



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA IUJ 0000362-87.2015.5.06.0000

[PARA ACESSAR O SUMÁRIO, CLIQUE AQUI](#)

Relator: ENEIDA MELO CORREIA DE ARAUJO

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 28/08/2015

Valor da causa: R\$ 1.000,00

Partes:

SUSCITANTE: Desembargadora Vice-Presidente Virgínia Malta Canavarro

SUSCITADO: UNIÃO FEDERAL (AGU) - CNPJ: 26.994.558/0001-23

SUSCITADO: CONSTRUTORA CRICARE LTDA - EPP - CNPJ: 03.093.512/0001-38

SUSCITADO: CONSTRUTORA TROIA LTDA - ME - CNPJ: 05.070.898/0001-98

SUSCITADO: NATANAEL JOSE DA SILVA - CPF: 265.562.004-68

PROCURADOR: EDUARDO VIANA DE MELO - CPF: 069.504.944-59

CUSTOS LEGIS: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO - CNPJ: 26.989.715/0001-02



Processo nº 0000362-87.2015.5.06.0000 (IUI)

Órgão Julgador : Tribunal Pleno

Redatora : Desembargadora Eneida Melo Correia de Araújo

Suscitante : Desembargadora Vice-Presidente Virgínia Malta Canavarro

Suscitados : UNIÃO FEDERAL - UNIÃO, CONSTRUTORA CRICARE LTDA. - EPP,
CONSTRUTORA TRÓIA LTDA. ME e NATANEL JOSÉ DA SILVA

Advogado : Eduardo Viana de Melo

Procedência : Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região

EMENTA

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA "IN ELIGENDO" e/ou CULPA "IN VIGILANDO" CARACTERIZADA (S). SÚMULA 331, V, DO TST. Os Entes da Administração Pública Direta e Indireta respondem subsidiariamente pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas ocorridas no contrato de terceirização de serviços, caso evidenciada a culpa in eligendo e/ou in vigilando no cumprimento das obrigações, sendo encargo da Administração Pública a prova do comportamento de conformidade com a Constituição da República e a legislação infraconstitucional. A solidariedade social, um dos objetivos fundamentais da Constituição da República impõe a responsabilidade subsidiária da Administração Pública (tomadora de serviços) exigindo que realize processo de licitação, na forma da legislação ordinária, e a indispensável vigilância sobre o cumprimento das obrigações trabalhistas dos empregados da contratada no curso e ao término da relação de emprego desses trabalhadores. É sempre importante lembrar que o trabalho atende à dignidade do homem e representa um elemento de coesão social, na medida em que afasta a violência, a pobreza, a miséria, a insatisfação na sociedade.

RELATÓRIO

Peço vênua ao Excelentíssimo Desembargador Relator para adotar o relatório de seu voto apresentado na sessão de julgamento:

"Vistos, etc.

Trata-se de incidente de uniformização de jurisprudência suscitado pela Exma. Sra. Des. Vice-Presidente deste Regional Virgínia Malta Canavarro, ao ensejo do juízo de admissibilidade do recurso de revista interposto pela UNIÃO nos autos da ação trabalhista de nº.

0000494-39.2014.5.06.0014, ajuizada por NATANAEL JOSÉ DA SILVA em desfavor de CONSTRUTORA CRICARE LTDA. - EPP., CONSTRUTORA TRÓIA LTDA. - ME. da ora recorrente, na forma dos §§ 4º e 5º, do artigo 896, da CLT, com redação conferida pela Lei 13.015/2014.

Aponta a suscitante divergência em julgamentos que têm por objeto a responsabilização subsidiária de ente público tomador de serviços terceirizados por créditos trabalhistas reconhecidos em juízo, contida no acórdão proferido, em sede de recurso ordinário, pela Quarta Turma deste Regional, nos autos supracitados, de relatoria da Exma. Sra. Juíza Maria do Carmo Varejão Richlin, então convocada ao gabinete de minha titularidade, e de inexistência dessa responsabilidade, contida no acórdão proferido pela Segunda Turma deste Regional, também em sede de recurso ordinário, nos autos da ação trabalhista de nº. 0001196-49.2014.5.06.0413, de minha relatoria.

*Parecer Ministerial anexado sob o id f67d171, na linha de que "seja uniformizada a jurisprudência deste egrégio Sexto Regional no sentido de (i) **reconhecer** a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelas obrigações trabalhistas não cumpridas por empresa prestadora de serviços quando constatada a culpa in vigilando do ente público tomador dos serviços (incidência da Súmula 331/TST), hipótese do caso concreto que deu ensejo ao presente incidente; e de (ii) **reconhecer** que a distribuição do ônus probatório relativo ao efetivo exercício da fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela tomadora, **deverá** recair sobre a Administração (tomadora dos serviços), por ser quem melhor possui aptidão para demonstrá-lo em Juízo".*

É o relatório.

VOTO:

Adoto, ainda, com a devida vênia as razões expostas no Voto do Eminentíssimo Desembargador Relator, ao tratar da preliminar de não conhecimento do Incidente de Uniformização, suscitada em mesa pelo Excelentíssimo Desembargador Valdir José Silva de Carvalho, que foi acompanhado pelo Excelentíssimo Desembargador Fábio André de Farias:

"PRELIMINARMENTE

Preliminar de inadmissibilidade deste incidente de uniformização de jurisprudência, suscitada em mesa pelos Exmos. Srs. Desembargadores Valdir José Silva de Carvalho e Fábio André de Farias

A preliminar em apreço foi suscitada sob três fundamentos. O primeiro, de que este processo não pode servir de paradigma para discutir a responsabilização subsidiária de ente público tomador de serviços terceirizados por créditos trabalhistas reconhecidos em juízo, sob pena de violação ao princípio da congruência, eis que versaria o caso concreto nele discutido sobre contrato de empreitada. O segundo, de que o STF declarou a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93 na ADC 16, com efeito vinculante. E o terceiro, de que a discussão sobre a culpa de ente público tomador de serviços terceirizados estaria pacificada nos termos da Súmula 331, item V, do TST.

Quanto ao primeiro desses fundamentos, observo que não versa o caso concreto sobre contrato de empreitada, pois além de não ter sido juntado o correspondente instrumento contratual, ônus que recaía sobre a UNIÃO, na forma do artigo 333, II, do CPC de 1973, em vigor à época, não foi por ela contestada a duração dos serviços descrita na inicial, a saber, de 1995 a 2014, duração esta incompatível com a execução de obra certa, nem tampouco a alegação do reclamante de que trabalhou "em diversos quartéis, bases e hospitais do comando da aeronáutica, inclusive viajando para Natal/RN, Fortaleza/CE, e em Recife/PE, na condição de Pintor".

