



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

SBDI-1
VMF/ma

Embargante **ELIANA DOS SANTOS REIS**

Embargado **ESTADO DA BAHIA**

Embargado **CONTRATE GESTÃO EMPRESARIAL EIRELI**

Relator: **Min. CLÁUDIO MASCARENHAS BRANDÃO**

Matéria: **TERCEIRIZAÇÃO - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - DECISÃO REGIONAL CONDENATÓRIA FUNDADA EM PROVA CONCRETA DA CULPA IN VIGILANDO - REPERCUSSÃO GERAL Nº 246 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

VOTO CONVERGENTE

Trata-se de discussão quanto ao ônus da prova quanto à fiscalização efetiva, ou não, do contrato de prestação de serviços firmado com entidades da Administração Pública após regular licitação: se é do empregado o encargo de comprovar a ausência sistemática de fiscalização, ou se cabe àquelas demonstrar a vigilância adequada do cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora dos serviços.

A 3ª Turma deste Tribunal deu provimento ao recurso de revista interposto pelo segundo réu - Estado da Bahia - para afastar a responsabilidade subsidiária do Poder Público, julgando, quanto a ele, improcedentes os pedidos formulados na presente ação, sintetizando seu entendimento na seguinte ementa, a fls. 545:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DAS LEIS Nos 13.015/2014, 13.105/2015 E 13.467/2017. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA OU INDIRETA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. 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



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

8.666/93). Nos termos da decisão proferida pelo excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n° 760.931, com repercussão geral, o ônus de provar a ausência de fiscalização da execução do contrato pertence ao trabalhador. Assim, tendo em vista a decisão do STF e diante da inexistência de elementos que demonstrem a culpa “in vigilando”, não se cogita de responsabilidade subsidiária do ente público. Recurso de revista conhecido e provido.

A autora interpõe os presentes embargos, em que aponta violação de dispositivos de lei e da Constituição da República, contrariedade à Súmula n° 331, V, do TST e à Súmula Vinculante n° 10 do Supremo Tribunal Federal, bem como indica divergência jurisprudencial.

O Ministro Relator votou no sentido de conhecer e dar provimento ao recurso de embargos da reclamante, sintetizando em sua ementa:

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI N° 13.467/2017. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LICITAÇÃO. DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE N° 760.931. TEMA 246 DA REPERCUSSÃO GERAL. SÚMULA N° 331, V, DO TST. RATIO DECIDENDI. ÔNUS DA PROVA. No julgamento do RE n° 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 n° 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 Poder Público. Após o julgamento dos embargos de declaração e tendo sido expressamente rejeitada a proposta de que fossem parcialmente acolhidos



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

para se esclarecer que o ônus da prova desse fato pertencia ao empregado, pode-se concluir que cabe a esta Corte Superior a definição da matéria, diante de sua natureza eminentemente infraconstitucional. Nessa linha, a remansosa e antiga jurisprudência daquele Tribunal: AI 405738 AgR, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª T., julg. em 12/11/2002; ARE 701091 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª T., julg. em 11/09/2012; RE 783235 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª T., julg. em 24/06/2014; ARE 830441 AgR, Rel(a) Min. Rosa Weber, 1ª T., julg. em 02/12/2014; ARE 1224559 ED-AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julg. em 11/11/2019. Portanto, em sede de embargos de declaração, o Supremo Tribunal Federal deixou claro que a matéria pertinente ao ônus da prova não foi por ele definida, ao fixar o alcance do Tema 246. Permitiu, por conseguinte que a responsabilidade subsidiária seja reconhecida, mas sempre de natureza subjetiva, ou seja, faz-se necessário verificar a existência de culpa in vigilando. Por esse fundamento e com base no dever ordinário de fiscalização da execução do contrato e de obrigações outras impostas à Administração Pública por diversos dispositivos da Lei nº 8.666/1993, a exemplo, especialmente, dos artigos 58, III; 67, caput e seu § 1º; e dos artigos 54, § 1º; 55, XIII; 58, III; 66; 67, § 1º; 77 e 78, é do Poder Público, tomador dos serviços, o ônus de demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato de prestação de serviços. No caso, o 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.

