



PROCESSO N° TST-E-RR-903-90.2017.5.11.0007

A C Ó R D Ã O
(SDI-1)
GMMCP/rss/ac

**RECURSO DE EMBARGOS - INTERPOSIÇÃO SOB
A REGÊNCIA DA LEI N° 13.015/2014 -
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA -
RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - CULPA
IN
VIGILANDO - ÔNUS DA PROVA DA
FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DAS
OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS - SÚMULA N°
331, V E VI, DO TST**

1. Nos termos dos itens V e VI da Súmula n° 331 do TST, há responsabilização subsidiária do ente público com o reconhecimento de conduta culposa na fiscalização do cumprimento do contrato.
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 n° 8.666/1993); 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.
3. O E. STF, ao julgar o Tema n° 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



PROCESSO N° TST-E-RR-903-90.2017.5.11.0007

do ônus da prova quanto à fiscalização
do cumprimento das obrigações
trabalhistas.

Embargos conhecidos e providos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de
Embargos

em Recurso de Revista n° **TST-E-RR-903-90.2017.5.11.0007**, em que é
Embargante [REDACTED] e são Embargados **ESTADO DO AMAZONAS e [REDACTED]**
- **ME**.

A Reclamante interpõe Embargos (fls. 301/323) ao
acórdão da C. 5ª Turma, que deu provimento ao Recurso de Revista do
Estado do Amazonas para excluir sua responsabilidade subsidiária e
determinar sua retirada do polo passivo da demanda (fls. 282/297).

O Recurso foi admitido (fls. 369/373).

Impugnação aos Embargos, às fls. 378/396.

O D. Ministério Público do Trabalho opinou pelo
provimento dos Embargos, às fls. 401/404.

É o relatório.

V O T O

REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

Satisfeitos os requisitos extrínsecos de
admissibilidade recursal - tempestividade (fls. 298 e 366),
representação regular (fls. 366 e 37) e preparo isento (fl. 115).

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - RESPONSABILIDADE
SUBSIDIÁRIA - CULPA IN VIGILANDO - ÔNUS DA PROVA DA FISCALIZAÇÃO DO
CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS - SÚMULA N° 331, V E VI, DO
TST**

a) Conhecimento



PROCESSO N° TST-E-RR-903-90.2017.5.11.0007

A C. 5^a Turma deu provimento ao Recurso de Revista do Estado do Amazonas para excluir sua responsabilidade subsidiária e determinar sua retirada do polo passivo da demanda, nestes termos:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO. COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA. SÚMULA Nº 331, V, DO TST. CONTRARIEDADE CONFIGURADA.

O acórdão recorrido solucionou a controvérsia nos seguintes termos:

Da responsabilidade subsidiária Dispõe o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993 (Lei de Licitações e contratos administrativos) que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, inclusive, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento.

O Supremo Tribunal Federal, na Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC n. 16, pronunciou a compatibilidade do art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/93, com a Constituição da República, não havendo mais dúvida de que a inadimplência da contratada, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento.

Todavia, essa declaração de constitucionalidade não afasta a responsabilidade da Administração Pública quando a inadimplência de encargos trabalhistas da contratada decorre da culpa do Ente Público, esta entendida como o descumprimento do dever legal de impedir a consumação do dano.

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, em harmonia com o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre essa questão, firmou-se no sentido de que os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21/06/1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da empresa contratante como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada (Súmula n. 331. V).

Ora, nos contratos administrativos, a Administração Pública tem o poder-dever de fiscalizar-lhes a execução, que deve ser obrigatoriamente acompanhada e fiscalizada por um representante, especialmente designado para esse fim, devendo este anotar todas as ocorrências relativas à execução do contrato em registro próprio e valer-se das medidas legais para a regularização, na hipótese de eventual descumprimento das cláusulas contratuais (artigos 58, III, 67 e 73, da Lei n. 8.666/1993).

Na manifestação do Parquet Laboral, em outro feito semelhante a este, a Excelentíssima Procuradora do Trabalho CIRLENE LUIZA ZIMMERMANN bem expôs que a ausência ou a fiscalização insuficiente, meramente procedural e sem compromisso com a



PROCESSO N° TST-E-RR-903-90.2017.5.11.0007

efetividade do controle contratual, configura culpa in eligendo ou in vigilando da Administração Pública.

