



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

PROCESSO TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

Embargante: ELIANA DOS SANTOS REIS
Embargada : CONTRATE GESTÃO EMPRESARIAL EIRELI
Embargado : ESTADO DA BAHIA
Assistência Simples: UNIÃO (PGU)
Relator: **Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão**

GMACC/knoc/m

J U S T I F I C A T I V A D E V O T O C O N V E R G E N T E

MIN. AUGUSTO CÉSAR LEITE DE CARVALHO

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CONDUTA CULPOSA. ÔNUS DA PROVA.

A Terceira Turma deste Tribunal, após dar provimento ao agravo de instrumento interposto pelo Estado da Bahia, conheceu do recurso de revista por violação do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93, e, no mérito, deu-lhe provimento para afastar a responsabilidade subsidiária do Estado da Bahia, julgando improcedente o pedido em relação a esse reclamado.

Eis as razões de decidir consignadas às fls. 1.076-1.080:

(...)

“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 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



PROCESSO TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

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 decísum, 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 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



PROCESSO TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

cumprido, não teria ensejado o inadimplemento dos haveres trabalhistas da autora reconhecidos nesta ação.

Força é concluir, diante desse quadro de descabro 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).

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 conseqüente 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.



PROCESSO TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

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

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

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

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

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

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 760.931, com repercussão geral, atribuiu o ônus da prova da ausência de fiscalização ao trabalhador.

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

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

Ante o exposto, verifica-se potencial violação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, razão pela qual dou provimento ao agravo de instrumento, para determinar o processamento do recurso de revista.

II – RECURSO DE REVISTA.

Tempestivo o apelo (fl. 493-PE), regular a representação (Súmula 436/TST) e isento de preparo (CLT, art. 790-A e DL 779/69, art. 1º, IV), estão preenchidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade.

1 - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA OU INDIRETA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ÔNUS DA PROVA.

1.1 – CONHECIMENTO.



PROCESSO TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

Reporto-me às razões de decidir lançadas quando da análise do agravo de instrumento, para consignar que o recurso de revista merece conhecimento, por violação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

1.2 - MÉRITO.

Conhecido o recurso, por violação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, dou provimento, para afastar a responsabilidade subsidiária do Estado da Bahia, julgando, quanto a ele, improcedente a reclamação.” (sem destaques no original)

Nas razões do recurso de embargos interposto sob a alegação de divergência jurisprudencial e contrariedade à Súmula 331, V, do TST, a reclamante sustenta que, cabe ao ente da Administração Pública o ônus da prova da escorreita fiscalização no cumprimento das obrigações trabalhistas durante a execução do contrato de prestação de serviços, em razão do decidido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Processo RE 760.931. Pugna pelo conhecimento e o provimento a fim de ser restabelecida a condenação subsidiária do Estado, ora recorrido. Colaciona aresto paradigma.

À análise.

De fato, consoante voto do relator, o aresto paradigma originário da Oitava Turma deste Tribunal, cuja ementa e trechos da fundamentação estão transcritos à fl. 1.087, além de observar os requisitos formais que autorizam o confronto de teses nos moldes da Súmula 337 do TST, porquanto juntado na íntegra às fls. 1.093-1.107, com indicação do código validador, apresenta tese divergente específica quanto ao tema em debate.

No caso concreto, a Terceira Turma deste Tribunal consigna na ementa que “nos termos da decisão proferida pelo excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 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.” (fl. 1.074)

Em outro sentido a Oitava Turma deste Tribunal decidiu que “quanto à alegação de que cabia à reclamante comprovar a conduta culposa do ente público, não é o que se verifica. Isso porque o ônus da prova recai sobre o tomador dos serviços, o qual, como visto, tem obrigação legal de fiscalizar a execução do contrato (arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93). Logo, incumbia à Administração Pública provar a existência de fiscalização efetiva, bem



PROCESSO TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

como desconstituir a pretensão da reclamante, nos termos do art. 373, II, do CPC/2015." (fl. 1.087)

Entende-se, pois, demonstrado o dissenso jurisprudencial, consoante diretriz preconizada na Súmula 296, I, do TST, razão pela qual **conheço** do recurso de embargos, por divergência jurisprudencial.

Mérito

Cinge-se a controvérsia quanto ao ônus da prova, ou seja, quanto à responsabilidade subsidiária da administração pública, quando terceiriza serviços, depender de prova da culpa *in vigilando* a ser produzida pelo trabalhador terceirizado.

