenhum.

(...)

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Estou de acordo. Eu supero a preliminar e, no mérito, julgo a ação procedente, porque não tenho dúvida nenhuma sobre a constitucionalidade.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Eu acompanho Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Se o Tribunal estiver de acordo, eu proclamo o resultado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Na verdade, eu tenho acompanhado esse entendimento do Ministro Cezar Peluso, no sentido de considerar a matéria infraconstitucional, porque, realmente, ela é decidida sempre em um caso concreto, se há culpa ou não, e cito um exemplo com o qual nós nos defrontamos quase que cotidianamente em ações de improbidade. São empresas de fachada, muitas vezes constituídas com capital de mil reais, que participam de licitações milionárias, e essas firmas, depois de feitas ou não feitas as obras objeto da licitação, desaparecem do cenário jurídico e mesmo do mundo fático. E ficam com um débito trabalhista enorme. O que ocorre, no caso? Está claramente configurada a culpa in vigilando e in eligendo da Administração. Aí, segundo o TST, incide, ou se afasta, digamos assim, esse artigo 71, § 1º, da Lei 8.666. Portanto, eu sempre decidi na mesma linha do Ministro Cezar Peluso, no sentido de não conhecer, de considerar a matéria inconstitucional, mas se o Plenário entender que, dada a importância, o impacto da questão com relação à Administração, então talvez convenha que nós ultrapássemos essa questão do conhecimento e adentremos no âmbito do tema.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Eu acompanho também o Ministro Cezar Peluso quanto ao não conhecimento.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Porque esse tipo de conduta quebra a estrutura inteira da Administração, que, licita, contrata, a lei diz que não assumirá, e aí ela assume duas vezes: ela pagou esse contratado que contratou de maneira equivocada, a licitação então não valeu de nada, e depois o povo brasileiro ainda paga a segunda vez por esse trabalhador. Quer dizer, alguma coisa está muito errada. E, se está errada

PROC. N° TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

nesse nível, acho que há outras consequências, **inclusive mandar apurar a responsabilidade desse que não fiscalizou, desse que licitou mal.**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É bem verdade que os pontos que têm sido suscitados pelo TST fazem todo o sentido e talvez exijam dos órgãos de controle, seja TCU, seja Tribunal de Contas do Estado, aqueles responsáveis pelas contas do município, que haja realmente a fiscalização, porque, realmente, o pior dos mundos pode ocorrer para o empregado que prestou o serviço, a empresa recebeu da Administração, mas não cumpriu os deveres elementares.

Então, essa questão continua posta e foi o que o TST, de alguma forma, tentou explicitar ao não declarar a inconstitucionalidade da lei e resgatar a ideia da súmula, para que haja essa **culpa in vigilando**, fundamental. Nós tivemos esses casos aqui mesmo na administração do Tribunal e tivemos de fiscalizar, porque pode ocorrer que a empresa terceirizada receba, como sói acontecer, em geral, o Poder Público é adimplente, pelo menos no plano federal essa questão não se coloca, **mas não cumpre esses deveres elementares**. Talvez, aqui, reclamem-se normas de organização e procedimento por parte dos próprios órgãos que têm de fiscalizar, inicialmente são os órgãos contratantes e, depois, os órgãos fiscalizadores. **De modo que haja talvez até uma exigência de demonstração de que se fez o pagamento, o cumprimento pelo menos das verbas elementares: pagamento de salário, recolhimento da Previdência Social e do FGTS.**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas já há. A legislação brasileira exige. Só se pode pagar a posteriori, por exemplo, nesses casos dos contratos, e se está quitada com a Previdência, porque inclusive a empresa não pode mais contratar. É que talvez ela não esteja sendo feito.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Vossa Excelência está acabando de demonstrar que a Administração Pública é obrigada a tomar atitude que, quando não toma, configura inadimplemento dela!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Claro, não discordo disso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Na verdade, apresenta quitação em relação à Previdência, aos débitos anteriores.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Dela. Isso é que gera responsabilidade que vem sendo

PROC. N° TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

reconhecida pela Justiça do Trabalho. Não é a inconstitucionalidade da norma. A norma é sábia. Ela diz que o mero inadimplemento não transfere a responsabilidade. **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.**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O que estava acontecendo, Presidente, é que, na quadra que se desenhou, a Justiça do Trabalho estava aceitando, de forma irrestrita, a responsabilidade do ente estatal.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - **Agora há de ser no sentido de que ela vai ter de examinar os fatos. Estou de acordo. Vai ter de examinar os fatos.**

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 seguinte:

V – 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.