E eficiência nessa seara, segundo a base doutrinária e normativa do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), referenciada pela manifestação do Ministério Público do Trabalho, envolve fiscalização no momento em que a terceirização é iniciada (fiscalização inicial); no momento em que antecede o pagamento da fatura (fiscalização mensal); no acompanhamento diário dos empregados terceirizados (fiscalização diária); na análise de data-base da categoria prevista em normas coletivas, controle de férias e estabilidades provisórias, entre outros (fiscalização especial).

No caso dos autos, denota-se que o Estado do Amazonas esteve alheio à fiscalização do fiel cumprimento dos encargos sociais devidos pela reclamada, cuja omissão da Administração, em valer-se das prerrogativas que lhe confere a lei, causou à reclamante o dano trabalhista alegado na inicial.

Com efeito, o convencimento acerca da omissão culposa do litisconsorte decorre da ausência de efetiva demonstração nos autos de que, durante a vigência do contrato, adotou todos os mecanismos de fiscalização adequados para a execução do contrato de prestação de serviços, conforme determina a Lei de Licitações (artigos 58, III, 67 e 73, da Lei n. 8.666/1993).

Não há falar, pois, em inversão do ônus da prova, já que o dever de fiscalização, com eficiência, advém do disposto nos artigos 58, III, 67 e 73, da Lei n. 8.666/1993.

Por isso, compete ao Ente Público comprovar o dever de fiscalização, consoante o pacificado entendimento jurisprudencial dessa Corte representado pela Súmula n. 16, segundo a qual "A constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/93, declarada pelo STF na ADC n. 16, não obsta o reconhecimento da responsabilidade de ente público quando este não comprova o cumprimento de seu dever de fiscalização do prestador de serviços". Destacamos.

Por outro lado, compulsando os autos eletrônicos do Recurso Extraordinário nº 760.931, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, em 26 de abril de 2017, por maioria e nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão respectivo, vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio, 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".

Ora, a citada tese, mesmo que a partir da leitura sistemática dos votos que conduziram o julgamento no STF, não é capaz de infirmar os fundamentos do v. Acórdão embargado. Não se divisa incompatibilidade entre os julgados, pois a douta Primeira Turma deste Regional, como já assinalado, firmou como razão de decidir,



PROCESSO N° TST-E-RR-903-90.2017.5.11.0007
in casu, a falta de prova, pelo ente Público, de que se desincumbiu
de seu dever legal de fiscalização.

Assim, mostra-se latente a culpa in vigilando do recorrente, ao não prestar a efetiva vigilância no cumprimento das obrigações trabalhistas, razão pela qual se afigura responsável subsidiário. E a responsabilização subsidiária abrange todas as verbas decorrentes da condenação do período laboral, inclusive FGTS + 40%, consoante a pacífica jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (Súmula n. 331, VI).

Além disso, no presente caso, entendo indevida a multa do artigo 477, §8º, da CLT, visto que a rescisão do contrato de trabalho foi declarado judicialmente, não podendo falar-se, portanto, em atraso do pagamento das verbas rescisórias. Isto posto, retiro da condenação o valor deferido a esse título.

O 2º reclamado alega que o recurso de revista preencheu todos os requisitos insculpidos no artigo 896 da CLT, razão pela qual requer ser regular processamento. No mérito, a parte insiste que a imputação da responsabilidade subsidiária ao ente público encontra óbice no artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, cuja constitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADC nº 16, razão pela qual entende ser inaplicável o disposto no item V da Súmula nº 331 desta Corte, sobretudo após o julgamento do Tema 246 da Repercussão Geral do STF (RE nº 760.931), no qual restou expressamente vedada a transferência automática de responsabilidade subsidiária ao ente público em face de terceirização trabalhista. Aponta contrariedade ao referido verbete sumular, bem como ofensa ao citado artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 e aos demais dispositivos de lei e da Constituição Federal indicados na minuta de agravo, suscitando, ainda, divergência jurisprudencial.

À análise.

A questão em exame diz respeito à “responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço”, matéria cuja repercussão geral foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, com a afirmação da seguinte tese de mérito vinculante:

(...)