É fato que em alguns recursos examinados no âmbito da Sexta Turma de cujos julgamentos participei, houve atribuição do encargo probatório ao trabalhador terceirizado porque assim se manifestou o e. STF em várias ocasiões nas quais foi instado sobre o TST estar a cumprir o que aquela excelsa corte decidiu no âmbito da ADC 16 (Rcl 37035/MA, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Julgamento: 27/09/2019; Rcl 26291/GO Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 24/09/2019; e Rcl 36569/MA, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Julgamento: 03/09/2019).

Em rigor, não bastou o TST haver modificado o verbete da súmula n. 331 de sua jurisprudência para, acrescentando-lhe o item V logo após o STF decidir a ADC n. 16, e em cumprimento a essa decisão, afirmar o Tribunal Superior do Trabalho que somente pode ser responsabilizada a administração pública - que terceiriza - quando incorre em culpa *in vigilando*. Reclamações constitucionais foram acolhidas, porém, sob o fundamento de estar o TST a presumir tal culpa ao atribuir ao poder público o ônus de provar que teria fiscalizado o cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa terceira.

Deu-se que em março de 2017 o STF pôs em julgamento o Recurso Extraordinário n. 760.931 e a relatora, Ministra Rosa Weber, sustentou, na mesma linha do que sempre afirmou



PROCESSO TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

a Justiça do Trabalho, que não se pode exigir dos terceirizados o ônus de provar o descumprimento do dever legal por parte da administração pública, beneficiada diretamente pela força de trabalho. Seu voto foi seguido pelos ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, mas ao final ficou vencido por votos outros que não pareceram enfrentar o tema concernente ao ônus da prova e se limitaram a anunciar, como de resto já anunciara o STF ao julgar a ADC 16, que está vedada a responsabilização automática da administração pública, só cabendo sua condenação quando houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos.

Adiante, ao decidir monocraticamente a Reclamação n. 26947/RS, a Ministra Rosa Weber pontuou essa omissão do STF quanto à distribuição da carga probatória, sendo elucidativa:

“Limitado, outrossim, o julgamento da ADC 16 a obstaculizar a responsabilização subsidiária automática da Administração Pública – como mera decorrência do inadimplemento da prestadora de serviços –, não resultou enfrentada a questão da distribuição do ônus probatório, tampouco estabelecidas balizas para a apreciação da prova ao julgador, a inviabilizar o manejo da reclamação com espreque em alegada afronta à ADC 16 sob tais enfoques, conforme já decidido em várias reclamações: Rcl 14832/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 19.11.2012, Rcl 15194/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 18.3.2013, Rcl 15385/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 15.3.2013. [...]. No ponto, cumpre igualmente assentar que, ao julgamento do RE 760.931, esta Suprema Corte, muito embora tenha debatido aspectos acerca das regras de distribuição do ônus da prova na espécie, culminou por não fixar balizas, respeitada, a meu juízo, a soberania das instâncias ordinárias no exame do acervo fático-probatório, cujo revolvimento é de todo vedado na instância extraordinária, assim como no bojo da reclamação constitucional.”

Em respeito às posições desavindas dos eméritos membros do Supremo Tribunal Federal acerca da carga probatória – referimo-nos à prova de culpa *in vigilando* da administração pública – a Subseção I de Dissídios Individuais, órgão uniformizador da



PROCESSO TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

jurisprudência no âmbito interno do TST, suspendeu as dezenas de milhares de recursos que desafiavam esse tema na expectativa de o STF, provocado porventura mediante embargos declaratórios, definir se havia decidido sobre essa matéria e, se sim, como decidira.

Eis que o e. STF, ao início de agosto de 2019, é instado a decidir embargos declaratórios opostos contra a decisão que exarara no RE 760.931, sensibilizando-se o relator original, o Ministro Luiz Fux, ante a necessidade de esclarecer sobre o ônus da prova da culpa *in vigilando* atribuível à administração pública (e também quanto à possibilidade de a responsabilidade do Estado ser solidária, não apenas subsidiária). Sua Excelência, após referir fragmentos dos votos dos Ministros Alexandre de Moraes, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Dias Tóffoli, concluiu que a maioria dos que integram a corte, no julgamento do RE 760.931, havia adotado a tese seguinte:

“O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, salvo, em caráter subsidiário e excepcional, quando cabalmente comprovada conduta culposa da Administração causadora de dano ao empregado, vedada em qualquer hipótese a sua responsabilização solidária e a presunção de culpa, nos termos do art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/93”.