Relativamente ao fato de ter o Supremo Tribunal Federal declarado a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93 na ADC 16, ressalto que aquela Corte Suprema não afastou a possibilidade de a Justiça do Trabalho responsabilizar ente público tomador de serviços terceirizados por eventual culpa na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pelo empregador/prestador de serviços. Veja-se, a propósito, a seguinte passagem dos fundamentos da decisão monocrática proferida pelo Exmº Sr. Ministro Teori Zavascki na Reclamação Constitucional de nº. 21488:

"No julgamento da ADC 16, esta Corte, além de declarar constitucional o art. 71, § 1º, da Lei 8666/1993, que afasta a responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento das verbas trabalhistas não adimplidas pelo contratado, também deixou clara a possibilidade de a Justiça do Trabalho apreciar eventual culpa na gestão e fiscalização do contrato e, com base nessa causa jurídica e por incidência de outras normas, atribuir responsabilidade pelas consequências.

Em sessão plenária de 19/11/2014, no julgamento da Rcl 10.829 AgR (Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJe de 10/2/2015), a Ministra Cármen Lúcia fixou balizas objetivas quanto ao alcance do conteúdo decisório da ADC 16, oportunidade em que registrou em seu voto:

'Eu considere que o Ministro Celso estabeleceu que, no caso examinado, estaria demonstrada a culpa da Administração. Também já decidi assim. E o que nós estávamos discutindo, naquela ADC 16, foi que, por presunção, não se pode declarar a responsabilidade contratual do Estado, porque o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666 é constitucional. Reconhecemos sua constitucionalidade, ressalva feita à possibilidade de, num caso concreto, ao se contratar - caso que nós já tivemos -, o Tribunal do Trabalho verificar que ficou provado que não houve, por exemplo, a fiscalização. O que não vale para mim, acho que também para o Ministro Toffoli - pelo menos temos partilhado da mesma conclusão -, é a só existência da afirmação: fica provado, sem fundamentação. Mas, se o Ministro examinou e verificou que nos casos dele estava provado, e por isso é que ele deu essa solução na reclamação, em agravo, eu penso e continuo pensando isto: Justiça do Trabalho não pode, desconhecendo o nosso julgamento, presumir o contrário

do que é a presunção no Brasil. Os atos da Administração Pública presumem-se válidos até prova cabal e taxativa em contrário."

Por fim, no que concerne aos termos do item V, da Súmula 331, do TST, entendo que se limita o mesmo a estabelecer a responsabilidade subsidiária de ente público tomador de serviços terceirizados por culpa na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pelo empregador/prestador de serviços, não disciplinando especificamente a distribuição do ônus probatório relativo ao efetivo exercício dessa fiscalização, que vem a ser a segunda matéria controvertida neste incidente de uniformização de jurisprudência. Confirma-se a redação do item em discussão: "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 n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada". Ad argumentandum, a existência de decisões atuais conflitantes sobre o tema no âmbito deste Regional já bastaria para se aplicar a diretriz do artigo 896, § 4º, da CLT, como bem fundamentado pela Exma. Sra. Des. Eneida Melo Correia de Araújo no incidente de uniformização de jurisprudência de n.º 0000329-97.2015.5.06.0000, nos seguintes termos:

"(...) a partir da vigência da Lei nº 13.015/2014, a existência de divergência entre decisões turmárias gera não apenas a obrigação de uniformizar a jurisprudência interna do Regional, como também o direito da parte em obter a reforma da decisão contra a qual apresentou recurso de revista tempestivo, independentemente da posterior análise do próprio recurso, desde que a tese jurídica adotada no IUJ seja favorável ao seu interesse.

E esse direito de reforma pelo próprio órgão fracionário local, decorrente da necessidade de adequação do acórdão recorrido à tese prevalecente adotada no IUJ, possivelmente será a última oportunidade que as partes terão, eis que, em sua grande maioria, os recursos de revista interpostos não serão sequer conhecidos pela Corte Superior Trabalhista, por ausência dos requisitos formais exigidos por lei

(...) existindo na ordem jurídica possibilidade que atende ao princípio da rápida solução da lide ou de razoável prazo para a duração do processo, é dever do Judiciário dela utilizar-se. E o Incidente de Uniformização é o mecanismo posto pelo sistema jurídico para atender tal finalidade"

Com esses fundamentos, voto pela rejeição da preliminar."

MÉRITO

VOTO VENCEDOR NA SESSÃO DE JULGAMENTO

A matéria discutida neste Incidente de Uniformização de Jurisprudência versa sobre a responsabilidade subsidiária de Ente Público, tomador de serviços terceirizados, por créditos trabalhistas reconhecidos em Juízo.

Primeiramente, impõe-se registrar que, além da divergência jurisprudencial citada pela Exma. Desembargadora Vice Presidente, em uma consulta no site desta Corte Regional, é possível verificar, claramente, o dissenso pretoriano acerca do tema - dissenso, inclusive, que não se dá somente entre os Órgãos Turmários, mas também entre os membros componentes das Turmas.

Desse modo, resta caracterizada a existência de decisões conflitantes que justificam a uniformização da jurisprudência desta Corte, recomendada pela Exma. Desembargadora Vice-Presidente deste Regional, nos moldes preconizados pelos citados §§ 3º, 4º e 5º do artigo 896 da CLT.

Filio-me à corrente jurisprudencial que entende que os Entes da Administração Pública Direta e Indireta respondem subsidiariamente pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas no contrato de terceirização de serviços, caso evidenciada a culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando* cumprimento das obrigações previstas na Lei n.º. 8.666/1993, especialmente na fiscalização dos deveres contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.

Observe-se que, mediante a realização de políticas públicas, cabe ao Estado assegurar os direitos individuais e satisfazer os interesses coletivos. É que a Constituição da República do Brasil declara como seus objetivos fundamentais: construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, além de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º).

Para a consecução desses fins, a ordem jurídica confere ao ente público uma série de prerrogativas públicas ou privilégios: prazos dilatados em juízo; processo especial de execução; presunção de veracidade de seus atos; imunidade tributária; direito de expropriar, desapropriar e requisitar bens e estabelecer servidão; alterar e rescindir unilateralmente contratos; aplicar sanções administrativas. Esses privilégios acham-se dirigidos contra os particulares.

Por seu turno, o ordenamento jurídico brasileiro também impõe à Administração pública alguns deveres ou restrições, tais como os de observância à lei, estrita atenção à finalidade pública, bem como atuação de acordo com os princípios da legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição da República).

Desta forma, embora o Estado goze de privilégios, não lhe é permitido, contudo, afastar-se dos princípios constitucionais que lhe traçam restrições ou balizas. Em outras palavras, a posição de supremacia que o Poder Público desfruta em relação ao particular, deve ter como objetivo o de realizar o interesse coletivo, sob pena de configurar desvio de poder.

Tendo em vista que à Administração Pública, Direta, Autárquica, Fundacional e à Indireta é permitida a contratação de empresas de prestação de serviços, nos moldes do Decreto-lei nº. 200/1967 (art. 10, 7º), surgiu, na esfera processual trabalhista, a necessidade de ser definida a extensão de sua responsabilidade diante dos contratos firmados com essas pessoas de direito privado e seus trabalhadores.

A questão, portanto, esta situada no campo constitucional e à luz das normas traçadas pela Lei nº. 8.666/1993, conforme estabelece o art. 1º, parágrafo único. Essa lei diz respeito às regras sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive publicidade, compras, alienação e locação no âmbito da administração direta, dos fundos especiais, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas das sociedades de economia mista e demais entidades controladas pela União, Estado, Distrito Federal e Municípios.