Com essa definição, o Supremo Tribunal Federal deixou claro que a dicção do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, apesar de constitucional, não representa o afastamento da responsabilidade civil do Estado em toda e qualquer hipótese, mas, ao revés, indica a existência de tal responsabilidade em caso de prova da culpa do ente público, tal e qual já havia sido decidido pela mesma Corte por ocasião do julgamento da ADC nº 16, e reafirmado por meio das diversas manifestações de voto que construíram as razões de decidir do precedente de repercussão geral em comento.

Nesse ponto, é de inegável clareza o voto da Ministra Cármem Lúcia, que acabou por conduzir os argumentos que levaram ao texto final da tese aprovada, em reprodução literal à locução sugerida pela i. Presidente, fls. 284-286 do acordão correspondente, in verbis:

(...)



PROCESSO N° TST-E-RR-903-90.2017.5.11.0007

Na sessão do dia 26/04/17 (fls. 336-345 do acordão referente ao RE 760.931), o Supremo Tribunal Federal, ao aprovar a tese do Tema 246, entendeu por não definir no dispositivo expresso do precedente quais hipóteses de culpa comprovada ensejariam a responsabilização da Administração Pública, convergindo no entendimento, contudo, de que **a regra geral leva à ausência de responsabilidade decorrente do inadimplemento de encargos trabalhistas dos empregados do contratado, salvo demonstração (não presumida) de inobservância do dever legal da Administração pública em relação a tais contratos.**

Tal premissa, assim, pode ser considerada como motivo determinante da decisão e, da mesma forma, como aspecto vinculante e integrante da tese jurídica aprovada, na esteira do que sinaliza a própria Corte Suprema nos julgados posteriores ao advento da Lei nº 13.105/15, tendo em vista a nova sistemática de precedentes prevista em lei, e em revisão aos posicionamentos anteriores do STF que oscilavam quanto à adoção da denominada teoria da transcendência dos motivos determinantes (e.g., ADI 4.697/ DF, Rel. Min Edson Fachin, data de julgamento: DJE 06/10/2016, data de publicação: DJE 30/03/2017 e 4.762/DF, Rel. Min. Edson Fachin, data de julgamento: DJE 06/10/2016, data de publicação: DJE 30/03/2017).

Tecidas tais considerações sobre o precedente, conclui-se que a tese jurídica fixada é no sentido de que, apesar de não haver espaço para a responsabilização objetiva (“automática”) do Estado em matéria de inadimplemento contratual de terceiros que prestam serviços terceirizados à Administração Pública, esta se mostra possível nos casos concretos em que a culpa do ente da Administração Pública tenha restado devidamente configurada, como inobservância do dever legal de vigilância em relação aos contratos firmados com terceiros.

Com isso, o que se tem de preciso e vinculante no precedente em questão, como parte integrante de sua ratio decidendi, é a definição de que a culpa do ente público deve ser objeto de exame circunstaciado da instância julgadora e estar devidamente consignado em suas razões de decidir, evitando assim a dita transferência automática da responsabilidade ao ente público.

Daí porque chega-se à conclusão, à luz do referido precedente, que, por ser a ausência de fiscalização uma omissão culposa constitutiva do direito do reclamante, não cabe aqui presumir a culpa, seja pela simples ausência de provas da fiscalização por parte da entidade pública, seja pela inversão do ônus probatório, ou, ainda, pela atribuição da teoria da aptidão para a produção da prova.

Isso porque, é necessário que o reclamante traga aos autos, no mínimo, elementos indiciários da verossimilhança da alegação de omissão culposa, tais como atrasos e/ou descumprimento de obrigações gerais atinentes a verbas elementares de um contrato de trabalho ordinário, o que, em concreto, daria ensejo à constatação da culpa in vigilando por elementos de prova contidos nos autos, e não pela simples transferência do ônus probatório àquele cujo encargo processual é tão somente de defesa, sob a perspectiva dos fatos desconstitutivos da pretensão inicial.

Aliás, em algumas passagens das discussões dos Ministros do STF sobre aspectos processuais atinentes ao ônus da prova, ficou clara a inclinação daquela Corte no sentido de atribuir ordinariamente esse ônus ao empregado,



PROCESSO N° TST-E-RR-903-90.2017.5.11.0007

o que se sustenta na própria natureza constitutiva da alegação de omissão culposa do ente público como substrato fático indissociável da figura jurídica da culpa in vigilando.