Conforme registrado na decisão recorrida, o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/1993 teve sua constitucionalidade declarada no julgamento da ADC 16, o que levou o Tribunal Superior



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

do Trabalho a alterar a redação do item IV da Súmula n° 331 e a inserir os itens V e VI.

No entanto, tal declaração não isentou a Administração Pública da responsabilidade subsidiária no caso de inadimplemento do contrato por parte da empresa prestadora de serviços. Esta apenas não pode mais ser decretada com base tão somente no inadimplemento, fazendo-se necessária a prova da má-escolha da empresa prestadora ou da omissão do ente público em seu dever de fiscalizar o bom andamento do contrato.

Embora reste atenuada a culpa *in eligendo* imputada ao ente público em face da adoção de procedimento licitatório, deve haver a fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviços como empregadora.

Vale lembrar que a obrigação contratual não se exaure no adimplemento do seu objeto imediato, havendo outros deveres anexos ao contrato e, dentre eles, o de fiscalizar se a prestadora de serviços contratada cumpre o contrato celebrado dentro do que determina o ordenamento jurídico - no caso, se efetuava corretamente o pagamento de suas obrigações trabalhistas.

Salienta-se que não se está negando vigência ao art. 71, § 1°, da Lei de Licitações. A questão poderia ser equacionada a partir dos arts. 58, III, e 67, *caput* e §1°, da Lei n° 8.666/1993, que impõem à Administração Pública o ônus de fiscalizar o cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo vencedor da licitação (entre elas, por óbvio, as decorrentes da legislação laboral), por meio de condutas comissivas e objetivas, razão pela qual caberá ao Poder Judiciário, ante cada caso concreto, aferir, a partir da prova dos autos, o cumprimento ou não dos mencionados deveres vinculantes.

Confira-se a redação dos mencionados dispositivos de lei:



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

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.

§ 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.

Certo é que o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, como regra, isenta de responsabilidade o ente público que realiza contrato de terceirização de serviços com ente idôneo.

Todavia, como em todo e qualquer ato administrativo praticado, a atribuição de consequências jurídicas passa pela prática do ato em plena conformidade com o princípio da legalidade administrativa.

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

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)



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

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

(...) Nas palavras de Almiro do Couto e Silva, “no Estado de Direito há necessariamente a submissão de toda a atividade pública a uma rede ou malha legal, cujo tecido não é, entretanto, homogêneo.” Prossegue o autor afirmando que “por vezes ela é composta por fios tão estreitos, que não deixa qualquer espaço aos órgãos e agentes públicos que lhes estão submetidos”. Outras vezes, porém, “os fios dessa rede são mais abertos, de modo a permitir que entre eles exista liberdade de deliberação e ação”. Isso significa que o poder legal é um poder formulado no âmbito de um ordenamento jurídico constitucional, o qual atribui a determinados agentes o seu exercício e também a sua limitação, verificando-se a dicotomia legalidade-discricionariedade.

A atividade do Estado fica sujeita à lei, caracterizando-se esta como a expressão da vontade popular, legitimadora do exercício do poder político. Por esta razão, o Princípio da Legalidade está ligado diretamente à separação dos poderes do Estado, como forma de controlar a atividade deste, seja na criação, execução ou interpretação da lei. A nenhum cidadão é lícito exigir atitude ou impor abstenção senão em virtude da lei.

O princípio tem evolução histórica significativa, passando pelo Estado Liberal, Estado Social e chegando aos dias atuais dentro do chamado Estado Democrático de Direito. No Brasil, ele teve acolhida em todas as Constituições, à exceção da de 1937. A Constituição atual, promulgada a 5 de outubro de 1988, o prevê no art. 5º, inc. II. A redação é praticamente a mesma desde a Carta Magna de 1824, passando pelas Constituições de 1891, 1934, 1946 e 1967.

