



Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Superior do Trabalho

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

Embargante: **ELIANA DOS SANTOS REIS**

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

Relator : **Ministro CLÁUDIO MASCARENHAS BRANDÃO**

**TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE  
SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ARTIGO 71, § 1º, DA LEI N°  
8.666/93. SÚMULA N° 331, ITEM V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.  
AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N° 16-DF. TEMA N° 246 DO  
STF. TESE DE REPERCUSSÃO GERAL. DEMONSTRAÇÃO DE CULPA *IN VIGILANDO*.  
FISCALIZAÇÃO. DEFINIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA**

**VOTO CONVERGENTE COM O RELATOR**

A Terceira Turma desta Corte deu provimento ao recurso de revista do Estado da Bahia para afastar a responsabilidade subsidiária do ente público, julgando, quanto a ele, improcedente a reclamação trabalhista.

Adotou tese de que o ônus da prova da ausência de fiscalização pelo ente público tomador dos serviços cabe ao trabalhador.

Eis os fundamentos:

**“ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA OU INDIRETA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ÔNUS DA PROVA.**

O Tribunal Regional negou provimento ao recurso ordinário interposto pelo Estado da Bahia, sob os seguintes fundamentos, transcritos e destacados nas razões de recurso de revista (art. 896, § 1º-A, I, da CLT):

‘Na medida em que a Administração Pública se torna beneficiária direta da força-trabalho dos empregados da empresa contratada, mas negligencia o cumprimento da lei, que impõe não apenas a fiscalização das ações da prestadora, mas



PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

subordina a liberação das respectivas faturas à comprovação do adimplemento regular do contrato (art. 58, III e IV, Lei 8.666/93), sua conduta culposa in vigilando autoriza atribuir-lhe o dever de garantir, subsidiariamente, o cumprimento de tais encargos, conforme a construção jurisprudencial sintetizada na Súmula 331 do TST, sem prejuízo da ação regressiva que couber contra o obrigado.

É pertinente acrescentar que tal responsabilidade não se atrita com a sistemática da Lei nº 8666/93, mas, ao contrário, encontra largo amparo no art. 37, § 6º, da Constituição Federal. No particular, a 'Lei de Licitações' prescreve apenas que o inadimplemento da prestadora de serviços não transfere, automaticamente, a responsabilidade para o tomador, ente da administração pública, ao passo que a responsabilidade subsidiária somente se opera quando a prestadora não possua bens suficientes para adimplir seus débitos trabalhistas em sede de cumprimento do julgado.

Vale também consignar que, por efeito do julgamento da ADC nº 16 pelo Supremo Tribunal Federal, com foco no art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, o Tribunal Superior do Trabalho compatibilizou a Súmula 331 de sua jurisprudência com o referido decisum, mediante a edição do item V, verbis:

(...)

O inadimplemento culposo do contrato de trabalho terceirizado, ao mesmo tempo em que revela, por si somente, o mau empregador, respinga sobre o tomador do serviço, que o selecionou e, ao contratá-lo, assumiu o dever legal de fiscalizar a execução do contrato. Já por aí, 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.

Neste sentido, observa-se o teor da Súmula nº 41 deste Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região:

‘SÚMULA TRT5 nº 41 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CULPA IN VIGILANDO. ÔNUS DA PROVA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Recai sobre a Administração Pública direta e indireta o ônus de demonstrar que fiscalizava o cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora’.

No caso concreto, constata-se que o tomador agiu com leniência, senão negligência, na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas da contratada em relação aos



PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

trabalhadores que lhe prestavam serviços, incluído o reclamante.

Com relação aos documentos juntados aos autos pelo recorrente com sua defesa, afiguram-se insuficientes à prova de que o 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.

Item de recurso. Nega-se provimento.'

Em recurso de revista, o segundo reclamado pretende a exclusão da responsabilidade subsidiária que lhe foi atribuída.

Sustenta a impossibilidade da condenação imposta, em razão do julgamento da ADC nº 16 pelo STF. Alega que o ônus de provar a culpa é da reclamante.

Aponta violação dos arts. 5º, II, LIV e LV, e 37, XXI, §§ 2º e 6º, da Constituição Federal, 818 da CLT, 373, I, do CPC e 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 e contrariedade à Súmula 331, IV e V, do TST. Colaciona arestos.

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).



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

Não se está em campo de cogitação do adimplemento das obrigações 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.



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

pela qual merece reforma a decisão embargada, a fim de restabelecer o acórdão regional. Recurso de embargos conhecido e provido.” (E-RR-925-07.2016.5.05.0281, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, julgado em 12/12/2019, acórdão pendente de publicação).

**ACOMPANHEI** o voto proferido pelo eminente Relator, mediante os seguintes fundamentos:

A controvérsia cinge-se a definir se é aplicável, ou não, a *ratio decidendi* da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n° 760.931-DF, objeto do Tema 246 da Tabela de repercussão geral daquela Corte, especificamente relativa às regras de distribuição do ônus da prova na fiscalização da contratação terceirizada, em hipóteses de atribuição de responsabilidade subsidiária a entes públicos.

Prevalecia nesta Corte o entendimento de que, apesar da previsão contida no artigo 71, § 1º, da Lei de Licitações, a responsabilidade subsidiária da Administração Pública subsistiria em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, desde que o ente público participasse da relação processual e estivesse incluído no título executivo judicial (item IV da Súmula n° 331 do TST).

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade n° 16-DF, em sessão de 24/11/2010, houve, por bem, por maioria (vencido em parte o Ministro Carlos Ayres Britto), considerar constitucional o citado artigo 71 da Lei n° 8.666/93, de modo a vedar, expressamente, a automática responsabilização do ente público contratante pelos débitos trabalhistas devidos pela empresa fornecedora de mão de obra, nos casos de mero inadimplemento dessas obrigações pelo vencedor da licitação.