De logo, impõe-se mencionar que o art. 71, "caput" da Lei nº. 8.666/1993 estabelece ser o contratado responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários e comerciais, resultantes da execução do contrato. Previsão legal lógica e que agasalha o princípio da boa-fé, da justiça contratual, da probidade no cumprimento de suas obrigações, assumidas em face de um negócio jurídico celebrado com o ente público.

Por sua vez, o § 1º do supracitado artigo da Lei nº. 8.666/1993 dispõe que a inadimplência da empresa contratada com relação os encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização.

E parecendo traçar um marco de exceção a esse princípio declara a referida norma jurídica no § 2º que em se tratando de encargos previdenciários, resultantes da execução do contrato, a Administração Pública responde solidariamente com o contratado, reportando ao art. 31 da Lei nº. 8.212 de 24 de julho de 1991.

Ocorre que o art. 67, "caput", da Lei n. 8.666/93, estabelece que a Administração Pública, ao celebrar seus contratos, tem o dever de acompanhar e fiscalizar a sua execução.

Sendo assim, a Administração Pública, ao celebrar esse modelo de contrato também deve agir dentro de padrões de boa-fé, impessoalidade, moralidade e eficiência perante a pessoa contratada e, ainda, respeitar os princípios constitucionais que se traduzem no alicerce da sua existência e da funcionalidade.

Como parceira que é do contratante, do qual busca a execução de serviços que são desenvolvidos por seres humanos, trabalhadores, dotados de cidadania e de dignidade o Ente Público tem a incumbência de fiscalizar os contratos que a contratada executa no interior dos espaços físicos em que os entes públicos exercem suas atividades. Isto porque se acha unguida pelos fundamentos e objetivos da Constituição Republicana que consagra a dignidade do homem, os valores sociais do trabalho e a solidariedade.

De acordo com o princípio que se impõe ao ente público de se nortear pela legalidade, impessoalidade, motivação, eficiência, é necessário que a Administração Pública demonstre haver celebrado contrato de licitação válido e que, ao longo da execução desse negócio jurídico fiscalizou o cumprimento pela contratada do objetivo do contrato, sem descuidar do respeito aos direitos trabalhistas, direitos sociais fundamentais.

Em suma, o Administrador deve observância à lei e à Constituição, com o que, para que se confira efetividade ao que dispõe o art. 71, § 1º da Lei que instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública, é preciso que tenha agido de acordo com os princípios fundamentais da Carta da República de 1988.

Nos casos de danos causados por omissão, seguindo as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, para que a responsabilidade se caracterize é necessário que tenha havido omissão culposa ou dolosa (*In Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 11ª ed., 1999, p. 667-668).

Em princípio, tratando-se da Administração Pública, não se poderia falar em má escolha do fornecedor de mão de obra, isto é, na culpa "in eligendo". Tal sucede porque o ente público se sujeita à legislação alusiva à licitação, não dispondo, legalmente, de liberdade para escolher a empresa prestadora de serviços sem atenção a essa modalidade, salvo casos especiais, previstos na ordem jurídica. Todavia, deve-se interpretar que a exigência da lei de que se proceda à licitação pública, está a indicar que a culpa na escolha do parceiro diria respeito ao comportamento ilegal da Administração Pública em não realizar o certame, ou ao fazê-lo, proceder de forma errônea.

Tal sucede porque em relação à responsabilidade da Administração Pública, no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas daquelas empresas por ela contratadas

para a execução de serviços de seu interesse, ela é vinculada aos termos da Lei nº. 8.666/1993, em harmonia com os princípios constitucionais.

Em se tratando da Administração Pública não se pode aludir - ainda que esses contratos de prestação de serviços sejam de interesse do ente público - de que não possa se obrigar a uma forma de responsabilidade que é, sobretudo, social e fundada na legalidade e moralidade.

A propósito, é ainda Celso Antônio Bandeira de Mello (Cit., p.36), esclarece que:

"A atividade administrativa deve não apenas ser exercida sem contraste com a lei, mas, inclusive, só pode ser exercida nos termos de autorização contida no sistema legal. A legalidade na Administração não se resume à ausência de oposição à lei, mas pressupõe autorização dela, como condição de sua ação".

Como realça Lucia Valle Figueiredo, o princípio da responsabilidade do Estado por atos ilícitos: "Aparece como consequência lógica do princípio da legalidade".(*Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 1998, ver. e at., p. 39).

É que, como leciona Maria Sylvia Zanella di Pietro, o princípio da legalidade representa uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. (*In Direito Administrativo* São Paulo: Atlas, 2003, 16ª ed., p. 67). E acrescenta:

"Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade"

Sendo assim, a Administração Pública é isenta de responsabilidade trabalhista caso fique demonstrado que agiu conforme a lei ordinária que autoriza a contratação de terceiros. Em caso contrário, configurada a omissão culposa - imprudência, imperícia ou negligência da Administração Pública na celebração e cumprimento do contrato - ela tem o dever de indenizar. Esse dever de indenizar se traduz na responsabilidade pelos direitos trabalhistas do empregado da contratada que lhe prestou serviço, caso ocorra o inadimplemento das obrigações pela empregadora.

A propósito, a Lei nº. 8.666/93 assevera qual o objetivo da Licitação, a saber:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

Tais disposições normativas estão em consonância com os princípios constitucionais traçados pela Administração Pública e os fundamentos da República, esculpidos na Carta Maior.

A matéria alusiva à responsabilidade da Administração Pública, diante de modelo de contrato como o delineado neste Incidente de Uniformização de Jurisprudência, foi alvo de análise e julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Constitucionalidade n. 16 - DF, que interpretou a extensão da Lei das Licitações, especialmente quanto ao art. 71, já supramencionado.

Afastando divergências antigas na doutrina e na jurisprudência brasileira, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária de 24 de novembro de 2010, ao apreciar a ADC 16/DF, Rel. Ministro Cesar Peluso, julgou-a procedente, para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº. 8.666/1993.

A Excelsa Corte decidiu que o Estado não é responsável pelas obrigações trabalhistas das empresas terceirizadas que contrata, salvo se constatada a falta de zelo por parte da Administração Pública. Em outras palavras, quando não observadas as normas sobre licitação e quando ausente a fiscalização sobre o cumprimento dos contratos pelas prestadoras de serviços, a Administração Pública responde subsidiariamente. Transcrevo:

(...) Segundo o presidente do STF, isso 'não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade, com base nos fatos de cada causa'. 'O STF não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público', observou o presidente do Supremo. Ainda conforme o ministro, o que o TST tem reconhecido é que a omissão culposa da administração em relação à fiscalização - se a empresa contratada é ou não idônea, se paga ou não encargos sociais - geral

Ao decidir, a maioria dos ministros se pronunciou pela constitucionalidade do artigo 71 e seu parágrafo único, e houve consenso no sentido de que o TST não poderá generalizar os casos e terá de investigar com mais rigor se a inadimplência tem como causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante.