A inter-relação entre a liberdade dos indivíduos e a forma de agir da administração deve estar presente na definição do princípio que, conforme Marcello Caetano, seria aquele segundo o qual nenhum órgão ou agente da Administração Pública tem a faculdade de praticar atos que possam contender com interesses alheios senão em virtude de uma norma geral anterior. A restrição da liberdade oriunda da atuação do poder do Estado



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

levou à elaboração do Princípio da Reserva Legal (*Vorbehalt des Gesetzes*) e do Princípio da Supremacia ou Prevalência da Lei (*Vorrang des Gesetzes*). Com a noção de que a lei deve ser emanada segundo a vontade do povo, Otto Mayer cunha a noção de Reserva Legal para afirmar que tudo o que a lei não proíbe expressamente, é permitido. Este conceito, entretanto, em se tratando de efetiva limitação do poder do Estado, não é suficiente, pois a autonomia da vontade deste no campo não proibido pela lei é capaz de gerar abusos e iniquidades que podem ser visualizadas pela evolução histórica do Princípio da Legalidade, por definição mais amplo que o Princípio da Reserva Legal.

É interessante acrescentar que estes princípios permanecem válidos, pois a lei parlamentar é, no Estado Democrático, a expressão da própria democracia, vinculando jurídica e constitucionalmente o Poder Executivo. É claro que a sua validade se encontra condicionada por outros princípios como, por exemplo, a democratização das funções estatais.

A lei para o Estado Democrático de Direito deve realizar o Princípio da Igualdade e da Justiça, não pelo seu caráter genérico, mas pelo fim que encerra a correção das desigualdades. A legalidade e a discricionariedade estão ligadas aos valores da justiça. O Direito Administrativo deve ressaltar seu caráter dualista: conciliar o respeito aos direitos humanos fundamentais e a intervenção do Estado para dirimir as desigualdades sociais, ressaltando que o aspecto social e o aspecto democrático não são inconciliáveis. A supremacia do Direito é plena.

O Estado age regido por valores superiores que ordenam o todo, nele incluído a própria Constituição, que tende a reproduzi-los ou, pelo menos, destacá-los expressamente. A concretização destes valores superiores é a exigência que se faz ao Princípio da Legalidade, no sentido da busca de uma justiça material emanada do próprio povo, pois, segundo a própria Constituição, todo o poder emana daquele. Cabe ao Poder Estatal administrar esta justiça não como um simples jogo formal mediante raciocínios lógicos, mas com conexão com os valores médios da sociedade, buscando os seus anseios mais intensos. O povo não é o simples destinatário das normas, mas a sua própria origem, pois sua vontade



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

formalizada constitui o Direito. Esta é a visão que deve estar presente no administrador ao aplicar a lei ou ao realizar atos administrativos. (ARAÚJO, Francisco Rossal de. “O Trabalho em Domingos e Feriados e Negociação Coletiva: Os Efeitos do Decreto n. 9.127/2017”. Revista LTR, São Paulo, v. 82, n° 9, set. 2018, p. 1049-1050)

A incidência do referido art. 71, § 1º, da Lei n° 8.666/1993 parte de uma série de pressupostos, como, por exemplo, que a terceirização seja lícita, que haja regular procedimento de licitação (único procedimento apto a legitimar a contratação de particulares por entes públicos) e, igualmente, que a condução do contrato administrativo seja realizada em conformidade com a legislação vigente e com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

O próprio ordenamento jurídico criou parâmetros e condições para a efetiva fiscalização das empresas prestadoras de serviços, estabelecendo que, caso o prestador dos serviços permaneça renitente no cumprimento das obrigações laborais, caberá à Administração Pública, além de reter os valores correspondentes a eventuais salários atrasados, aplicar as penalidades previstas no art. 87 da Lei n° 8.666/1993 (advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação e declaração de inidoneidade) ou, em último caso, rescindir o liame administrativo, nos termos dos arts. 77 e 78 do referido diploma legal.