Nesse sentido, aliás, já se pronunciou a 5ª Turma, como se pode depreender dos seguintes precedentes:

(...)

Na hipótese, o acórdão recorrido transferiu o encargo processual de comprovar a ausência de omissão na fiscalização dos encargos trabalhistas da empresa terceirizada ao ente público, em completa inversão da lógica ordinária de distribuição do ônus probatório, contida nos artigos 818 da CLT e 373, I e II, do CPC (correspondente ao artigo 333, I e II, do CPC/1973), o que não se sustenta em face da ratio decidendi do precedente vinculante acima citado, o qual prevê a atribuição do ônus original ao reclamante.

Assim, a decisão em exame encontra-se em dissonância com o entendimento consolidado no item V da Súmula nº 331 do TST, à luz do que contido no precedente vinculante do Tema 246 da Repercussão Geral do STF, o que viabiliza o conhecimento do recurso de revista.

Conheço, por contrariedade à Súmula nº 331, V, do TST.

II - MÉRITO

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO. COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA. SÚMULA Nº 331, V, DO TST. CONTRARIEDADE CONFIGURADA.

Conhecido o recurso de revista por contrariedade à Súmula nº 331, V, do TST, a consequência lógica é o seu provimento.

Dou provimento ao recurso de revista para reformar o acórdão recorrido, a fim de excluir a responsabilidade subsidiária atribuída à recorrente, bem como determinar a sua exclusão do pólo passivo da demanda. Custas inalteradas. (fls. 284/297 – destaquei)

A Embargante sustenta haver divergência jurisprudencial específica, com paradigmas que adotam tese jurídica diversa quanto ao ônus da prova da existência da fiscalização. Requer seja garantida “(...) a responsabilidade subsidiária do Estado do Amazonas (...)” (fl. 323). Colaciona arrestos.

A C. 5ª Turma bem delimitou a controvérsia: “a questão em exame diz respeito à „responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço“ (...)” (fl. 288).

Analizando precedente firmado pelo E. STF, a C. 5ª Turma destacou que “(...) o Supremo Tribunal Federal deixou claro que a dicção do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, (...) indica a existência de tal responsabilidade em caso de prova da culpa do ente público (...)” (fl. 288).

Asseverou que “(...) a regra geral leva à ausência de



PROCESSO N° TST-E-RR-903-90.2017.5.11.0007

responsabilidade decorrente do inadimplemento de encargos trabalhistas dos empregados do contratado, salvo demonstração (não presumida) de inobservância do dever legal da Administração pública em relação a tais contratos” (fl. 290).

Adotou expressamente a tese do ônus da prova do Reclamante quanto à omissão na fiscalização pelo ente público:

Daí porque chega-se à conclusão, à luz do referido precedente, que, por ser a ausência de fiscalização uma omissão culposa constitutiva do direito do reclamante, não cabe aqui presumir a culpa, seja pela simples ausência de provas da fiscalização por parte da entidade pública, seja pela inversão do ônus probatório, ou, ainda, pela atribuição da teoria da aptidão para a produção da prova.

Isso porque, **é necessário que o reclamante traga aos autos, no mínimo, elementos indiciários** da verossimilhança da alegação de omissão culposa, tais como atrasos e/ou descumprimento de obrigações gerais atinentes a verbas elementares de um contrato de trabalho ordinário, o que, em concreto, daria ensejo à constatação da culpa in vigilando por elementos de prova contidos nos autos, e não pela simples transferência do ônus probatório àquele cujo encargo processual é tão somente de defesa, sob a perspectiva dos fatos desconstitutivos da pretensão inicial.

Aliás, em algumas passagens das discussões dos Ministros do STF sobre aspectos processuais atinentes ao ônus da prova, **ficou clara a inclinação daquela Corte no sentido de atribuir ordinariamente esse ônus ao empregado** (...)