Em aparte, a Ministra Cármen Lúcia interveio de modo a pôr em questão a posição majoritária esboçada pelo então relator, interpelando-o ao argumentar:

“Então, parece-me que o que estamos discutindo é o art. 71 da Lei n. 8.666, que proíbe a interpretação que vinha prevalecendo, a responsabilidade subsidiária que acabou sendo aplicada muitas vezes como sendo solidária. E, por uma questão de proteção ao trabalhador – que teria que, muitas vezes, produzir uma prova diabólica e não conseguia provar, é que se inverteu na jurisprudência, e nós, então, no julgamento, dissemos: ‘Não, nós temos uma lei e a lei proíbe e nós dissemos que essa lei era constitucional’.



PROCESSO TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

Porém, quando uma empresa é contratada, o empregado vem e trabalha, e a Administração Pública, pela mesma Lei n. 8.666, tem o dever, a obrigação, a imposição de seguir esse contrato e ver se está sendo devidamente pago, até porque ela repassa esse dado. Vamos dar o exemplo do Supremo Tribunal Federal: nós temos mais de 200 gestores de contratos –, com número também significativo; então, houve omissão da Administração que não cumpriu o seu dever, e com isso, a empresa não pagou, e o ônus fica em cima do trabalhador, e ele não tem...”

Houve seguidas intervenções, merecendo relevo a do Ministro Ricardo Lewandowski que pede a palavra para endossar manifestação da Defensoria Pública da União quanto a haver o STF optado por um posicionamento minimalista e não dever “entrar em pormenores, tais como condições da ação que autorizariam a transferência de responsabilidade, qual ato comissivo, omissivo ou ilícito do Estado que ensejaria a sua responsabilidade, o ônus da prova” .

A intervenção decisiva é a do Ministro Edson Fachin que, na mesma linha do Ministro Lewandowski, arremata: “Basta a leitura do que foi assentado ao longo de um exaustivo julgamento para compreender-se precisamente em que limites e possibilidades essa responsabilidade restou estatuída. Resolver esse debate, no meu modo de ver, significa, a rigor, reiniciar, em sede de embargos de declaração, o julgamento” .

O e. STF decidiu então, por maioria (vencidos os Ministros Luiz Fux, Roberto Barroso, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes), que não haveria contradição ou obscuridade a sanar. O comando decisório que sobrevém reitera a tese minimalista de que “a responsabilização subsidiária do poder público não é automática, dependendo de comprovação de culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando*, o que decorre da inarredável obrigação da administração pública de fiscalizar os contratos administrativos firmados sob os efeitos da estrita legalidade” .

Sem embargo de a comunidade jurídica, inclusive a SBDI I do Tribunal Superior do Trabalho, aguardarem com ansiedade o que estaria a decidir o Supremo Tribunal Federal acerca do ônus da prova, o cuidado de não se imiscuir em tema infraconstitucional, como é o da distribuição da carga probatória, sempre esteve presente na tradição do STF. É possível ilustrar:



PROCESSO TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5º, 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. AUSÊNCIA DE PRELIMINAR FORMAL E FUNDAMENTADA DE REPERCUSSÃO GERAL. EXIGÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. A parte recorrente não apresentou preliminar, formal e fundamentada, de repercussão geral das questões constitucionais discutidas no recurso extraordinário. A peça de recurso, portanto, não atende ao disposto no art. 543-A, § 2º, do CPC. As questões constitucionais alegadas no recurso extraordinário não foram objeto de análise pelo Tribunal de origem. Incidência das Súmulas 282 e 356/STF. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afasta o cabimento de recurso extraordinário para o questionamento de alegadas violações à legislação infraconstitucional sem que se discuta o seu sentido à luz da Constituição. Não há matéria constitucional a ser dirimida em processo no qual se questiona a inversão de ônus da prova.** Precedente. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento (STF - ARE: 794671 MG, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 19/08/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-170 DIVULG 02-09-2014 PUBLIC 03-09-2014, sem destaque no original).