Em suma, o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação sistemática e teleológica ao art. 71 da Lei nº. 8.666/1993, tendo como balizas os princípios constitucionais e aqueles expressos na própria lei que institui normas para licitação e contratos com a Administração Pública.

E o Colendo Tribunal Superior do Trabalho, atento ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, editou o entendimento cristalizado no item V da Súmula n. 331, de seguinte teor:

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 n.º. 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero

inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Importa destacar que a modificação operada pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho ao texto da Súmula n. 331, aludindo à conduta culposa do ente público no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora se acha de conformidade com o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, impõe-se ao Poder Judiciário, quando provocado em face de um litígio, analisar, caso a caso, se houve ou não, por parte do Órgão Público, culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando*, para declarar a responsabilidade ou não da Administração Pública. Tal constatação caminha para a necessidade da prova, declinando-se a quem compete o encargo.

Esclareça-se que na verificação da existência de culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando* faz necessário homenagear uma solução que respeite o princípio da aptidão para a prova, em face do qual o encargo de elucidar a controvérsia deve ser atribuído à parte que tenha melhores condições para tanto.

Tal entendimento decorre do art. 818 da CLT, que, colhendo a realidade e trazendo-a para o processo, procurou conferir justiça e equilíbrio ao princípio da distribuição do ônus probatório. Nessa norma acha-se agasalhado o princípio da aptidão para a prova, em face do qual detém esse encargo a parte que dispõe de melhores condições para produzi-la.

Neste ponto, ensina Manoel Antonio Teixeira Filho:

"Assim, o princípio da aptidão para a prova a que já se referia Porras Lopes (pág. 53) deve ser eleito como o principal elemento supletivo do processo do trabalho, em cujo âmbito permanecerá em estado de latência, vindo a aflorar sempre que convocado para dirimir eventuais dificuldades em matéria de ônus da prova ...". (In A Prova no Processo do Trabalho, S. Paulo, LTR, 1988, p. 88-89):

Acrescente-se que o Novo Código de Processo Civil seguindo as linhas do Processo do Trabalho e ampliando aquelas que se continham no Código Processual de 1973, consagrou o princípio para a aptidão para a prova e seu corolário perfeito, o da inversão do ônus da prova.

No artigo 7º do Novo Código de Processo Civil foi demarcado o princípio da igualdade processual, assegurando às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, destacando que compete ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Realço que a paridade de tratamento não inibe a inversão do ônus da prova. Aliás, esse instituto é admitido no processo do trabalho e no processo civil, não somente pela

doutrina e jurisprudência, mas, também, pelo próprio legislador. E o NCPC não se furtou em reconhecê-lo. Em inúmeras oportunidades, é a inversão que assegura o cumprimento real do princípio da igualdade processual.

O Código de Processo Civil de 2015 proclama ainda - procedimento adotado de há muito no processo do trabalho mediante a sua jurisprudência reiterada - a obrigatoriedade de comunicar às partes sobre o seu encargo quando determinar a inversão. No artigo 373, ao estabelecer o ônus da prova, prevê a possibilidade de inversão, precisamente no § 1º, aludindo à atribuição do ônus da prova do fato contrário, de modo diverso. No dispositivo, fiel ao princípio da ampla defesa, do contraditório e da fundamentação da decisão, o legislador assevera que deve motivá-la.

A propósito, realça Douglas Alencar Rodrigues que o princípio da ampla defesa, compreendido sob as óticas substantiva e procedimental, atua como parâmetro de conformação da legislação nacional, "... impedindo a edição de textos normativos e decisões judiciais incompatíveis com o estágio de evolução democrática que vivenciamos" (*In Princípios Constitucionais e Infraconstitucionais do Processo. Curso de Processo do Trabalho*. Org. Luciano Athayde Chaves. São Paulo: LTr, 2ª ed., 2012, p. 92).

Revela-se, assim, a exigência constitucional de assegurar o contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, XXXV), a proibição de tribunais de exceção (artigo 5º, XXXVII), a necessidade de que todos os julgamentos do Poder Judiciário sejam públicos e fundamentadas as decisões (artigo 93, IX).

O devido processo legal, que consagra o contraditório, a ampla defesa e o direito de produzir provas, orienta-se pelo princípio da valorização da verdade, da lealdade processual, cânones que também regulam a legislação processual na Europa. Foi ele elevado, em nossa ordem jurídica, a princípio constitucional (art. 5º, LV), em face do que essas normas jurídicas, traduzem um verdadeiro código de ética processual.

Com razão, José Rogério Cruz e Tucci destaca que a atual concepção de "*processo justo*" não significa discricionariedade judicial, haja vista que "*... o juiz proativo da época moderna deve estar determinado a zelar, tanto quanto possível, pela observância, assegurada aos litigantes, do devido processo legal*". (Contra o Processo Autoritário. *In Revista de Processo*, ano 40, vol. 242, abril/2015. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 55).

A propósito, advertem Eduardo Cambi e René Francisco Hellman que o processo, para ser justo, na perspectiva da Constituição da República, "*... deve compreender a dinâmica garantia dos meios e dos resultados, isto é, não apenas a suficiência quantitativa dos meios processuais,*

mas também um resultado modal (ou qualitativo) constante". (Precedentes e Dever de Motivação das Decisões Judiciais no Novo Código de Processo Civil. In Revista de Processo, ano 40, vol. 241, março/2015. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 427).

Seguindo essas lições, afastam-se os argumentos daqueles que defendem o entendimento de que caberia ao trabalhador o encargo processual da prova da ausência de licitação e de fiscalização do contrato pela Administração Pública, considerando a inteireza das novas regras processuais.

Entendo, portanto, que tal encargo processual recai sobre o Ente Público, porque eventuais documentos que podem demonstrar a escolha de empresa mediante licitação, bem como daqueles que traduzem a efetiva fiscalização do contrato encontram-se em seu poder.

Incumbe, portanto, ao Órgão Público fornecer elementos nos autos a fim de evidenciar a escolha de Empresa mediante processo legalmente previsto na ordem jurídica e o exercício do seu dever de vigilância sobre a Prestadora dos serviços, quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias.

Ressalte-se que o art. 55, XIII da Lei n. 8.666/1993, obriga o contratado a manter, durante toda a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação. E é do Tomador dos serviços a obrigação de fiscalizar o contrato firmado com a Empresa contratada.

Extraí-se desse dispositivo a preocupação do legislador em salvaguardar os encargos sociais instituídos em lei, uma vez que os artigos 27 e 29 da citada Lei exigem a prova da regularidade relativa à Seguridade Social e ao FGTS.

Logo, não há como eximir a Administração Pública da responsabilidade subsidiária pelos títulos da condenação se restar evidenciada culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando*, realçadas no enunciado da Súmula destacada acima.