(fl. 291 - destaquei)

Em resumo, a C. 5^a Turma reformou o acórdão regional por atribuir ao Reclamante o ônus da prova da omissão na fiscalização pelo ente público:

Na hipótese, o acórdão recorrido transferiu o encargo processual de comprovar a ausência de omissão na fiscalização dos encargos trabalhistas da empresa terceirizada ao ente público, em completa inversão da lógica ordinária de distribuição do ônus probatório, contida nos artigos 818 da CLT e 373, I e II, do CPC (correspondente ao artigo 333, I e II, do CPC/1973), **o que não se sustenta em face da ratio decidendi do precedente vinculante acima citado, o qual prevê a atribuição do ônus original ao reclamante.** (fl. 296 - destaquei)

De início, esclareço minha compreensão quanto à tese fixada pelo E. STF sobre o Tema nº 246 de Repercussão Geral (RE 760931), premissa essencial para analisar o conhecimento dos Embargos.

No julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade



PROCESSO N° TST-E-RR-903-90.2017.5.11.0007

nº 16, o E. Supremo Tribunal Federal, declarando a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, firmou o entendimento de que a mera inadimplência do contratado, em relação às parcelas trabalhistas, não autoriza a responsabilização subsidiária do ente da Administração Pública, tomador dos serviços, se não evidenciada a conduta culposa na fiscalização das obrigações contratuais e legais da prestadora dos serviços.

Com base nesse entendimento, o Eg. TST acrescentou
o

item V à Súmula nº 331, nestes termos:

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

(...)

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

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 -, aquela Corte não fixou tese específica sobre a distribuição do ônus da prova pertinente à fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas.

Os Ministros vencidos no julgamento do caso concreto (Rosa Weber - Relatora, Edson Fachin, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello) aderiram integralmente ao voto da Ministra Rosa Weber, Relatora, que invocou o princípio da aptidão para a prova (positivado nos arts. 7º c/c 373, § 1º, do CPC de 2015) e o poder/dever de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas (previsto no art. 67 da própria Lei nº 8.666/1993, renovado e detalhado na Instrução Normativa nº 2/2008 do MPOG) como fundamentos para atribuir o ônus à Administração Pública.



PROCESSO N° TST-E-RR-903-90.2017.5.11.0007

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

1 – Em caso de terceirização, a Administração Pública responde subsidiariamente pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas da empresa contratada, no que respeita aos profissionais que tenham atuado em seu benefício, se restar comprovada falha do Poder Público em seu dever de fiscalizá-la (culpa in vigilando) ou em adotar as medidas cabíveis em relação ao inadimplemento. Precedente: ADC 16, rel. Min. Cesar Peluso. **2 – Compete à Administração comprovar que houve adequada fiscalização.** 3 – O dever de fiscalização da Administração acerca do cumprimento de obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas constitui obrigação de meio, e não de resultado, e pode ser realizado através de fiscalização por amostragem, estruturada pelo próprio ente público, com apoio técnico de órgão de controle externo, caso em que gozará de presunção juris tantum de razoabilidade. 4 – Constatada, pelo Poder Público, a ocorrência de inadimplemento trabalhista pela contratada, as seguintes providências devem ser tomadas: (i) notificar a empresa contratada, assinando-lhe prazo para sanar a irregularidade; (ii) em caso de não atendimento, ingressar com ação judicial para promover o depósito, a liquidação do valor e o pagamento em juízo das importâncias devidas, abatendo tais importâncias do valor devido à contratada. 5 – Não é válida a responsabilização subsidiária da Administração Pública: (i) com afirmação genérica de culpa in vigilando, sem indicar, com rigor e precisão, os fatos e as circunstâncias que configuram a sua culpa in vigilando ou (ii) se for comprovada, pela Administração, a realização de fiscalização por amostragem e a adoção das medidas mitigadoras antes indicadas. (RE 760931, fls. 182/183 do acórdão)

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

A situação foi assim resumida pelo Ministro Alexandre de Moraes:

Os densos votos até aqui proferidos, embora com algumas variações de fundamentação, buscaram solucionar o dissídio pelo acréscimo de duas coordenadas de decisão, ambas excludentes entre si. A primeira, balizada pelo exauriente voto da Ministra ROSA WEBER, com os complementos do Ministro ROBERTO BARROSO, postula que o ônus de comprovar a fiscalização dos contratos recaia



PROCESSO N° TST-E-RR-903-90.2017.5.11.0007

sobre a Administração Pública, podendo o seu cumprimento adequado ser demonstrado inclusive por aplicação de metodologias de amostragem. Linha interpretativa antagônica, defendida por igual número de Ministros, rejeita a possibilidade de que a Administração Pública venha a responder por verbas trabalhistas de terceiros a partir de qualquer tipo de presunção, somente admitindo que isso ocorra caso a condenação esteja inequivocamente lastreada em elementos concretos de prova da falha na fiscalização do contrato. O meu convencimento se associa à última corrente, somando-se àqueles que concluem pelo provimento do recurso da União. (RE 760931, fl. 320 do acórdão)

No entanto, mesmo entre os Ministros da segunda corrente mencionada pelo Ministro Alexandre de Moraes, houve oscilações no tocante ao ônus da prova.