Logo, se a Administração não fiscalizou a fiel execução do pacto, não zelando pela solvência das obrigações trabalhistas pela empresa contratada, ainda que detentora de plenas condições para tanto, inclusive diante da possibilidade de rescisão unilateral que caracteriza os contratos pactuados por entes públicos, deve arcar com as consequências jurídicas pelo cometimento desse ato ilícito.

Por isso a possibilidade de excepcionar a aplicação do art. 71, § 1º, da Lei n° 8.666/1993, devidamente



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

resguardada pela decisão vinculante proferida pelo Supremo Tribunal Federal, não só se afigura como garantia do adimplemento dos direitos trabalhistas dos trabalhadores terceirizados que prestam serviços a entes públicos, em uma concretização necessária ao princípio da dignidade da pessoa humana, mas também se traduz em relevante medida de controle e fomento à legalidade e à probidade administrativas.

Longe de incitar “a transferência para a Administração Pública, por presunção de culpa, da responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, fiscais e previdenciários devidos ao empregado de empresa terceirizada” (Rcl 23.867/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ de 31/8/2016), estimula-se o manejo de todos os recursos disponíveis para a fiscalização das empresas contratadas, com aplicação de medidas administrativas e prestação de contas, como salvaguarda de que os custos com os contratos administrativos não se desdobrem na assunção de obrigações trabalhistas das contratadas.

Embora não possa ser imputada a responsabilidade objetiva à Administração Pública quando houver passivo trabalhista das empresas prestadoras de serviços contratadas por meio de regular procedimento licitatório, é certo que igualmente não há **irresponsabilidade objetiva**. Deve ser analisada, em cada caso, a existência de culpa da Administração a fim de imputar-lhe a responsabilidade pelos débitos trabalhistas.

A conduta estimulada, portanto, para além de assegurar os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores terceirizados que foram lesados - finalidade à qual certamente se presta um Estado Democrático de Direito -, é a conduta de lisura, transparência, eficiência e probidade na condução dos contratos administrativos.

Nesse sentido foi consolidado o entendimento desta Corte na nova redação do item V da Súmula n° 331:



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

V - Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Nessa esteira, só seria possível dizer que a administração se desincumbe de sua responsabilidade para com a contratação de prestação de serviços prevista na Lei nº 8.666/1993 quando cumpre os deveres positivos de fiscalização ali descritos.

Observada essa compreensão jurídica da questão e da extensão dos deveres atribuídos ao ente público, no sentido de atender ao princípio republicano e aos princípios administrativos da eficiência, da legalidade e da publicidade, não se poderia cogitar da exoneração de uma responsabilidade de tal forma que não viabilizasse o posterior controle, na melhor semântica do sistema de freios e contrapesos.

Conforme se verifica, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como a orientação sedimentada no inciso V da Súmula nº 331 do TST, caminham no sentido de que a mera inadimplência das obrigações trabalhistas não enseja a responsabilização subsidiária da Administração Pública, que somente tem lugar quando comprovada nos autos a negligência da tomadora quanto ao dever legal de fiscalização do contrato.

Ocorre que, no julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 30/3/2017, do **tema de Repercussão Geral nº 246, representado pelo RE 760.931**, foram traçadas novas diretrizes para a responsabilização atribuída ao ente público.

Nesse julgamento, a maioria do Supremo Tribunal Federal, de acordo com o voto do Ministro Luiz Fux, firmou a seguinte tese:



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

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.

Após intenso debate, o Pleno do Supremo Tribunal Federal estabeleceu, em síntese, que: a) o inadimplemento dos encargos trabalhistas não gera a responsabilidade da Administração Pública; e b) se houver comprovada culpa atribuída ao ente público, demonstrada nos autos, por negligência ou ausência de fiscalização, incide a responsabilidade subsidiária subjetiva.

Evidencia-se a *ratio decidendi* da decisão proferida pela Suprema Corte no tema de Repercussão Geral nº 246 no sentido de que, em regra, a Administração Pública não responde pelos encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa prestadora de serviços, consoante os termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993.