Nesse sentido, reproduzo os seguintes arestos do C. TST:

RECURSO DE REVISTA. 1 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO RECONHECIDA PELO TRIBUNAL REGIONAL. DECISÃO EM CONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NA ADC 16 (SÚMULA 331, V, DO TST). O STF, no julgamento da ADC 16, considerou constitucional o art. 71, § 1.º, da Lei 8.666/93. Afirou que a simples inadimplência da empresa contratada não transfere, automaticamente, a responsabilidade pelas verbas trabalhistas para a entidade pública. No mesmo passo, a Corte Suprema concluiu que continua plenamente possível a imputação de responsabilidade subsidiária ao Ente Público quando constatada, no caso concreto, a violação do dever de licitar e de fiscalizar de forma eficaz a execução do contrato. O art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 deve ser interpretado em harmonia com outros dispositivos dessa lei que imputam às entidades estatais o dever de fiscalização da execução dos seus contratos de

terceirização (art. 57, III). Constatando-se o descumprimento de direitos trabalhistas pela empresa contratada, a Administração Pública tem a obrigação de aplicar sanções como advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação, declaração de inidoneidade para licitar ou contratar (art. 87, I, II, III e IV), ou, ainda, rescindir unilateralmente o contrato (arts. 78 e 79). Esse entendimento confere maior eficácia aos preceitos constitucionais que consagram a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1.º, III e IV), que estabelecem como objetivo da República construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3.º, I) de modo a garantir os direitos fundamentais dos trabalhadores (art. 7.º) como forma de valorizar o trabalho humano e assegurar a todos existência digna (art. 170). Assim, o reconhecimento pelo Tribunal Regional da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços em decorrência da constatação da omissão culposa do Ente Público na fiscalização do contrato, enseja a aplicação da Súmula 331, V, do TST. Óbice do art. 896, § 4.º, da CLT e da Súmula 333 do TST ao processamento do recurso. Recurso de revista não conhecido. (...) (RR - 245300-13.2008.5.02.0075 , Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 13/11/2013, 7ª Turma, Data de Publicação: 22/11/2013).

RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA "IN VIGILANDO" CARACTERIZADA. SÚMULA 331, V, DO TST. Os entes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas ocorridas no contrato de terceirização de serviços, caso evidenciada conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora, não decorrendo a responsabilidade do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. Decisão que traz tal entendimento encontra-se em consonância com a Súmula 331, V, do TST e com os atuais precedentes do c. TST e do E. STF. Recurso de revista não conhecido. **JUROS DE MORA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 382 DA SBDI-1/TST.** A Fazenda Pública, quando condenada subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas devidas pela empregadora principal, não se beneficia da limitação dos juros, prevista no art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 10.09.1997. Incidência da Orientação Jurisprudencial 382 da SBDI-1/TST. Recurso de revista não conhecido. (RR - 69300-40.2011.5.17.0010 , Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 20/11/2013, 6ª Turma, Data de Publicação: 22/11/2013).

"I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - SÚMULA Nº 331, ITEM V, DO TST - ÔNUS DA PROVA Ante possível contrariedade à Súmula nº 331, item V, do TST, dá-se provimento ao Agravo de Instrumento para determinar o processamento do recurso denegado. II - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - SÚMULA Nº 331, ITEM V, DO TST - ÔNUS DA PROVA 1. Nos termos da Súmula nº 331, item V, do TST, para que o ente público seja responsabilizado subsidiariamente, é necessário evidenciar sua conduta culposa na fiscalização das obrigações contratuais e legais da prestadora dos serviços. 2. Esta Eg. Corte tem decidido que 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. INTERVALO INTRAJORNADA O recurso não atende aos requisitos do artigo 896 da CLT. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido" (Processo: RR - 658-03.2014.5.02.0018 Data de Julgamento: 02/03/2016, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/03/2016) (grifos nossos).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA UNIÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. COMPROVAÇÃO DA CULPA IN VIGILANDO. ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA APTIDÃO PARA A PROVA. Nos moldes do item V da Súmula n.º 331 desta Corte: "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 n.º 8.666, de 21/6/1993; 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". Sendo a efetiva fiscalização da execução do contrato encargo do ente integrante da Administração Pública, compete a ele provar que cumpriu com o seu dever legal, sobretudo porque eventuais documentos que demonstram a fiscalização estão em seu poder. Outrossim, pelo princípio da aptidão para a prova, deve ser atribuída ao ente integrante da Administração Pública a comprovação da efetiva fiscalização do contrato, sendo caso, portanto, de inversão do ônus da prova. Precedentes. Agravo de Instrumento conhecido e não provido" (Processo: AIRR - 140700-64.2009.5.01.0064 Data de Julgamento: 02/03/2016, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/03/2016).

TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DO EMPREGADOR CONTRATADO. OBSERVÂNCIA DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADC Nº 16-DF. SÚMULA 331, ITENS IV E V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Conforme ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 102, § 2º, da Constituição Federal), ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, é constitucional o art. 71, § 1º, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), na redação que lhe deu o art. 4º da Lei nº 9.032/95, com a consequência de que o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública, após regular licitação, para lhe prestar serviços de natureza contínua, não acarreta a esta última, de forma automática e em qualquer hipótese, sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles direitos. O referido entendimento foi recentemente consolidado pelo Pleno deste Tribunal Superior do Trabalho, ao revisar sua Súmula nº 331, em sua sessão extraordinária realizada em 24/05/2011 (decisão publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 27/05/2011, fls. 14 e 15), atribuindo nova redação ao seu item IV e inserindo-lhe o novo item V, nos seguintes e expressivos termos: "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". Na hipótese dos autos, o Regional atribuiu expressamente à recorrente a responsabilidade objetiva (artigo 37, § 6º, da Constituição Federal), que dispensa a culpa em relação ao evento danoso, o que revela afronta ao disposto no artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, pois a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos créditos do reclamante terceirizado pressupõe a culpa em relação à contratação da empresa prestadora de serviços (culpa in eligendo) e à execução do contrato (culpa in vigilando). Assim, se não há elementos que evidenciam a omissão do ente público na fiscalização do contrato de prestação de serviços, o que acarretaria sua culpa in vigilando, não se pode aplicar o antigo item IV (atual item V) da Súmula nº 331 do TST. Recurso de revista conhecido e provido. Prejudicados os demais temas. (RR - 186900-73.2005.5.01.0031, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 25/06/2013, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/08/2013).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. Provável afronta ao artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 - tendo em vista a discussão sobre a responsabilidade subsidiária de ente público - autoriza a reforma do r. despacho agravado. Agravo de instrumento provido. **RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO.** O item V da Súmula-TST-331 assenta o entendimento de que a responsabilidade supletiva, em casos de terceirização de serviços, só pode ser atribuída à Administração Pública quando evidenciada a culpa in vigilando. No caso, não é possível verificar a conduta culposa da União, uma vez que o e. Tribunal Regional confirmou a condenação subsidiária com fundamento tão somente no inadimplemento das obrigações trabalhistas. Nesse contexto,