Porém, esse julgamento não impediu que, em determinados casos e sob certas circunstâncias, a Administração Pública contratante continuasse a responder subsidiariamente pelo



**PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

pagamento das obrigações trabalhistas do empregador por ela contratado, mesmo após regular licitação e nas terceirizações lícitas.

Isso porque o Supremo Tribunal Federal, ao se referir aos casos de terceirização lícita da Administração Pública, também deixou expresso seu entendimento de que o § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 não afastaria a possibilidade de a Justiça do Trabalho, no julgamento de cada caso concreto e com base nos fatos da causa, responsabilizar subsidiariamente o ente público contratante pelo pagamento de obrigações trabalhistas, caso ficasse comprovado que agiu com culpa *in vigilando*, ao não fiscalizar o adimplemento daqueles direitos pelo devedor principal - o empregador contratado.

Em outras palavras, o puro e simples inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo empregador contratado no processo licitatório não ensejaria a responsabilidade da Administração Pública contratante, mesmo que de forma subsidiária, sem que fosse verificada a existência, em cada caso concreto, de quaisquer outros elementos fáticos e jurídicos capazes de caracterizar a existência de culpa específica e comprovada da Administração Pública.

O que, então, decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 foi que o § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 afastaria a responsabilidade contratual da Administração Pública pela simples condição de celebrante daquele contrato administrativo. Ou seja, o ente público jamais poderia ser condenado automaticamente.

Adequando-se ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal proferido no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho revisou sua Súmula nº 331 (sessão extraordinária de 24/5/2011, publicação DEJT 27/5/2011), atribuindo nova redação ao seu item IV e inserindo-lhe o item V, nos seguintes e expressivos termos:



PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

**“SÚMULA Nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.**

(...)

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

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, 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.**” (grifou-se)

Esta Corte interpretou que, por força da incidência simultânea e sistemática de outras normas infraconstitucionais, igualmente aplicáveis às relações jurídicas decorrentes daquela contratação, seria possível apurar-se, por meio dos elementos fático-probatórios constantes em cada processo, a existência de conduta dolosa ou culposa da Administração Pública, mesmo que apenas omissiva, o que justificaria a imputação de sua responsabilidade subjetiva pelos danos causados.

Assim, a atribuição de responsabilidade subsidiária da Administração Pública não teria o condão de vulnerar o teor do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 nas hipóteses em que fosse demonstrada a culpa *in vigilando*, isso porque o exame de outros artigos da mesma Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) permite verificar se o dever de fiscalização foi ou não descumprido pela Administração Pública.

A princípio, os artigos 54, § 1º, 55, inciso XIII, e 66 da Lei nº 8.666/93 estabelecem, claramente, que o fornecedor de mão de obra contratado está estritamente vinculado ao cumprimento cabal das obrigações e responsabilidades a que se vinculou quando participou da licitação e apresentou proposta (na qual



**PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

obrigatoriamente fez constar o preço correspondente aos direitos trabalhistas de seus empregados):

“Art. 54. (...)

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, *obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos e da proposta a que se vinculam.*

(...)”.

“Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

XIII – a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, *em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas*, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação”.

“Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas conseqüências de sua inexecução total ou parcial”.  
(grifou-se)

A seguir, os artigos 58, inciso III, e 67, *caput* e seu § 1º, da mesma Lei de Licitações clara e expressamente impõem à Administração Pública contratante o poder-dever de fiscalizar o cabal e oportuno cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo contratado que foi o selecionado no procedimento licitatório, entre elas, evidentemente, as que decorrem da observância das normas trabalhistas, em relação aos seus empregados que prestarem serviços, como terceirizados, ao ente público:

“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*



**PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

*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*” (grifou-se).

Por sua vez, o artigo 77 desta Lei nº 8.666/93 prevê que “a inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as conseqüências contratuais e as previstas em lei ou regulamento”. O artigo 78 da citada lei, de sua parte, prevê como motivo para a rescisão contratual “o não cumprimento ou o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos, assim como o cometimento reiterado de faltas na sua execução e o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução” - o que, evidentemente, é aplicável à hipótese do inadimplemento de obrigações trabalhistas para com os trabalhadores terceirizados pelo empregador contratado pelo ente público.

Como se não bastassem esses claros preceitos da própria Lei nº 8.666/93, que devem ser interpretados e aplicados de forma conjunta e sistemática com o multicitado artigo 71, § 1º, da mesma norma, a matéria foi expressamente regulamentada no âmbito da Administração Pública Federal pela Instrução Normativa (IN) nº 2, de 30/4/2008, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), alterada pela Instrução Normativa (IN) nº 3/2009 do mesmo Ministério.

Em linhas gerais, a citada IN nº 2/2008 do MPOG impõe à Administração Pública Federal contratante, por meio de procedimentos específicos e adequados ali descritos, o dever de fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas em relação a seus trabalhadores terceirizados, desde as fases de abertura e desenvolvimento do procedimento licitatório, incluindo a celebração do contrato administrativo.

Do conjunto de normas legais e regulamentares ora exposto e em face do que decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC nº 16, esta Corte firmou posicionamento de que,



**PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

uma vez tenha sido constatado e comprovado, em determinada ação, o inadimplemento das obrigações trabalhistas decorrentes do contrato administrativo pelo empregador contratado, à Administração Pública contratante caberá, com exclusividade, para evitar que sua conduta seja considerada omissa e ilícita, nos termos e para os efeitos dos artigos 186 e 927, *caput*, do Código Civil, alegar e comprovar, cabalmente, no curso da instrução processual, que praticou todos os atos administrativos detalhadamente estabelecidos nos apontados preceitos da Lei nº 8.666/93 e na Instrução Normativa nº 2/2008, alterada pela Instrução Normativa nº 3/2009, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), no sentido de fiscalizar, no curso e no encerramento daquele contrato administrativo, a plena observância dos direitos trabalhistas do correspondente reclamante; e de que, uma vez constatado o seu inadimplemento, tomou todas as medidas e as providências legalmente previstas para prevenir ou ressarcir o trabalhador terceirizado vítima daqueles atos ilícitos.