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

Nesse exato sentido são os seguintes julgados, alguns já citados na decisão agravada: Ag-AIRR-103800-85.2009.5.02.0442, Órgão Especial, Rel. Min. Emmanoel Pereira, DEJT de 27/2/2018; Ag-RR-10174-30.2013.5.01.0044, 7ª Turma, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, DEJT de 13/12/2019; Ag-RR-20051-91.2016.5.04.0662, 7ª Turma, Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, DEJT de 13/12/2019; AIRR-212-42.2012.5.02.0059, 2ª Turma, Rel. Min. Maria Helena Mallmann, 11/05/2018; RR-11631-35.2016.5.18.0104, 6ª Turma, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, DEJT 11/05/2018; e



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

RR-408-77.2012.5.02.0005, 6ª Turma, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, 21/10/2016.

Ainda assim, remanesce, a meu juízo, o que se entende por fiscalização e qual parâmetro teríamos legislativamente para analisar essa questão. Neste caso, peço vênica para mencionar que a própria Lei nº 8.666/93 baliza essa questão dos seus arts. 58, III e 67, caput e § 1º, que impõem à Administração Pública o ônus de fiscalizar o cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo vencedor da licitação (entre elas, por óbvio, as decorrentes da legislação laboral), por meio de condutas comissivas e objetivas, razão pela qual caberá ao Poder Judiciário, ante cada caso concreto, aferir, a partir da prova dos autos, o cumprimento ou não dos mencionados deveres vinculantes. Portanto, numa interpretação sistemática, a lei vigente, a lei que conduz esses contratos administrativos já estabelece, tanto no art. 58 como no art. 62, no caso de prática irregular de contratações não fiscalizadas ou mal fiscalizadas pelos entes públicos, a responsabilização se impõe não como forma de forçar a Administração Pública a pagar "duas vezes" pela mesma contratação. Muito pelo contrário, a medida, além de assegurar a devida satisfação de direitos trabalhistas e sociais dos trabalhadores envolvidos, revela um imperativo de observância da legislação vigente em matéria de licitações e contratos administrativos, incitando os agentes públicos a observarem o princípio da legalidade estrita e o cuidado com a coisa e o patrimônio públicos, sob pena de responsabilização, com impacto orçamentário.

Essa adequação e necessidade de observação aos comandos legais e de estrito cumprimento dos deveres de fiscalização impostos pela Constituição da República e pela Lei nº 8.663/93 como requisitos para a incidência da excludente de responsabilidade, inserta no art. 71, § 1º da referida lei, opera como um reforço positivo ao cumprimento do dever legal de fiscalização dos contratos administrativos e, ainda, como mais uma forma de controle da



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

Administração Pública, combatendo práticas ilícitas, corruptas e de evasão indevida do orçamento público. Longe de incitar “a transferência para a Administração Pública, por presunção de culpa, da responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, fiscais e previdenciários devidos ao empregado de empresa terceirizada” (Rcl 23.867/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ de 31/8/2016), estimula-se o manejo de todos os recursos disponíveis para a fiscalização das empresas contratadas, com aplicação de medidas administrativas e prestação de contas, como salvaguarda de que os custos com os contratos administrativos não se desdobrem na assunção de obrigações trabalhistas das contratadas.

A conduta estimulada, portanto, para além de assegurar os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores terceirizados que foram lesados - finalidade à qual certamente se presta um Estado Democrático de Direito - é a conduta de lisura, transparência, eficiência e probidade na condução dos contratos administrativos.

Repise-se: o raciocínio consequencialista que se admite desenvolver, num Estado Democrático de Direito, ancorado na supremacia do interesse público, no respeito aos direitos fundamentais e no paradigma da responsabilidade, é de exigência da eficiência administrativa na prestação dos serviços públicos, com respeito aos direitos trabalhistas e sem gasto indevido de recursos públicos.