impõe-se a exclusão da União da lide. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 1824-72.2009.5.10.0002, Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, 3ª Turma, Data de Publicação: 02/03/2012).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADC Nº 16 - JULGAMENTO PELO STF - TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-MEIO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DOS SERVIÇOS - POSSIBILIDADE DESDE QUE DEMONSTRADA A CULPA IN VIGILANDO - OCORRÊNCIA NA HIPÓTESE DOS AUTOS - ARTS. 58, III, E 67, CAPUT E § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 - INCIDÊNCIA. Em observância aos postulados da impessoalidade e da moralidade (art. 37, caput, da Carta Magna), o legislador constitucional elegeu três formas de ingresso nos quadros da administração pública, quais sejam: via cargo público, via emprego público e via contrato temporário para atendimento de excepcional interesse público (incisos II e IX do aludido dispositivo). Ao fazê-lo, não deixou espaço para o legislador infraconstitucional expandir o rol acima citado, por tratar a matéria de questão intimamente ligada à gestão dos negócios públicos, que, por decisão do poder constituinte originário, ficou restrita ao âmbito constitucional. Nessa senda, não se pode confundir a contratação de serviços e obras pela administração pública, via procedimento licitatório (instituto previsto no inciso XXI do referido dispositivo constitucional e disciplinado na Lei nº 8.666/93), com a obtenção de mão-de-obra para o desempenho de atividade-meio no âmbito público, pois, neste caso, não se busca o produto (no caso de obras) ou a utilidade (no caso de serviços) proporcionados pelo vencedor do certame a que alude o mencionado diploma de lei, mas, tão somente, a fruição do trabalho alheio, para a satisfação de necessidades que poderiam ser supridas pela admissão de pessoal para laborar nos quadros estatais. Em face disso, o STF, ao julgar a ADC nº 16 e considerar o art. 71 da Lei nº 8.666/93 constitucional, de forma a vedar a responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas devidos pela prestadora dos serviços, nos casos de mero inadimplemento das obrigações por parte do vencedor de certame licitatório, referiu-se, por óbvio, às obras e serviços contratados, via licitação, pela administração pública. Isso porque, ao fazer referência às terceirizações incidentes sobre atividade-meio da Administração Pública, o STF expendeu o entendimento de que, nos casos em que restar demonstrada a culpa in vigilando da entidade estatal (incluindo-se, nesse conceito, os órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta), viável se torna a sua responsabilização pelos encargos devidos ao trabalhador, tendo em vista que, nessa situação, responderá pela sua própria incúria. Por culpa in vigilando, entenda-se a postura passiva da Administração Pública, que deixa de exigir do prestador dos serviços o demonstrativo atinente ao cumprimento das obrigações laborais, de aplicar, em caso de renitência, as sanções previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93 e de rescindir o contrato, na forma dos arts. 77 e 78 do mencionado diploma legal. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem consignou que a Administração Pública não cumpriu com o seu dever de fiscalizar o atendimento das obrigações laborais por parte do prestador dos serviços. Não demonstrada a satisfação do dever imposto nos arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93 (ônus que incumbe ao ente público, por se tratar de fato impeditivo do acolhimento da pretensão autoral), impõe-se a manutenção do acórdão regional, pois patente a existência de culpa in vigilando por parte da Administração Pública, não se havendo de se cogitar, portanto, em sua responsabilização pelo mero inadimplemento das obrigações devidas por aquele que firma contrato de execução de serviços e obras públicas com o Estado o que restou vedado pela decisão proferida na citada ADC nº 16). Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 122640-74.2005.5.01.0002, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 14/09/2011, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/09/2011).

A solidariedade social, um dos objetivos fundamentais da Constituição da República impõe a responsabilidade da Administração Pública (tomadora de serviços) atraindo para ela o cuidado na realização e no procedimento licitatório e a indispensável vigilância sobre o cumprimento das obrigações trabalhistas dos empregados da contratada no curso e ao término da relação de emprego desses trabalhadores.

É sempre importante lembrar que o trabalho atende à dignidade do homem e representa um elemento de coesão social, na medida em que afasta a violência, a pobreza, a miséria, a insatisfação na sociedade.

CONCLUSÃO:

Ante o exposto, voto no sentido da prevalência da tese jurídica que entende que os Entes da Administração Pública Direta e Indireta respondem subsidiariamente pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas ocorridas no contrato de terceirização de serviços, caso evidenciada a culpa *in eligendo* e *in vigilando* no cumprimento das obrigações, sendo encargo da Administração a prova do comportamento de conformidade com a Constituição da República e a legislação infraconstitucional.

Acórdão

ACORDAM os Senhores Desembargadores do Pleno do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, **por maioria, rejeitar a preliminar de inadmissibilidade deste incidente de uniformização de jurisprudência suscitada, em mesa, pelo Excelentíssimo Desembargador Valdir José Silva de Carvalho**, sendo que o Excelentíssimo Desembargador Fábio André de Farias acompanhou o voto do Excelentíssimo Desembargador Relator, ressaltando seu entendimento pessoal, vencido o Exmo. Sr. Desembargador Valdir José Silva de Carvalho. **Mérito: por maioria, pela prevalência da tese jurídica que reconhece a responsabilidade subsidiária da Administração Pública direta e indireta pelas obrigações trabalhistas não cumpridas por empresa prestadora de serviços, quando evidenciado culpa in eligendo e/ou in vigilando**, vencidos os Excelentíssimos Desembargadores Relator, Valdir José Silva de Carvalho e Ruy Salathiel de Albuquerque e Mello Ventura, que fixavam a tese de não reconhecimento de responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelas obrigações trabalhistas não cumpridas por empresa prestadora de serviços. **Por maioria, pela prevalência da tese jurídica que reconhece ser da tomadora de serviços o ônus probatório relativo ao efetivo exercício da fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas**, vencidos os Excelentíssimos Desembargadores Relator, Valdir José Silva de Carvalho, Maria Clara Saboya Albuquerque Bernardino, Ruy Salathiel de Albuquerque e Mello Ventura e Fábio André de

Farias, que fixavam a tese de que é do juiz condutor do processo, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído (art. 373, I, do CPC).

Recife (PE), 26 de abril de 2016.