À falta da demonstração de que os atos de fiscalização foram mesmo praticados, como era dever legal do ente público contratante, só se poderá concluir que este, por omissão voluntária, violou os direitos daqueles empregados terceirizados pelo contratado e lhes causou dano, pelo qual deve responder civilmente (ainda que de forma subsidiária), nesta Justiça do Trabalho, por sua manifesta culpa *in vigilando*.

Assim, o Tribunal Superior do Trabalho pacificou entendimento de que o ônus da prova acerca da efetiva fiscalização permaneceria a cargo da Administração Pública, por representar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do alegado direito do trabalhador, já que seria prova de natureza verdadeiramente "diabólica", de produção praticamente impossível pela parte hipossuficiente.

A evolução jurisprudencial no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho acerca da distribuição do *onus probandi* da efetiva fiscalização nos contratos terceirizados continuou a render



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

Nesses termos, seja pelo princípio da aptidão da prova, seja pela impossibilidade de se imputar prova "diabólica" ao empregado, defendeu a Ministra Rosa Weber, em voto vencido, que o encargo probatório da efetiva fiscalização devia ser da Administração Pública.

Em voto convergente, o Ministro Luís Roberto Barroso insistiu na necessidade de se explicitar, ainda que em *obiter dictum*, o tipo de comportamento a ser exigido da Administração Pública. Considerou que a fiscalização por amostragem seria suficiente no cumprimento do dever legal, ao passo que a inércia diante de inequívoca violação de deveres trabalhistas geraria a responsabilidade do ente público. Defendeu a necessidade de sinalizar à Justiça do Trabalho o que seria "comportamento adequado" da Administração Pública. Ressaltou, ainda, que o posicionamento extremado de se exigir a fiscalização de "todos" os contratos administrativos inviabilizaria o instituto da terceirização.

Os Ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso ressaltaram que a obrigação da Administração Pública de fiscalizar as empresas contratadas é uma obrigação de meio, e não de resultado. Por sua vez, esse controle poderia ser realizado em fiscalização por amostragem, estruturada pelo próprio ente público, com apoio técnico de órgão de controle externo, caso em que gozaria de presunção *juris tantum* de razoabilidade.

O Ministro Marco Aurélio ponderou que o Supremo Tribunal Federal devia proclamar a ausência de responsabilidade como regra, pois, se na tese a ser fixada fosse estabelecida a exceção, qual seja a existência de responsabilidade uma vez demonstrada a culpa, estar-se-ia encampando, justamente, o que motivou a chegada de inúmeras reclamações ao Supremo Tribunal Federal. Ao se imprimir a tese de que, em regra, não há a responsabilidade da Administração Pública, os casos excepcionais seriam demonstrados.



**PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

O Ministro Luiz Fux enfatizou que a decisão proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 foi clara em assentar a constitucionalidade do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 e essa decisão fez coisa julgada. Portanto, se o Supremo Tribunal Federal passasse a firmar posicionamento pela responsabilidade da Administração Pública, haveria, na verdade, uma *contradictio in terminis*, uma modalidade de declaração de inconstitucionalidade parcial, subsistindo contradição com a *ratio decidendi* da ADC 16, o que nulificaria a coisa julgada já formada.

Ainda que isso não bastasse, registrou que o artigo 71 da Lei nº 8.666/93 sofreu alteração pela Lei nº 9.032/95, com o acréscimo do § 2º. Enquanto o § 1º estabelece que a Administração Pública não tem responsabilidade subsidiária, o § 2º, com a nova redação, reconhece a responsabilidade solidária pelos encargos previdenciários. Isso significa que foi intenção do legislador excluir a responsabilidade subsidiária do ente público, pois, ao imprimir nova redação à lei, criou a responsabilidade solidária, restrita aos débitos previdenciários, mas não criou a responsabilidade subsidiária com relação aos encargos trabalhistas. Se assim o quisesse, teria feito. Houve um silêncio eloquente.

Além de ressaltar o princípio geral de deferência ao legislativo e a limitação da jurisdição constitucional, demonstrou preocupação com os valores estratosféricos anunciados pela União decorrentes das condenações subsidiárias, em potencial elevação dos gastos públicos, com significativo impacto orçamentário e financeiro.

Com esses fundamentos, o Ministro Luiz Fux abriu a divergência, inclinando-se pela *ratio decidendi* da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 c/c a *ratio legis* da Lei nº 9.032/95, que criou a responsabilidade solidária apenas para encargos previdenciários, não o fazendo em relação aos trabalhistas.

A Ministra Cármen Lúcia, em seu voto, reiterou seu posicionamento, já externado no julgamento da Ação Declaratória de



**PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

Constitucionalidade nº 16 e no julgamento da Reclamação nº 15342-PR, em que foi Relatora, no sentido de que a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública deve estar acompanhada de demonstração efetiva e suficiente da irregularidade de seu comportamento, comissivo ou omissivo, no que diz respeito à fiscalização do contrato de prestação de serviços.

Assim, para se afirmar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, considerou a Ministra Cármen Lúcia imprescindível a prova taxativa do nexo da causalidade entre a conduta da Administração Pública e o dano sofrido pelo trabalhador, além da necessidade de se ter comprovada essa circunstância no processo, por ser atributo do ato administrativo a presunção de validade dos comportamentos da Administração Pública.

Além da necessidade de prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração Pública e o dano sofrido pelo trabalhador, enfatizou o posicionamento do Ministro Luiz Fux sobre a previsão da Lei nº 9.032/1995, que restringiu a solidariedade tão somente aos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato.