Em concreto, atribuir ao trabalhador terceirizado o ônus de provar que a autoridade gestora de seu contrato teria sido diligente na fiscalização do cumprimento de obrigações trabalhistas pela empresa terceira corresponde, com venia, a fazer tábula rasa do princípio consagrado - em favor do consumidor e, por desdobramento, de outras pessoas ou grupos vulneráveis - pelo art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/1990, qual seja, o direito “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências” .



PROCESSO TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

O princípio da aptidão para a prova resultou inclusive absorvido e ritualizado pelo art. 818, §1º da CLT. Como esboçamos em tantos votos nos quais reverenciávamos aquela que nos parecia ser a orientação do STF, a prova que recai sobre o trabalhador terceirizado, no tocante a nuances do negócio jurídico que se desenvolve entre as empresas que se beneficiam de seu trabalho (pois é disso que estamos a tratar quando aludimos à fiscalização de uma empresa sobre a conduta de outra empresa), é prova diabólica, insusceptível de atendimento por diligência do empregado.

Noutro ângulo, vê-se que o encargo de fiscalizar o cumprimento do contrato administrativo - que tem o empregado terceirizado, por ironia e não raro, como *res inter alios acta* - não deriva de construção doutrinária ou jurisprudencial, sendo, antes, imposição da Lei n. 8.666/1993 (a mesma lei que imuniza o poder público que age sem culpa):

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

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

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

Art. 68. O contratado deverá manter preposto, aceito pela Administração, no local da obra ou serviço, para representá-lo na execução do contrato.

E quando a efetividade de qualquer direito fundamental - ilustrativamente, o direito à tutela judicial em vista de lesão a direitos sociais - reclama o concurso de garantias que



PROCESSO TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

completam o desígnio constitucional, a tutela jurisdicional que retorna assim à competência do e. Supremo Tribunal Federal não tem frustrado expectativas, como se pode ilustrar com julgado recente:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DE FUNDAÇÃO PÚBLICA. IPTU. DESTINAÇÃO DO IMÓVEL. PRETENSÃO CUJO ACOLHIMENTO DEMANDARIA REEXAME DE FATOS E DO MATERIAL PROBATÓRIO. SÚMULA 279/STF. PRECEDENTES. A jurisprudência da Corte vem consolidando o entendimento de que não cabe ao ente imune demonstrar que utiliza o bem de acordo com suas finalidades institucionais. Ao contrário, cabe à Administração tributária demonstrar a eventual tredestinação do bem gravado pela imunidade. Esta inversão circunstancial do ônus da prova justifica-se pelo fato da imunidade não ser concedida por ato do Fisco. Trata-se de uma garantia que se reveste do caráter de regra supressiva da competência tributária, cujos efeitos decorrem diretamente da Constituição Federal. Nos termos dos precedentes assentados por este colegiado, o debate relativo à ausência de comprovação da destinação do imóvel para fins de imunidade demanda o reexame de fatos e provas. Agravo regimental a que se nega provimento (STF - AgR ARE: 796191 RJ - RIO DE JANEIRO, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 10/02/2015, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-044 09-03-2015).

São essas as razões pelas quais entendo que o Supremo Tribunal Federal reservou à Justiça do Trabalho decidir acerca do ônus da prova, no tocante à fiscalização do cumprimento de obrigações trabalhistas pela empresa que a administração pública contrata para a intermediação de serviços, cabendo ao poder público tal encargo.

Frise-se que em transcrição inserida no acórdão do Tribunal Regional consta que o ente público não fora diligente no cumprimento do dever de fiscalização relativamente ao adimplemento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizada, o que teria ensejado o inadimplemento de haveres trabalhistas reconhecidos na



PROCESSO TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281

presente ação, os quais, consoante dados da sentença, dizem respeito às parcelas rescisórias (aviso prévio, 13º salário, férias simples e proporcionais acrescidas de 1/3), depósitos de FGTS mensais, indenização substitutiva pela não concessão do auxílio-alimentação previsto em norma coletiva, diferença salarial em razão da inobservância do piso normativo.

Por esses fundamentos, voto com o Relator, **para dar provimento** ao recurso de embargos interposto pela reclamante para, declarando que cabe ao ente público o ônus da prova na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços, restabelecer o acórdão do Tribunal Regional na parte que reconheceu a responsabilidade subsidiária do Estado reclamado.

Brasília, 18 de maio de 2020.

AUGUSTO CÉSAR LEITE DE CARVALHO
Ministro do TST