ENEIDA MELO CORREIA DE ARAÚJO
Desembargadora Redatora

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que, em sessão ordinária, realizada em 26 de abril de 2016, na sala de sessões, sob a presidência da Excelentíssima Desembargadora Presidente GISANE BARBOSA DE ARAÚJO, com a presença de Suas Excelências os Desembargadores, em observância a ordem de antiguidade, na forma do art. 104-A, VIII, do RITRT6, Ivanildo da Cunha Andrade (Relator), Eneida Melo Correia de Araújo, André Genn de Assunção Barros, Virgínia Malta Canavarro, Valéria Gondim Sampaio, Ivan de Souza Valença Alves, Valdir José Silva de Carvalho, Dione Nunes Furtado da Silva, Maria Clara Saboya Albuquerque Bernardino, Nise Pedroso Lins de Sousa, Ruy Salathiel de Albuquerque e Mello Ventura, Sergio Torres Teixeira, Fábio André de Farias, Paulo Alcântara e José Luciano Alexo da Silva, e do Excelentíssimo Procurador-Chefe da Procuradoria Regional do Trabalho da Sexta Região, Dr. José Laízio Pinto Júnior, **resolveu o Tribunal Pleno, por maioria, rejeitar a preliminar de inadmissibilidade deste incidente de uniformização de jurisprudência suscitada, em mesa, pelo Excelentíssimo Desembargador Valdir José Silva de Carvalho**, sendo que o Excelentíssimo Desembargador Fábio André de Farias acompanhou o voto do Excelentíssimo Desembargador Relator, ressaltando seu entendimento pessoal, vencido o Exmo. Sr. Desembargador Valdir José Silva de Carvalho. **Mérito: por maioria, pela prevalência da tese jurídica que reconhece a responsabilidade subsidiária da Administração Pública direta e indireta pelas obrigações trabalhistas não cumpridas por empresa prestadora de serviços, quando evidenciado culpa in eligendo e/ou in vigilando**, vencidos os Excelentíssimos Desembargadores Relator, Valdir José Silva de Carvalho e Ruy Salathiel de Albuquerque e Mello Ventura, que fixavam a tese de não reconhecimento de responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelas obrigações trabalhistas não cumpridas por empresa prestadora de serviços. **Por maioria, pela prevalência da tese jurídica que reconhece ser da tomadora de serviços o ônus probatório relativo ao efetivo exercício da fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas**, vencidos os Excelentíssimos Desembargadores Relator, Valdir José Silva de Carvalho, Maria Clara Saboya Albuquerque Bernardino, Ruy Salathiel de Albuquerque e Mello Ventura e Fábio

André de Farias, que fixavam a tese de que é do juiz condutor do processo, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído (art. 373, I, do CPC).

Os advogados Robson Domingos da Silva, OAB/PE 23.692-D, e Elmo Cabral dos Santos, OAB/PE 19.878, e o Procurador Paulo Collier de Mendonça apresentaram sustentação oral pelo Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal e Estado de Pernambuco, respectivamente, na qualidade de *amicus curiae*, na sessão realizada em 29/03/2016.

Ausentes, justificadamente, as Excelentíssimas Desembargadoras Maria do Socorro Silva Emerenciano, por motivo de férias, e Maria das Graças de Arruda França, em razão de licença médica.

Os Excelentíssimos Desembargadores André Genn de Assunção Barros, Valéria Gondim Sampaio, Valdir José Silva de Carvalho, Dione Nunes Furtado da Silva e Nise Pedroso Lins de Sousa compareceram à sessão, mesmo estando em gozo de férias, mediante convocação por meio do Ofício TRT-STP nº 77/2016 - Circular.

NYÉDJA MENEZES SOARES DE AZEVÊDO
Secretária do Tribunal Pleno

VOTOS

Voto do(a) Des(a). ANDRÉ GENN DE ASSUNÇÃO BARROS

Trata-se de Incidente de Uniformização de Jurisprudência cujo objetivo é firmar tese quanto ao reconhecimento da responsabilidade subsidiária do ente público pelas obrigações trabalhistas não cumpridas por empresa prestadora de serviços por ele contratada, quando constatada a culpa *in vigilando*, bem assim sobre quem recai o ônus desta prova.

Apesar de o art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93 estatuir que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelo seu pagamento, a eficácia de tal disposição legal não é absoluta, devendo ser interpretada em consonância com os princípios constitucionais protetivos do trabalho humano.

Nesse sentido, o Excelso Supremo Tribunal Federal, em 24/11/2010, julgou a Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC nº 16, declarando a constitucionalidade do dispositivo legal em questão, embasando, com isso, a tese de que a responsabilização da Administração Pública não decorre do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. Destacou, contudo, a possibilidade de ser atribuída ao ente público a responsabilidade subsidiária, nas hipóteses em que verificada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações previstas na Lei nº 8.666/93.

Sob essa diretriz, foi acrescido o item V à Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que passou a dispor, in verbis:

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

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

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 n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes do Tribunal Superior do Trabalho, in verbis:

RECURSO DE REVISTA. (...) 2. TERCEIRIZAÇÃO - DEVER DE FISCALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - OMISSÃO - CULPA IN VIGILANDO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - DECISÃO DO STF NA ADC 16. (...) No julgamento da ADC 16, o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ressaltou a possibilidade de a Justiça do Trabalho constatar, no caso concreto, a culpa in vigilando da Administração Pública e, diante disso, atribuir responsabilidade ao Ente Público pelas obrigações, inclusive trabalhistas, inobservadas pelo contratado. A própria Lei de Licitações impõe à Administração Pública o dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos, conforme se depreende dos artigos 58, III, e 67, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Partindo dessas premissas, compete ao Ente Público, quando pleiteada em juízo sua responsabilização pelos créditos trabalhistas inadimplidos pelo contratado, apresentar as provas necessárias à demonstração de que cumpriu a obrigação prevista em lei, sob pena de restar caracterizada a culpa in vigilando da Administração Pública, decorrente da omissão quanto ao dever de fiscalização da execução do contrato administrativo. Na hipótese dos autos, o ente público não aponta qualquer elemento ou indício no sentido de que cumpriu a obrigação legal que lhe é imposta (artigos 58, III, e 67, caput e § 1º, da Lei nº 8.666/93). Assim, verifica-se a conduta culposa, por omissão, da Administração Pública (culpa in vigilando), razão pela qual se atribui a responsabilidade subsidiária ao Ente Público, com fundamento nos artigos 186 e 927, caput, do CC, pelo pagamento dos encargos trabalhistas devidos. Precedentes do C. TST. Recurso não conhecido. (RR - 131100-44.2009.5.01.0282, Relator Desembargador Convocado Marcelo Lamego Pertence, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/12/2014).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO RECONHECIDA PELO TRIBUNAL REGIONAL. DECISÃO EM CONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NA ADC 16 (SÚMULA 331, V, DO TST). O STF, no julgamento da ADC 16, considerou constitucional o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93. Afirmou que a simples inadimplência da empresa contratada não transfere, automaticamente, a responsabilidade pelas verbas trabalhistas para a entidade pública. No mesmo passo, a Corte Suprema concluiu que continua plenamente possível a imputação de responsabilidade subsidiária ao Ente Público quando constatada, no caso concreto, a violação do dever de licitar e de fiscalizar de forma eficaz a execução do contrato. O art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 deve ser interpretado em harmonia com outros dispositivos dessa lei que imputam às entidades