O Ministro Dias Toffoli, a despeito de se aliar à corrente divergente, capitaneada pelo Ministro Luiz Fux, ressaltou sua preocupação em se definir sobre o ônus da prova. Atentou para a dificuldade do trabalhador em provar que a fiscalização do contrato administrativo não se operou, cabendo essa prova à Administração Pública, já que, na maioria das vezes, o reclamante não tem acesso aos registros contratuais. Assim, sobre a distribuição do ônus da prova, invocou o disposto no artigo 373, incisos I e II, do CPC/2015: o trabalhador deve provar o fato constitutivo do alegado direito (o não pagamento das verbas trabalhistas), cabendo à defesa comprovar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alegado (a efetiva fiscalização). A Administração Pública, ao ser acionada, deve juntar aos autos elementos que comprovem que diligenciou no acompanhamento do contrato.



**PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

Em transcrição fidedigna, assim se pronunciou o Ministro Dias Toffoli, que aderiu à corrente divergente e vencedora, sobre a aplicação da regra processual relativa ao ônus da prova e a necessidade de se enfrentar essa questão relacionada à demonstração, pela Administração Pública, de cumprimento do poder-dever fiscalizatório insculpido na Lei de Licitações nas hipóteses de terceirização:

“Senhora Presidente, eu acompanho a tese formulada e a preocupação do Ministro Luís Roberto Barroso quanto à necessidade de obiter dictum. Eu 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.

(...)

A Administração Pública, ao ser acionada, tem que trazer aos autos elementos de que diligenciou no acompanhamento do contrato.

(...)

Eu não estou aqui a divergir da tese. Eu estou aqui a deixar registrado, ratificando os julgamentos que fiz em meu voto.

(...)

Eu estou registrando esse posicionamento no sentido de que a Administração Pública, uma vez acionada, tem que apresentar defesa, porque, muitas vezes, ela simplesmente diz: "Eu não tenho nada a ver com isso" - e tem, ela contratou uma empresa." (STF, inteiro teor do acórdão, págs. 349 e 350 de 355)

Além disso, propôs fosse esclarecido, na tese a ser fixada, que, para o cabimento da reclamação constitucional, necessário o esgotamento das instâncias na Justiça do Trabalho:



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

“É por isso que eu proponho que, na tese a ser fixada, fique claro que só caberá reclamação constitucional com base nesses paradigmas após o esgotamento das instâncias na Justiça do Trabalho, em consonância com a regra do art. 988, §5º, II, do CPC.” (STF, inteiro teor do acórdão, págs. 254 e 255 de 355)

O Ministro Luiz Fux reiterou a preocupação do Ministro Dias Toffoli de que as provas devem ser examinadas na instrução processual, não nas instâncias extraordinárias. Alertou sobre a necessidade de se exaurir a matéria fática nas instâncias ordinárias, em face do que preconiza o artigo 988, § 5º, do CPC/2015:

"§ 5º É inadmissível a reclamação:

(...)

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias."

E corroborou a proposta do Ministro Marco Aurélio sobre a necessidade de elaboração de uma tese "minimalista", isso porque a comprovação ou não da culpa da Administração Pública na fiscalização do fiel cumprimento do contrato administrativo é matéria não cognoscível em recurso extraordinário:

“Então, o Ministro Marco Aurélio tem razão quando diz: o minimalismo nessa hora resolve. Por quê? Porque nós também não vamos poder conhecer matéria de fato, se comprovou culpa ou se não comprovou culpa. Isso é matéria não cognoscível em sede de recurso extraordinário.” (STF, inteiro teor do acórdão, pág. 339 de 355)

Formou-se, no curso dos debates, um consenso mínimo de que a tese a ser fixada para o julgamento de casos semelhantes deve exprimir, como regra, a não responsabilização do Poder Público, sem encerrar exceções, sob pena de se abrir espaço a inúmeras reclamações constitucionais. Por sua vez, no exame de cada



**PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

caso concreto e nas instâncias adequadas, o Poder Judiciário apreciará a culpa.

Optou-se por uma redação "minimalista" da tese. As interpretações, por sua vez, estariam registradas nos fundamentos dos votos de cada Ministro.

Assim, conforme já registrado anteriormente, vencidos os Ministros Rosa Weber, Relatora originária, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Roberto Barroso e Edson Fachin, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária do dia 26/4/2017, por maioria e nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, redator do acórdão, fixou a seguinte tese de repercussão geral no tema nº 246: "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".

Embora da redação da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal não se pudesse extrair o entendimento acerca da crucial questão controvertida sobre a quem cabe o ônus de comprovar se houve, em cada caso concreto, a fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas, a Corte Suprema afirmou a necessidade de manifestação expressa das instâncias ordinárias sobre a existência, ou não, de conduta culposa da Administração Pública à luz das circunstâncias fáticas da causa, a possibilitar a pretendida condenação subsidiária. Por sua vez, reafirmou a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, já reconhecida na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, obstaculizando, de uma vez por todas, a possibilidade de responsabilização automática da Administração Pública, tomadora dos serviços terceirizados.

Firmada a tese pelo Supremo Tribunal Federal e diante das alegadas omissões sobre a variante interpretativa do vocábulo "automaticamente" constante na tese de repercussão geral, sobre o sentido do termo "solidário", também expresso na redação da tese e sobre a qual das partes cabe o ônus da prova da existência, ou não, de comportamento culposos da Administração Pública, foram



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

interpostos embargos de declaração pela União, pelo Estado de São Paulo (*amicus curiae*) e pela ABRASF (*amicus curiae*).

Por maioria de votos, vencidos os Ministros Luiz Fux (Relator nos EDs), Roberto Barroso, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal rejeitou os três embargos de declaração, nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, redator designado para o acórdão, oportunidade em que se consignou expressamente não ter havido nenhuma omissão, contradição ou obscuridade no julgamento principal.

Em voto vencido, o Ministro Luiz Fux (Relator) defendeu posicionamento no sentido de dar provimento parcial aos 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”.

Não obstante, prevaleceu o entendimento oposto de que não se poderia então enfrentar, em embargos de declaração, questões não definidas no julgamento do recurso principal, já que o Supremo Tribunal Federal, ao fixar a tese de repercussão geral, optou por uma redação “minimalista”, sem enfrentar particularidades, a exemplo de a quem caberia o ônus da prova sobre a omissão fiscalizatória do ente público.