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

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

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

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

Após, reformulou seu voto, nestes termos: “Eu temo - e já



PROCESSO N° TST-E-RR-903-90.2017.5.11.0007

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

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

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

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas veja o seguinte, Ministro Toffoli, só uma breve observação. Suponhamos que o reclamante promova uma demanda alegando isso. Então, ele tem que provar o fato constitutivo do seu direito: deixei de receber, porque a Administração largou o contratado para lá, e eu fiquei sem receber. Na defesa, caberá... Porque propor a ação é inerente ao acesso à Justiça. O fato constitutivo, é preciso comprovar na propositura da ação. E cabe ao réu comprovar fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor. Então, a Administração vai ter que chegar e dizer: "Claro, olha aqui, eu fiscalizei e tenho esses boletins". E tudo isso vai se passar lá embaixo, porque aqui nós não vamos mais examinar provas.

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

Ao firmar a tese de repercussão geral, optaram por não



PROCESSO N° TST-E-RR-903-90.2017.5.11.0007

entrar em detalhes sobre exceções que possibilitariam a responsabilização da Administração Pública (especialmente a demonstração de culpa), por entenderem que eventual exceção mencionada seria adotada como regra.

A tese foi assim fixada: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93" (destaque acrescido).

O quórum referido acima, de 6x5, aplicou-se apenas ao

julgamento do caso concreto, em que foi provido o Recurso Extraordinário da União, por se entender que, naquela hipótese, não fora demonstrada a culpa na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas.

Na fixação da tese de repercussão geral, ficou vencido

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

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

Os três Embargos de Declaração opostos a esse acórdão, por sua vez, foram rejeitados. Ou seja, não houve acréscimo de pronunciamento específico sobre a questão do ônus da prova à tese vinculante firmada no precedente de repercussão geral.

No julgamento dos terceiros Embargos de Declaração, em que a matéria foi discutida com maior evidência, o Exmo. Ministro Luiz Fux, Relator, que ficou vencido, afirmou que "a corrente majoritária repudiou expressamente qualquer regime que transfira ao poder público o ônus de comprovar que não adotou conduta culposa, comissiva ou omissiva, causadora do resultado danoso aos empregados. Não



PROCESSO N° TST-E-RR-903-90.2017.5.11.0007

há que se falar, portanto, em inversão do ônus da prova ou culpa presumida, pois o parágrafo primeiro do art. 71 da Lei 8.666/93, cuja constitucionalidade foi reconhecida por esta Corte, dispõe que a „inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração

Pública a responsabilidade por seu pagamento“”.

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

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

A Exma. Ministra Cármem Lúcia, mencionada como integrante da corrente majoritária no julgamento originário, não se manifestou expressamente sobre o ônus da prova. Apenas ressaltou a responsabilidade da Administração em caso de descumprimento do dever legal de fiscalização, sem definir especificamente a quem caberia o ônus da prova. Assim se pronunciou:

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

O Exmo. Ministro Ricardo Lewandowski referiu-se à manifestação da Defensoria Pública para reiterar que, no julgamento originário, a Corte teria adotado um posicionamento minimalista, por se tratar de tese de repercussão geral, que não se prestaria a “entrar em pormenores, tais como condições da ação que autorizariam a transferência da responsabilidade, qual ato comissivo, omissivo ou ilícito do Estado que ensejaria a sua responsabilidade, o ônus da prova”.



PROCESSO N° TST-E-RR-903-90.2017.5.11.0007

Registrhou que não seria possível “inserir, em julgamento de embargos de declaração, uma série de componentes novos, que não foram discutidos, sob pena de ficarmos sujeitos a novos embargos de declaração para discutir ponto por ponto daquilo que agora inseriríamos na nossa decisão”.