Atente-se, ainda, para o fato de que o Supremo Tribunal Federal, ao examinar o Tema n.º 246 de Repercussão Geral, nos autos do RE 760.931 (julgamento em 30/3/2017 e acórdão publicado em 12/9/2017), fixou a seguinte tese (destaque acrescido):

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.

PROC. N° TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

Com efeito, da referida tese de Repercussão Geral exsurge 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.

Resulta claro, daí, que o recente entendimento adotado pela Suprema Corte não obsta que se reconheça a responsabilidade da Administração Pública, em caráter subsidiário, nos casos em que comprovada a omissão no cumprimento da obrigação de fiscalizar o pagamento, pela empresa prestadora dos serviços, das obrigações a que submetida, por força de lei ou do contrato.

Especificamente no que se refere ao ônus da prova de eventual conduta culposa da Administração Pública, tal questão foi trazida à discussão no julgamento de Embargos de Declaração interpostos nos autos do RE n.º 760.931, ocorrido em 1º de agosto de 2019.

Na ocasião, o Ex^{mo}. Ministro Luiz Fux, Relator, votou no sentido de dar provimento parcial aos Embargos de Declaração interpostos por um dos *amici curiae*, a fim de 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 n.º 8.666/93*".

Em síntese, extrai-se do voto proferido por Sua E^{xa}. a preocupação em expressamente afastar da tese de Repercussão Geral qualquer interpretação que permitisse imputar, ao ente público, o ônus de comprovar a fiscalização do adimplemento dos haveres trabalhistas dos empregados contratados pelas prestadoras de serviço. Nesse sentido o seguinte trecho da manifestação do Ex^{mo}. Relator (grifos acrescentados):

PROC. Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

“(...) 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’.”

Tal entendimento, contudo, não prevaleceu perante a douta maioria dos Ex^{mos}. Ministros do Supremo Tribunal Federal, **que decidiu negar provimento aos Embargos de Declaração**, mantendo íntegra, por conseguinte, a tese jurídica originalmente fixada em 30/3/2017, **sem qualquer referência à distribuição do ônus da prova de eventual conduta culposa da Administração Pública** (vencidos os Ex^{mos}. Ministros Luiz Fux, Roberto Barroso, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes).

Nessa direção encaminhou-se o debate ultimado em 1º/8/2019, consoante se depreende das manifestações dos Ex^{mos}. Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio Mello e do próprio Relator - este último inclusive reconhecendo que o provimento dos Embargos de Declaração mudaria o resultado do julgamento ocorrido em 30/3/2017, por meio do qual se fixou a tese jurídica de Repercussão Geral (grifos acrescentados):

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, peço a palavra. Eu queria apenas, a bem da discussão, trazer à colação a manifestação da Defensoria Pública da União, que afirma o seguinte: *“Que a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, naquela assentada, espelha de forma absolutamente fidedigna o julgamento realizado por esta Corte”*, **porque a Corte optou por um posicionamento minimalista, em se tratando de repercussão geral**. Então a Defensoria Pública, aqui, entende que não se deve, agora, 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. (...).

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Senhor Presidente, **aqui, o que nós discutimos é que, a prevalecer essa tese, muda o resultado do julgamento, e o resultado do julgamento foi outro. O resultado do julgamento foi no sentido de declarar a constitucionalidade, exonerando a Administração Pública de**

PROC. Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

responsabilidade, entretanto, no curso dos debates, chegou-se à conclusão de que há determinados contratos em que a Administração Pública tem o dever de fiscalizá-los e não o faz, e nestes casos, a própria parte prejudicada, e não a Administração Pública, é que terá que comprovar a omissão culposa. Foi isso.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):
Vamos colher os votos?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, está-se complicando julgamento que, na conclusão, foi peremptório quanto à tese eleita, e com isso gerando dúvidas, considerado o subjetivismo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI -
Estamos trazendo elementos novos que não foram discutidos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Caminharei no sentido de desprover os declaratórios.

(...)