O Ministro Edson Fachin, redator então designado, ao rejeitar os embargos de declaração, limitou-se a reafirmar o entendimento de 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 o seu dever de primar pela legalidade estrita na escolha ou fiscalização da empresa prestadora de serviços**” (RE 760931-DF ED Relator: Min. Luiz Fux. Relator p/acórdão: Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno. DJe-194, DIVULG 5/9/2019, PUBLIC 6/9/2019, destacou-se).



**PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

Conclui-se, portanto, que a tese aprovada no contexto da sistemática de repercussão geral não enfrentou a questão do ônus da prova, restando vencidos o Ministro Luiz Fux e os três outros ministros que o acompanharam no julgamento dos embargos de declaração, e cujo posicionamento era, cumpre repetir, no sentido de prestar esclarecimentos para expressamente definir a quem caberia tal encargo.

Ao silenciar-se de forma eloquente, a Suprema Corte admite que se trata de matéria de índole processual, infraconstitucional, e abre caminho para a manutenção do entendimento que já vinha sendo perfilhado no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, de que o ônus da prova acerca da efetiva fiscalização permaneceria a cargo da Administração Pública, por representar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do alegado direito do trabalhador, já que seria prova de natureza verdadeiramente "diabólica", de produção praticamente impossível pela parte hipossuficiente.

Vale lembrar que, no julgamento do recurso extraordinário em questão, os Ministros da Suprema Corte reafirmaram a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, já declarada no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, bem como afastaram, de uma vez por todas, a possibilidade de responsabilização automática da Administração Pública, posicionamento que se harmoniza com a atual redação da Súmula nº 331, item V, do Tribunal Superior do Trabalho, que reconhece a responsabilidade subsidiária da Administração Pública direta e indireta apenas nos casos em que evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93 (Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31/5/2011).

Após a decisão final acerca do Tema nº 246 de repercussão geral, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, órgão uniformizador de jurisprudência *interna corporis*,



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

cuidou de pacificar a matéria no âmbito trabalhista, de forma a definir a quem cabe demonstrar a omissão fiscalizatória.

Por oportuno, esta SbDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho, em 12/12/2019, no julgamento do Processo n° E-RR-925-07.2016.5.05.0281, de relatoria do Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, em sua composição completa e por expressiva maioria, firmou posicionamento no sentido de que cabe ao ente público o encargo de demonstrar a vigilância adequada no cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora dos serviços (onze votos na defesa desse entendimento e três contra).

Transcreve-se a elucidativa ementa do citado precedente:

“RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA 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. 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 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 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



**PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

Egrégia Turma, por sua vez, atribuiu ao trabalhador o ônus da prova, razão pela qual merece reforma a decisão embargada, a fim de restabelecer o acórdão regional. Recurso de embargos conhecido e provido.” (E-RR-925-07.2016.5.05.0281, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, julgado em 12/12/2019, acórdão pendente de publicação).

Acompanhei a corrente vencedora, registrando que o processo objeto de julgamento no RE nº 760.931-DF foi acórdão de minha lavra e, desde aquela oportunidade, já procurei demonstrar a respeito do dever legal do poder público em documentar o ato fiscalizatório na contratação terceirizada.

Sempre defendi o cumprimento das normas legais, e não apenas do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 de forma isolada. Nesse sentido, é obrigação da entidade pública reclamada demonstrar que praticou os atos de fiscalização balizados pela Lei nº 8.666/93, nos exatos termos dos artigos 54, § 1º, 55, inciso XIII, 58, inciso III, 66, 67, *caput* e § 1º, 77 e 78, que impõem deveres vinculantes ao ente público contratante, em observância ao princípio da legalidade estrita, atraindo, assim, a aplicação dos artigos 186 e 927 do Código Civil. No vácuo, qual seja na ausência de provas relacionadas à efetiva fiscalização, a culpa omissiva se configura.

Com esse entendimento, sempre sustentei ser fato impeditivo, nos termos dos artigos 373, inciso II, do CPC/2015 e 818 da CLT (redação atual que incorporou o mesmo preceito do CPC/2015). *Mutatis mutandis*, se se entender que é fato constitutivo - e há respeitabilíssimos entendimentos nesse sentido, a começar pelo eminente Ministro Luiz Fux -, basta aplicar o princípio da aptidão da prova, que tem base legal expressa no atual Código de Processo Civil e, mesmo antes, já havia previsão no Código de Defesa do Consumidor (artigo 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078/90).

Assim, é possível aplicar o princípio da aptidão da prova para exigir que aquele que deveria praticar os atos de fiscalização por dever legal demonstre que os praticou. Na falta de



**PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

demonstração, só se pode necessariamente concluir, automaticamente, do ponto de vista lógico e jurídico, que houve, sim, culpa omissiva do ente público. É uma dedução automática e inevitável. Na falta da prova, aquele que deveria fiscalizar não fiscalizou e, portanto, é culpado, nos termos dos artigos 186 e 927 do Código Civil. Por um caminho ou por outro, o resultado é o mesmo.

Do contrário, nos milhares de casos em que não for juntado nenhum documento, haverá o perigo da alegação de que a condenação decorreria de responsabilização automática. Com todas as vênias, não se pode admitir esse entendimento. Seria muito fácil à Administração Pública simplesmente não juntar documento algum. Haverá, se vingar este equivocado entendimento, não a tão criticada "responsabilização automática" dos entes públicos, mas sim a sua "absolvição automática" por sua indevida inércia processual, ao cruzar comodamente os braços, diante da perspectiva de sua inevitável e indevida absolvição automática.

Na minha experiência anterior ao meu ingresso na Magistratura, como Procurador do Estado de Minas Gerais, observei que, na maioria dos casos, não há documentos, porque não há fiscalização. O Procurador pede os documentos ao setor competente para fazer a defesa e eles simplesmente não existem.