Como visto, essa responsabilidade decorre da existência de deveres positivos previstos na própria Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93) e em Portarias Ministeriais disciplinadoras da condução dos contratos administrativos, que se revelam como importantes elementos de combate à corrupção e à evasão de verbas públicas por meio de contratos administrativos.

Esses deveres positivos por parte do ente público traduz-se na prática de atos administrativos vinculados, que, no escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello, tem como um dos seus



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

requisitos ou elementos intrínsecos a forma. Esta pode ser melhor traduzida como "o revestimento externo do ato" ou "o modo pelo qual ele aparece e revela sua existência". (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "Curso de Direito Administrativo". São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 394)

Explica Bandeira de Mello que "não pode haver ato sem forma, porquanto o direito não se ocupa de pensamentos ou intenções enquanto não traduzidos exteriormente". Nesse passo, se é verdade que não se pode confundir forma com a formalização (ou seja, a exigência de uma solenização específica para a prática dos atos), é cediço, notadamente em relação a atos que condicionam o pagamento dos contratados em razão de contrato administrativo, que estes terão uma materialidade documental compatível com a transparência, a segurança e a necessidade de submissão dos atos públicos a posterior controle".

Nessa esteira, só é possível dizer que a administração se desincumbe de sua responsabilidade para com a contratação de prestação de serviços prevista na Lei n.º 8.666/93 quando cumpre os deveres positivos de fiscalização ali descritos, documenta e realiza a guarda das provas materiais da prática de tais atos. Observada essa compreensão jurídica da questão e da extensão dos deveres do ente público, no sentido de atender ao princípio republicano e aos princípios administrativos da eficiência, da legalidade e da publicidade, não é possível cogitar da exoneração de uma responsabilidade de tal forma que não viabilize o posterior controle, na melhor semântica do sistema de freios e contrapesos. Dessa forma, a culpa do ente público se materializa por meio da omissão no cumprimento dos seus deveres legais de fiscalização, que incluem a externalização documental de sua prática fiscalizatória, a guarda e a submissão dessa documentação a posterior controle.

Se a fiscalização foi feita e documentada, tendo o ente público trazido aos autos do processo a referida comprovação material, não se há falar em responsabilização subsidiária.



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

Por outro lado, se a fiscalização não foi feita e documentada, não havendo, portanto, elementos probatórios a demonstrar em juízo a atuação positiva do ente público no cumprimento da legalidade, a culpa administrativa fica evidenciada e, de forma excepcional, tal como apontado na decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n° 16 e do tema de Repercussão Geral n° 246, a responsabilização subsidiária se legitima.

Nada justifica, nesse cenário, que, existindo documentação que comprove que o ente público se desincumbiu do seu dever legal de fiscalização dos contratos administrativos, tal documentação não venha aos autos, seja por força do princípio da aptidão para a prova, seja porque o dever de documentar o ato fiscalizatório está incluído, por força dos princípios da eficiência, da legalidade e da publicidade (art. 37, *caput*, da Constituição da República), dentre os deveres administrativos que dever ser cumpridos para que a Administração Pública não incorra em culpa.

Nessa senda, curadora da documentação dos atos administrativos por ela praticados no acompanhamento dos contratos, omite-se em apresentá-los, como no caso que se pode evidenciar, por força da decisão do Regional, e a culpa se evidencia, não havendo falar-se em atribuição de ônus, ausência de prova do reclamante.

Assim, aceno neste ponto quanto à fiscalização, que me parecia não abordada anteriormente, e ele nos coloca no plano infraconstitucional, nos vincula à legislação sistêmica que trata da contratação dessas empresas. E é importante ressaltar que isso fez justamente com que o Supremo Tribunal Federal não ingressasse no espectro infraconstitucional no exame dessa prova.

Nesse sentido é que estou acompanhando o posicionamento sustentado pelo Ministro Relator, no sentido de conhecer e dar provimento ao recurso de embargos da reclamante.

Brasília, 12 de dezembro de 2019.



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

fls. 16

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

MINISTRO VIEIRA DE MELLO FILHO