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, eu vou pedir vênua ao Relator e acompanhar a divergência. **Nós não podemos 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. Portanto, acompanho a divergência, mas cumprimento a preocupação do eminente Relator em esclarecer o julgado, tal como entende que devesse ser esclarecido. (...)

Ao final, preponderou o voto proferido pelo Ex^{mo}. Ministro Edson Fachin, cuja manifestação encontra-se fielmente reproduzida no acórdão no qual figurou como Redator, nos termos da ementa a seguir reproduzida (os grifos não constam do original):

EMENTA: EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 246 DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EMPRESAS TERCEIRIZADAS. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU ERRO MATERIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 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

PROC. Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

rejeitados. (RE 760931 ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 05-09-2019 PUBLIC 06-09-2019)

Do quanto exposto, percebe-se que 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 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*”.

Observe-se, nesse último sentido, decisão monocrática recentemente proferida pela Ex^{ma}. Ministra Rosa Weber, ao examinar a Reclamação n.º 34.248/MG, Dje 15/10/2019, posteriormente ao julgamento dos Embargos de Declaração nos autos do RE n.º 760.931 (destaques acrescentados):

RECLAMAÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO. REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS DA ATIVIDADE-FIM. DÉBITOS TRABALHISTAS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/1993. AFRONTA À AUTORIDADE DAS DECISÕES PROFERIDAS NA ADC Nº 16 E NO RE 760.931-RG. ANÁLISE DE CULPA DA ADMINISTRAÇÃO PELA CORTE RECLAMADA. AUSÊNCIA. ALEGAÇÃO DE AFRONTA À SÚMULA VINCULANTE 10. ART. 25, § 1º, DA LEI 8.987/95. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA. PROCEDÊNCIA. Vistos etc. 1. Trata-se de Reclamação proposta por Cemig Distribuição S.A, com fundamento no artigo 102, I, “I”, da Constituição da República e no artigo 156 e seguintes do RISTF, contra acórdão prolatado pela 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, nos autos da Reclamação Trabalhista nº 0011296-61.2017.5.03.0148. 2. A reclamante sustenta que, ao aplicar o enunciado da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a autoridade reclamada negou vigência ao §1º do artigo 25 da Lei nº 8.987/1995, sem, contudo, declarar a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo, vulnerando, dessa forma, a Súmula Vinculante nº 10 do STF. Defende, ainda, violação do que decidido (i) na ADC 16, em que reconhecida a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que vedaria a responsabilidade subsidiária da administração pública e (ii) no RE 760.931-RG, no qual fixada 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.*

PROC. Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”. 3. A medida liminar foi deferida para suspender os efeitos da decisão impugnada até a decisão final na presente reclamação. 4. Prestadas informações pela autoridade reclamada. 5. Dispensou a intimação do Procurador-Geral da República, em razão do caráter repetitivo do litígio. É o relatório. **Decido.** (...) 13. Nesse sentir, observado o julgamento do RE 760.931, tenho por corroborada a minha compreensão acerca do quanto decidido por esta Suprema Corte já ao exame da ADC 16 – precisamente a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8666/93 e a consequente inviabilidade da imputação automática da responsabilidade subsidiária à Administração Pública, como mera consequência do inadimplemento por parte da prestadora de serviços de direitos trabalhistas. 14. A tese de repercussão geral fixada por esta Casa, além de reafirmar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8666/93, nos moldes em que decidido ao exame da ADC 16, assenta não a absoluta irresponsabilidade da Administração Pública, na qualidade de tomadora dos serviços, mas, sim, a possibilidade de a ela se imputar - desde que tal não se opere automaticamente - a responsabilidade subsidiária pelos encargos trabalhistas dos empregados. 15. A vedação está, portanto, na imputação “automática” da responsabilidade, sem que reste evidenciada a conduta culposa – na modalidade *in vigilando* - da Administração Pública no cumprimento e/ou na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais (Lei nº 8.666/93), por parte da empresta prestadora. 16. Obsta a tese da repercussão geral (Tema nº 246) que se impute a responsabilidade à Administração Pública tão somente como corolário do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa contratada, entendimento por mim já adotado inúmeras vezes, à luz das balizas anteriormente firmadas por esta Casa ao exame da ADC 16. 17. Assim, entendo que o reconhecimento judicial da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, nas hipóteses em que, examinado o caso concreto, restar evidenciada conduta omissiva culposa, opera-se não somente em perfeita harmonia à tese da repercussão geral fixada no bojo do RE 760.931, como também ao quanto decidido na ADC 16, e, nesse sentido, em estrita conformidade com o ordenamento jurídico (Lei nº 8.666/93). 18. Respeitadas tais premissas, entendo que a decisão reclamada - ao concluir que a responsabilidade subsidiária é medida que se impõe como via alternativa para se evitar que o ilícito trabalhista favoreça aquele que indevidamente se beneficiou do labor do empregado -, reconheceu a incidência da responsabilidade subsidiária da tomadora pelos direitos trabalhistas, sem que a questão da culpa tenha sido analisada no caso concreto. **19. Limitado, outrossim, o julgamento da ADC 16 a obstaculizar a responsabilização subsidiária automática da Administração Pública - como mera decorrência do inadimplemento da prestadora de serviços -, não resultou enfrentada a questão da distribuição do ônus probatório, tampouco estabelecidas balizas para a apreciação da prova ao julgador, a inviabilizar o manejo da reclamação com espreque em alegada afronta à ADC 16 sob tais enfoques, conforme já decidido em várias reclamações: Rcl 14832/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 19.11.2012 , Rcl 15194/DF, Rel. Min.**