O preocupante são os milhares de processos que chegam ao Tribunal Superior do Trabalho sem nenhuma prova, sem documentos. E a razão é simples: não houve fiscalização. Trata-se de uma presunção *hominis* pela observação do que ordinariamente acontece na Justiça do Trabalho.

De acordo com o princípio da legalidade administrativa, o ato administrativo deve ser documentado. Ao dever de documentar o ato fiscalizatório, somam-se as condutas previstas na Lei nº 8.666/93 e, no âmbito da Administração Pública federal, acrescenta-se a regulamentação da Instrução Normativa nº 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), alterada por sua Instrução Normativa nº 3/2009.



**PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

É, assim, imperiosa a apresentação concreta de provas documentais ou, na sua falta, a comprovação dessa fiscalização por quaisquer outros meios de prova em direito admitidos por parte da entidade pública, de forma a demonstrar que ela não incorreu em culpa omissiva, ou seja, que praticou os atos de fiscalização exigidos pela Lei nº 8.666/93, mesmo porque deixar o encargo probatório ao reclamante representaria, como prova "diabólica", verdadeira medida dissuasória e impeditiva de seu acesso à Justiça.

Em resposta ao pronunciamento do eminente Ministro Alexandre Ramos, que, ao se manifestar neste julgamento, expressamente citou meu nome como o Relator, no Tribunal Superior do Trabalho, do acórdão que foi reformado, por maioria, pelo Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal ao julgar, em repercussão geral, o multicitado RE nº 760.931/DF, é preciso advertir que a afirmação feita por S. Exa. - de que é do empregado o ônus da prova correspondente e que o Supremo Tribunal Federal assumiu esta posição -, com todas as vênias, mostra-se equivocada. Admitir tal exegese seria o mesmo que reformar a própria decisão do Supremo Tribunal Federal, de eficácia contra todos e efeito vinculante no acórdão que julgou os embargos de declaração interpostos contra o acórdão originário. Em outras palavras, significaria, portanto, desconsiderar e reformar o acórdão vencedor da lavra do Ministro Edson Fachin, que expressamente afirmou o contrário (que não houve fixação do critério do ônus da prova), e fazer valer o voto vencido naquela ocasião do Ministro Luiz Fux e dos três outros ministros que o acompanharam no julgamento daqueles embargos de declaração.

Acrescenta-se que, após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do acórdão principal, cujo redator designado foi o Ministro Luiz Fux, a Segunda Turma desta Corte entendeu, prudentemente, em um primeiro momento, que seria do reclamante o ônus da prova acerca da efetiva fiscalização, mas a decisão do Ministro Edson Fachin, em embargos de declaração,



**PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

demonstrou claramente que não. A partir de então, a Segunda Turma, que honrosamente presido, refluíu ao posicionamento original, de que não houve, na fixação do tema de repercussão geral, o enfrentamento do ônus da prova pelo Supremo Tribunal Federal, podendo e devendo este Tribunal Superior decidir esta questão, de natureza infraconstitucional. Mesmo que no julgamento principal a questão tenha sido mencionada como *obiter dictum*, não houve maioria suficiente para fixar nenhum critério.

Vale a observação de que, na maioria das Turmas do Tribunal Superior do Trabalho, também houve a mesma oscilação jurisprudencial, sendo que também suas Terceira e Sétima Turmas voltaram ao entendimento ora sustentado, após o referido julgamento dos embargos de declaração, nos termos da decisão de seu Redator, o Ministro Edson Fachin.

De igual forma, o Ministro Renato de Lacerda Paiva e os demais Ministros que acompanharam a corrente vencedora nesse histórico julgamento ocorrido na SbDI-1 entenderam que o Supremo Tribunal Federal não enfrentou a questão do ônus da prova ou, pelo menos, não fixou esta tese no Tema nº 246, tanto assim que o Ministro Relator, Luiz Fux, no julgamento dos embargos de declaração, pretendia prestar esclarecimentos para definir que o ônus pertence ao empregado, intenção essa expressamente rejeitada pela douta maioria dos Ministros no Supremo Tribunal Federal. E mais, também ressaltou acertadamente em seu voto o i. Vice-Presidente deste Tribunal, Ministro Renato de Lacerda Paiva, que é de se concluir que a questão da distribuição do ônus da prova entre o trabalhador terceirizado e o ente público a quem este prestou serviços tem natureza infraconstitucional, sendo sua solução em casos como o este da competência desta Corte superior trabalhista.

Em consequência, o Tribunal Superior do Trabalho, ao manter a decisão regional em que se entendeu ser do ente público a obrigação de demonstrar medidas fiscalizatórias empreendidas na



**PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

contratação terceirizada, nos termos dos artigos 373, inciso II, do CPC/2015 e 818 da CLT, não descumpriu as referidas decisões do STF.

Exatamente no mesmo sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, mesmo depois do acórdão originário proferido no Proc. RE nº 760.931-DF, como representativo do Tema nº 246 de Repercussão Geral:

“EMENTA AGRAVO INTERNO EM RECLAMAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO. DEVERES DE FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADC 16. PRECEDENTES. 1. O registro da omissão da Administração Pública quanto ao poder-dever de fiscalizar o adimplemento, pela contratada, das obrigações legais que lhe incumbiam - a caracterizar a culpa in vigilando -, ou da falta de prova acerca do cumprimento dos deveres de fiscalização - de observância obrigatória -, não caracteriza afronta à ADC 16. 2. Inviável o uso da reclamação para reexame de conjunto probatório. Precedentes. 3. Agravo interno conhecido e não provido.” (Rcl 26252 AgR/BA, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe 6/2/2019, grifou-se).