Acompanhou, assim, a divergência, para rejeitar os Embargos de Declaração.

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

O Exmo. Ministro Edson Fachin, Redator do acórdão dos

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

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

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

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



PROCESSO N° TST-E-RR-903-90.2017.5.11.0007

Passo à análise da divergência jurisprudencial.

O paradigma oriundo da C. 8^a Turma, com cópia autenticada do inteiro teor às fls. 324/342, autoriza o conhecimento do recurso, por adotar a tese de que “(...) o ônus da prova recai sobre o tomador dos serviços, o qual, como visto, tem obrigação legal de fiscalizar a execução do contrato (arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93) (...)” (fl. 342).

A especificidade do arresto paradigma é evidente, pois

no caso concreto a C. 5^a Turma reformou acórdão do Eg. TRT que manteve a responsabilidade subsidiária pela “(...) falta de prova, pelo ente Público, de que se desincumbiu de seu dever legal de fiscalização.” (trecho do acórdão regional transscrito no acórdão embargado à fl. 287).

Destaco que o paradigma cumpre os requisitos da Súmula

nº 337 do TST, já que houve a juntada de cópia autenticada do inteiro teor do acórdão.

Ante o exposto, **conheço** dos Embargos, por divergência jurisprudencial.

b) Mérito

A controvérsia refere-se à responsabilidade subsidiária pelo inadimplemento da empresa prestadora de serviços.

O Eg. TRT, em acórdão transscrito no acórdão embargado, destacou que “(...) a Administração Pública tem o poder-dever de fiscalizar-lhes a execução, que deve ser obrigatoriamente acompanhada e fiscalizada por um representante (...)” (fl. 285).

Registrhou que, “no caso dos autos, denota-se que o Estado do Amazonas esteve alheio à fiscalização do fiel cumprimento dos encargos sociais devidos pela reclamada, cuja omissão da Administração, em valer-se das prerrogativas que lhe confere a lei, causou à reclamante o dano trabalhista alegado na inicial.” (fl. 286).

Asseverou que “(...) o convencimento acerca da omissão culposa do



PROCESSO N° TST-E-RR-903-90.2017.5.11.0007

litisconsorte decorre da ausência de efetiva demonstração nos autos de que, durante a vigência do contrato, adotou todos os mecanismos de fiscalização adequados para a execução do contrato de prestação de serviços, conforme determina a Lei de Licitações (...)" (fl. 286).

Adotando a tese de que "(...)" compete ao Ente Público comprovar o dever de fiscalização (...)" (fl. 286), manteve a responsabilidade subsidiária do Estado do Amazonas.

Como já destacado, a C. 5ª Turma deu provimento ao Recurso de Revista do ente público pela atribuição ao Reclamante do ônus da prova da omissão da fiscalização pelo ente público.

Com base nos fundamentos do tópico anterior, reitero que a tese fixada pelo E. STF sobre o Tema nº 246 de Repercussão Geral (RE 760931) não contém orientação específica sobre a distribuição do ônus da prova pertinente à fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas.

No julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, o E. Supremo Tribunal Federal, ao declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, firmou o entendimento de que a mera inadimplência do contratado, em relação às parcelas trabalhistas, não autoriza a responsabilização subsidiária do ente da Administração Pública, tomador de serviços. É necessário evidenciar a conduta culposa na fiscalização das obrigações contratuais e legais da prestadora dos serviços.

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

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

(...)

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

(...)



PROCESSO N° TST-E-RR-903-90.2017.5.11.0007

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

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

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

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

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

Não se 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.

Esse foi o entendimento adotado pela C. SBDI-I, em **composição plena**, no E-RR-925-07.2016.5.05.0281, de relatoria do Exmo. Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, julgamento em 12/12/2019.

Ante o exposto, **dou provimento** aos Embargos para restabelecer o acórdão regional, que manteve a responsabilidade subsidiária do ente público.



PROCESSO N° TST-E-RR-903-90.2017.5.11.0007

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer dos Embargos, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, dar-lhes provimento para restabelecer o acórdão regional, que manteve a responsabilidade subsidiária do ente público.

Brasília, 20 de fevereiro de 2020.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI
Ministra Relatora