PROC. N° TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

Teori Zavascki, DJe 18.3.2013, Rcl 15385/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 15.3.2013. **20. No ponto, cumpre igualmente assentar que, ao julgamento do RE 760.931, esta Suprema Corte, muito embora tenha debatido aspectos acerca das regras de distribuição do ônus da prova na espécie, culminou por não fixar balizas, respeitada, a meu juízo, a soberania das instâncias ordinárias no exame do acervo fático-probatório, cujo revolvimento é de todo vedado na instância extraordinária, assim como no bojo da reclamação constitucional.** 21. Por outro lado, consabido que a via estreita da reclamação não pode ser utilizada para reexame do ato reclamado, porquanto não se presta à substituição de espécie recursal, não compete ao STF, na presente ação, aferir o acerto, ou não, da interpretação conferida pelo órgão fracionário do Tribunal reclamado aos aspectos fáticos constantes dos autos. 22. Nesse contexto, torno a enfatizar que o reconhecimento da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços ocorreu de forma automática, sem que houvesse juízo de valoração dos elementos da responsabilidade subsidiária (da conduta do reclamante no seu dever de fiscalização do cumprimento de obrigação que lhe é imposta pela Lei 8.666/93). 23. Diante do exposto, com espeque no art. 21, § 1º, do RISTF, julgo procedente a presente reclamação para cassar o ato reclamado e determinar que outra decisão seja proferida, em obediência ao que preceituado na ADC nº 16 e no RE 760.931, assim como em atenção à Súmula Vinculante 10/STF. Publique-se. Brasília, 11 de outubro de 2019. Ministra Rosa Weber Relatora (Rcl 34248, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 11/10/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 14/10/2019 PUBLIC 15/10/2019)

Por todo o alinhado, comungo do entendimento externado pelo Ex^{mo}. Relator dos presentes Embargos, no sentido de que, após o julgamento dos Embargos de Declaração pelo STF no RE n.º 760.931, *"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**".*

Conclui-se, por conseguinte, que cabe ao Tribunal Superior do Trabalho dar a última palavra sobre a questão do ônus da prova, após o Excelso Pretório definir a tese mais ampla de Repercussão Geral nos autos do RE n.º 760.931.

A esse respeito, sem embargo dos que se posicionam em sentido contrário, entende-se que cabe ao ente público, na condição de tomador de serviços, comprovar que agiu com diligência na escolha das empresas prestadoras, bem assim em relação à

PROC. N° TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

fiscalização do cumprimento das obrigações decorrentes dos contratos de trabalho firmados nessas condições.

Com efeito. Para a habilitação no procedimento licitatório exige-se dos interessados a documentação relativa à habilitação jurídica, à qualificação técnica, à qualificação econômico-financeira, à regularidade fiscal e ao cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição da República, nos termos do artigo 27 da Lei n.º 8.666/93. Por força de expressa previsão legal, portanto, cumpre à Administração Pública, na escolha da melhor proposta, contratar empresa que demonstre, dentre outros requisitos, a sua **idoneidade financeira**.