No mesmo sentido os seguintes julgados de Turmas desta Corte:

“RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONDUTA CULPOSA NA FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES LEGAIS E CONTRATUAIS DA EMPRESA PRESTADORA DOS SERVIÇOS. INCIDÊNCIA DO ITEM V DA SÚMULA Nº 331 DO TST. Trata-se de hipótese na qual o Tribunal Regional, mediante a valoração de fatos e provas, reconheceu a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, na condição de tomadora dos serviços, por conduta omissiva na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais previstas na Lei nº 8.666/93, e não, apenas, pelo mero inadimplemento das obrigações trabalhistas a cargo da empresa prestadora dos serviços, nos moldes da Súmula nº 331, V, do TST e nos limites da decisão proferida pelo STF na ADC 16/DF. Recurso de revista de que não se conhece.” (RR-139-25.2013.5.01.0007, 1ª Turma, Relator Ministro Walmir Oliveira da Costa, DEJT 7/6/2019)



PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

“RETORNO DOS AUTOS À TURMA PARA EVENTUAL EXERCÍCIO DO JUÍZO DE RETRATAÇÃO PREVISTO NO ARTIGO 1.030, INCISO II, DO CPC/2015. JUÍZO DE RETRATAÇÃO NÃO EXERCIDO. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ARTIGO 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO. POSSIBILIDADE. QUESTÃO DECIDIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 760.931-DF. TEMA Nº 246 DO EMENTÁRIO TEMÁTICO DE REPERCUSSÃO GERAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Discute-se se a questão sub judice está, ou não, vinculada à ratio decidendi da controvérsia constitucional objeto do Processo nº RE nº 760.931-DF e ao disposto no Tema nº 246 do Ementário Temático de Repercussão Geral da Suprema Corte, bem como se cabe a esta Turma exercer o juízo de retratação. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931-DF, fixou a seguinte tese de 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". Em embargos de declaração, a Suprema Corte limitou-se a reafirmar o entendimento de 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 o seu dever de primar pela legalidade estrita na escolha ou fiscalização da empresa prestadora de serviços". Optou-se por uma redação "minimalista", sem enfrentar particularidades, a exemplo de a quem caberia o ônus da prova sobre a omissão fiscalizatória do ente público. Ao silenciar-se de forma eloquente, a Suprema Corte abre caminho para a manutenção do entendimento que já vinha sendo perfilhado no âmbito deste Tribunal Superior do Trabalho, de que o ônus da prova acerca da efetiva fiscalização permaneceria a cargo da Administração Pública, por representar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do alegado direito do trabalhador, já que seria prova de natureza verdadeiramente "diabólica", de produção praticamente impossível pela parte hipossuficiente. Vale lembrar que no julgamento do recurso extraordinário em questão, os Ministros da Suprema Corte reafirmaram a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, já declarada no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, bem como afastaram, de uma vez por todas, a possibilidade de responsabilização automática da Administração Pública, posicionamento que se harmoniza, inclusive, com a atual redação da Súmula nº 331, item V, do Tribunal Superior do Trabalho, que reconhece a



**PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

responsabilidade subsidiária da Administração Pública direta e indireta apenas nos casos em que evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93 (Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011). Não há dúvidas, portanto, de que a mera inadimplência da empresa prestadora dos serviços terceirizados não caracteriza, por si só, culpa da Administração Pública. A questão controvertida, ensejadora de questionamentos diversos no âmbito do Supremo Tribunal Federal e que poderia justificar eventual juízo de retratação, foi apenas aquela relacionada às regras de distribuição do ônus da prova quanto à efetiva inobservância no dever de fiscalização do ente público licitante, caso dos autos. Não obstante, o Supremo Tribunal Federal, ao propositadamente não deliberar sobre esse aspecto específico, bem como ao optar por não definir os critérios a serem observados nessa fiscalização, deixou ao alvedrio do julgador de origem estabelecer as balizas na apreciação da prova. Por consequência, o Tribunal Superior do Trabalho, ao manter a decisão regional que entendeu ser do ente público a obrigação de demonstrar medidas fiscalizatórias empreendidas na contratação terceirizada, nos termos dos artigos 373, inciso II, do CPC/2015 e 818 da CLT, não descumpriu as referidas decisões do STF. Portanto, como na hipótese sub judice se observou a tese firmada no STF, proferida no RE nº 760.931-DF, em repercussão geral, esta Turma não exerce o juízo de retratação previsto no artigo 1.030, inciso II, do CPC/2015, mantendo seu acórdão, e determina o retorno dos autos à Vice-Presidência desta Corte para prosseguimento do feito, como entender de direito.” (AIRR-253-40.2013.5.23.0107, 2ª Turma, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, DEJT 6/12/2019)

**“JUÍZO DE RETRATAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. JULGAMENTO ANTERIOR PELA SEGUNDA TURMA DESTA CORTE. DEVOLUÇÃO PARA EVENTUAL EMISSÃO DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO (ART. 1.030, II, do CPC/2015 E ART. 543-B, § 3º, DO CPC/1973). RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. TOMADOR DE SERVIÇOS. CULPA IN VIGILANDO COMPROVADA.** Esta Segunda Turma negou provimento ao agravo de instrumento do ente público tomador de serviços, por entender que estava caracterizada a sua culpa in vigilando no caso concreto. Neste sentido, a decisão está em conformidade com a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que "o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93", sobretudo após o julgamento dos embargos de declaração, momento em que



**PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

se esclareceu que é possível responsabilizar o ente público quando constatada a sua culpa in vigilando na fiscalização, bem como se observou não ter sido fixada tese processual acerca da distribuição do ônus da prova. Assim, tendo em vista que a decisão anterior desta Turma foi proferida em consonância com a orientação firmada pelo STF, deixa-se de exercer o juízo de retratação nos termos do art. 1.030, II, do CPC/2015 (art. 543-B, § 3º, do CPC/1973). Juízo de retratação não exercido.” (ED-AIRR-589-41.2011.5.03.0149, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 13/12/2019)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. TRANSCENDÊNCIA. ESTADO DA BAHIA. ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA 1 - Há transcendência jurídica quando se constata a oscilação na jurisprudência quanto à distribuição do ônus da prova relativamente ao tema da responsabilidade subsidiária. 2 - Conforme o Pleno do STF (ADC nº 16 e Agravo Regimental em Reclamação 16.094) e o Pleno do TST (item V da Súmula nº 331), relativamente às obrigações trabalhistas, é vedada a transferência automática, para o ente público tomador de serviços, da responsabilidade da empresa prestadora de serviços; a responsabilidade subsidiária não decorre do mero inadimplemento da empregadora, mas da culpa do ente público no descumprimento das obrigações previstas na Lei nº 8.666/1993. No voto do Ministro Relator da ADC nº 16, Cezar Peluso, constou a ressalva de que a vedação de transferência consequente e automática de encargos trabalhistas, "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" . 3 - O Pleno do STF, em repercussão geral, com efeito vinculante, no RE 760931, Redator Designado Ministro Luiz Fux, fixou a seguinte tese: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93". Nos debates do julgamento do RE 760931, o Pleno do STF deixou claro que o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 veda a transferência automática, objetiva, sistemática, e não a transferência fundada na culpa do ente público. 4 - Por disciplina judiciária, a Sexta Turma do TST vinha atribuindo o ônus da prova à parte reclamante. Inicialmente, a partir da Sessão de Julgamento de 25/3/2015, em observância a conclusões de reclamações constitucionais nas quais o STF afastava a atribuição do ônus da prova contra o ente público. Depois, levando em conta que nos debates do RE 760931, em princípio, haveria a sinalização de que o STF teria se inclinando pela não aceitação da



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

distribuição do ônus da prova contra o ente público. Porém, no julgamento de ED no RE 760931, a maioria julgadora no STF concluiu pela não inclusão da questão da distribuição do ônus da prova na tese vinculante, ficando consignado que em âmbito de Repercussão Geral foi adotado posicionamento minimalista focado na questão específica da responsabilidade subsidiária do ente público na terceirização de serviços nos termos da Lei nº 8.666/1993. 5 - Não havendo tese vinculante do STF sobre a distribuição do ônus da prova, matéria de natureza infraconstitucional, a Sexta Turma do TST retoma a partir da Sessão de 06/11/2019 seu posicionamento originário de que é do ente público o ônus de provar o cumprimento das normas da Lei nº 8.666/1993, ante a sua melhor aptidão para se desincumbir do encargo processual, pois é seu o dever legal de guardar as provas pertinentes, as quais podem ser exigidas tanto na esfera judicial quanto pelos órgãos de fiscalização (a exemplo de tribunais de contas). 6 - No caso concreto, os fundamentos pelos quais foi reconhecida a responsabilidade subsidiária demonstram que o TRT concluiu pela culpa in vigilando em razão da falta de comprovação de fiscalização do contrato de prestação de serviços, imputando ao ente público o ônus da prova. 7 - Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (AIRR-1632-48.2016.5.05.0192, 6ª Turma, Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda, DEJT 13/12/2019)

“RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA - ÔNUS DA PROVA- SÚMULA Nº 331, V E VI, DO TST. 1. O acórdão regional está em harmonia com o entendimento firmado na Súmula nº 331, itens V e VI, do TST, uma vez que a responsabilização subsidiária do ente público decorreu do reconhecimento de conduta culposa na fiscalização da empresa prestadora. 2. Compete à Administração Pública o ônus da prova quanto à fiscalização, considerando que: (i) a existência de fiscalização do contrato é fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do Reclamante; (ii) a obrigação de fiscalizar a execução do contrato decorre da lei (artigos 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93); e (iii) não se pode exigir do trabalhador a prova de fato negativo ou que apresente documentos aos quais não tenha acesso, em atenção ao princípio da aptidão para a prova. Julgados. 3. O E. STF, ao julgar o Tema nº 246 de Repercussão Geral - responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço, RE 760931 -, não fixou tese específica sobre a distribuição do ônus da prova pertinente à fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas. Recurso de Revista não conhecido.” (RR-984-40.2013.5.15.0113, 8ª



**PROCESSO Nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281**

Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 13/9/2019)

Assim, mesmo após o julgamento dos embargos de declaração no Supremo Tribunal Federal, não se definiu a questão controvertida sobre a qual parte cabe o ônus de comprovar se houve ou não a fiscalização do fiel cumprimento das obrigações descritas nos artigos 58, inciso III, e 67, *caput* e § 1º, da Lei nº 8.666/93, dispositivos que clara e expressamente impõem à Administração Pública o poder-dever de fiscalizar o cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo contratado selecionado no procedimento licitatório, entre elas, evidentemente, as que decorrem da observância das normas trabalhistas pelas empresas terceirizadas.

Diga-se com todas as letras, à guisa de conclusão: a ementa do voto vencedor para o acórdão e a tese de repercussão geral aprovada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal no verbete que foi redigido ao seu final não enfrentaram, de forma expressa, a questão do ônus da prova.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal, ao propositadamente não deliberar sobre essa questão específica, bem como ao optar por não definir os critérios a serem observados nessa fiscalização, deixou ao alvedrio dos julgadores das instâncias ordinárias e desta Corte superior decidir esta relevantíssima questão infraconstitucional, estabelecendo as balizas para a apreciação desta prova e para definir a solução aplicável aos casos em que a parte a quem couber o ônus da prova da existência de fiscalização adequada e efetiva, dele não se desincumbir a contento.

Por consequência, o Tribunal Superior do Trabalho, ao manter a decisão regional em que se entendeu ser do ente público o ônus da prova acerca das medidas fiscalizatórias empreendidas na contratação terceirizada, não está descumprindo as referidas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Pelo exposto, votei no sentido de conhecer do recurso de embargos por divergência jurisprudencial e, no mérito,



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

dar-lhe provimento para restabelecer o acórdão regional em que se reconheceu a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa prestadora de serviços, acompanhando o voto do eminente Relator.

Brasília, 12 de dezembro de 2019.

**JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA**  
Ministro Relator

GMJRP/in/ap/ac