O legislador infraconstitucional, de igual forma, conferiu à Administração Pública a **prerrogativa** de fiscalizar a execução dos contratos administrativos resultantes de certame licitatório, consoante se extrai do disposto no artigo 58, III, da Lei n.º 8.666/93, de seguinte teor (os grifos não são do original):

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

I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II – rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III – **fiscalizar-lhes a execução**;

IV – aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V – nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

PROC. N° TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

No mesmo diapasão, e dando consequência à prerrogativa estabelecida no dispositivo legal anteriormente citado, estabelece o artigo 67 da Lei n.º 8.666/93 o **dever** de a Administração Pública acompanhar e fiscalizar a execução do contrato (os grifos foram acrescentados):

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

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

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão **ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.**

Num tal contexto, observa-se que o legislador atribuiu à Administração Pública prerrogativas peculiares no âmbito do regime jurídico dos contratos administrativos. Impôs, ainda, ao ente público contratante, o **dever** de fiscalizar a execução desses contratos, podendo, até, proceder à sua alteração ou mesmo à rescisão unilateral. Exsurge nítida, daí, a natureza de **poder-dever** da Administração Pública que a lei atribui à fiscalização da execução dos contratos mantidos com terceiros, de cujo exercício não se pode escusar, a fim de resguardar o **interesse público**.

Na condição de tomadora de serviços, portanto, cabe à Administração Pública fiscalizar atentamente, e de forma permanente, o desempenho da empresa contratante, na medida em que atribui ao particular a prestação de serviços no interesse do Estado, a quem compete respeitar, assegurar e promover os direitos fundamentais previstos na Constituição da República.

Ademais, ao mesmo tempo em que o regime jurídico administrativo atribui aos entes públicos certas prerrogativas (como, por exemplo, o poder extroverso e a validade das cláusulas

PROC. N° TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

exorbitantes), limita e condiciona o exercício da administração pública à plena observância aos princípios administrativos, em especial aqueles arrolados na cabeça do artigo 37 da Constituição da República (estrita legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade e eficiência).

Assim, ao fiscalizar o contrato administrativo celebrado com a empresa prestadora de serviços (por expressa determinação legal), incumbe à Administração manter efetivo registro documental acerca de tal atividade, a fim de permitir o controle de seus atos pelos órgãos internos e externos, bem como a qualquer cidadão, como decorrência do direito de petição (artigo 5º, XXXIII e XXXIV, "a", da Constituição da República).

Dessa obrigação legal de documentar os atos que materializaram a fiscalização (artigo 67, § 1º, da Lei n.º 8.666/93) exsurge, no plano processual - em especial se se discute a responsabilidade civil da Administração Pública no caso de inadimplemento de verbas trabalhistas pela empresa contratada -, o ônus de comprovar a efetiva fiscalização do contrato celebrado, nos termos da Lei n.º 8.666/93. Para tanto, será suficiente a simples juntada dos documentos que integram o processo administrativo de fiscalização do contrato.

Tal conduta processual, além de decorrer dos princípios da moralidade e da probidade administrativa, encontra fundamento de validade no princípio da cooperação e nas regras de distribuição do encargo probatório. Não é demasiado realçar, no particular, que eventual atribuição, ao trabalhador terceirizado, da obrigação de demonstrar a ausência de fiscalização, pela Administração Pública, quanto à execução de seu contrato de trabalho implicaria, em última análise, onerá-lo com a produção da prova de fato negativo, de todo inadmissível, porque de difícilíssima, senão impossível realização.

Retomando o caso dos autos, repise-se que, segundo o Tribunal Regional de origem, o ente público reclamado não se desincumbiu a contento do ônus de comprovar que fiscalizou o cumprimento, pela empresa prestadora dos serviços, das obrigações decorrentes do contrato de trabalho celebrado com a reclamante.

Eis as razões pelas quais, no mérito, **acompanhei** o

PROC. N° TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

Ex^{mo}. Relator e votei no sentido de **dar provimento** aos Embargos interpostos pela reclamante para restabelecer o acórdão prolatado pelo Tribunal Regional de origem, no que atribui responsabilidade subsidiária ao ente público, tomador dos serviços.

Brasília, 12 de dezembro de 2019.

LELIO BENTES CORRÊA
Ministro do TST