estatais o dever de fiscalização da execução dos seus contratos de terceirização (art. 57, III). Constatando-se o descumprimento de direitos trabalhistas pela empresa contratada, a Administração Pública tem a obrigação de aplicar sanções como advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação, declaração de inidoneidade para licitar ou contratar (art. 87, I, II, III e IV), ou, ainda, rescindir unilateralmente o contrato (arts. 78 e 79). A fiscalização do exato cumprimento das obrigações laborais coaduna-se com preceitos constitucionais que consagram a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1.º, III e IV), que estabelecem como objetivo da República construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3.º, I) de modo a garantir os direitos fundamentais dos trabalhadores (art. 7.º) como forma de valorizar o trabalho humano e assegurar a todos existência digna (art. 170). Assim, o reconhecimento pelo Tribunal Regional da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços em decorrência da constatação da omissão culposa do Ente Público na fiscalização do contrato enseja a aplicação da Súmula 331, V, do TST, o que atrai o óbice do art. 896, § 4.º, da CLT e da Súmula 333 do TST ao processamento do recurso. Agravo de instrumento não provido. (AIRR - 793-50.2012.5.04.0302, Relatora Ministra Delaíde Miranda Arantes, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/11/2014).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CARACTERIZAÇÃO DE CULPA IN VIGILANDO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 331, V e VI, DO TST. O item V da Súmula-TST-331 assenta o entendimento de que a responsabilidade supletiva, em casos de terceirização de serviços, só pode ser atribuída à Administração Pública quando evidenciada a culpa in vigilando. No caso, é possível verificar a conduta culposa do Estado, uma vez que o e. Tribunal Regional confirmou a condenação subsidiária pelo fato de que o ente público não diligenciou o cumprimento das obrigações trabalhistas da entidade contratada, ou seja, o tomador dos serviços falhou em seu dever de fiscalização, na medida em que esta não foi suficiente para elidir a sonegação de direitos básicos da trabalhadora. Incide, dessa forma, a Súmula nº 331, V e VI, do TST. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (AIRR - 2305-14.2012.5.12.0054, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/11/2014).

CONTRATO. COMPROVAÇÃO. PRINCÍPIO DA APTIDÃO PARA A PROVA. AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA -IN VIGILANDO-. FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO. COMPROVAÇÃO. PRINCÍPIO DA APTIDÃO PARA A PROVA. A despeito das razões expostas pela parte agravante, merece ser mantido o despacho que negou seguimento ao Recurso de Revista. A decisão ora Agravada foi clara ao observar que o Regional entendeu estar evidenciada a culpa -in vigilando- do ente público, tendo registrado que a este cabia comprovar a efetiva fiscalização do contrato. Nesse sentido, foi mantido o despacho agravado, diante da constatação de

que, -pelo princípio da aptidão para a prova, deve mesmo ser atribuída ao ente integrante da Administração Pública a comprovação da efetiva fiscalização do contrato, na esteira da atual jurisprudência desta Corte. Corretos, portanto, os termos do despacho agravado. Agravo a que se nega provimento. (TST - Ag-AIRR: 328-81.2011.5.05.0194, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/08/2013).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. SÚMULA 331, V, DO TST. 1. Nos termos do inciso V da Súmula 331, do TST, o ente público tomador de serviços terceirizados deve ser responsabilizado subsidiariamente pelo débito advindo do julgado nos casos em que não cumprir o seu dever de fiscalizar o atendimento das obrigações trabalhistas assumidas por parte da empresa vencedora da licitação, de modo a caracterizar conduta culposa. 2. No caso, o ente público deixou de comprovar o cumprimento do dever de fiscalização, motivo pelo qual se afigura legítima a responsabilidade subsidiária que lhe foi atribuída. 3. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento. (AIRR - 428-81.2012.5.15.0013, Relatora Desembargadora Convocada Sueli Gil El Rafihi, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/09/2014).

Nessa esteira, a controvérsia em exame deve ser solucionada à luz da culpa *in vigilando*, em razão da qual o ente público tomador dos serviços responde pelos créditos dos empregados da prestadora de serviços quando não fiscaliza efetivamente o cumprimento das obrigações trabalhistas. Trata-se, pois, de averiguar a responsabilidade subjetiva do ente público, e não a objetiva.

Vale consignar que não há como se falar em qualquer ofensa à cláusula de Reserva de Plenário (Súmula Vinculante nº 10 do STF e art. 97 da CF/88), por parte do TST, ao editar a Súmula nº 331, eis que inexistente negativa de vigência ao art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, mas, apenas, definição do alcance e interpretação da norma inscrita em tal dispositivo.

Levando em consideração o princípio da aptidão para a prova, compete ao ente público comprovar a efetiva fiscalização do atendimento das obrigações laborais pela empresa prestadora dos serviços.

Em face do exposto, data venia do Exmo. Desembargador Relator, voto pela prevalência da tese de que os entes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas ocorridas no contrato de terceirização de serviços, caso evidenciada a culpa *in vigilando* no cumprimento das obrigações, sendo encargo da Administração Pública a prova quanto à efetiva fiscalização.

ANDRÉ GENN DE ASSUNÇÃO BARROS

Voto do(a) Des(a). IVANILDO DA CUNHA ANDRADE

Trata-se de incidente de uniformização de jurisprudência suscitado pela **Exma. Sra. Des. Vice-Presidente deste Regional Virgínia Malta Canavarro**, ao ensejo do juízo de admissibilidade do recurso de revista interposto pela **UNIÃO** nos autos da ação trabalhista de nº. 0000494-39.2014.5.06.0014, ajuizada por **NATANAEL JOSÉ DA SILVA** em desfavor de **CONSTRUTORA CRICARE LTDA. - EPP., CONSTRUTORA TRÓIA LTDA. - ME.** e da ora recorrente, na forma dos §§ 4º e 5º, do artigo 896, da CLT, com redação conferida pela Lei 13.015/2014.

Aponta a suscitante divergência em julgamentos que têm por objeto a responsabilização subsidiária de ente público tomador de serviços terceirizados por créditos trabalhistas reconhecidos em juízo, contida no acórdão proferido, em sede de recurso ordinário, pela Quarta Turma deste Regional, nos autos supracitados, de relatoria da Exma. Sra. Juíza Maria do Carmo Varejão Richlin, então convocada ao gabinete de minha titularidade, e de inexistência dessa responsabilidade, contida no acórdão proferido pela Segunda Turma deste Regional, também em sede de recurso ordinário, nos autos da ação trabalhista de nº. 0001196-49.2014.5.06.0413, de minha relatoria.

Parecer Ministerial anexado sob o id f67d171, na linha de que "seja uniformizada a jurisprudência deste egrégio Sexto Regional no sentido de (i) **reconhecer** a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelas obrigações trabalhistas não cumpridas por empresa prestadora de serviços quando constatada a culpa in vigilando do ente público tomador dos serviços (incidência da Súmula 331/TST), hipótese do caso concreto que deu ensejo ao presente incidente; e de (ii) **reconhecer** que a distribuição do ônus probatório relativo ao efetivo exercício da fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela tomadora, **deverá** recair sobre a Administração (tomadora dos serviços), por ser quem melhor possui aptidão para demonstrá-lo em Juízo".

Isso posto, e ante o que dispõe o artigo 104, II, do RITRT6, passo a proferir o meu

VOTO:

Preliminar de inadmissibilidade deste incidente de uniformização de jurisprudência, suscitada em mesa pelos Exmos. Srs. Desembargadores Valdir José Silva de Carvalho e Fábio André de Farias

A preliminar em apreço foi suscitada sob três fundamentos. O primeiro, de que este processo não pode servir de paradigma para discutir a responsabilização subsidiária de ente público tomador de serviços terceirizados por créditos trabalhistas reconhecidos em juízo, sob pena de violação ao princípio da congruência, eis que versaria o caso concreto nele discutido sobre contrato de empreitada. O segundo, de que o STF declarou a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93 na ADC 16, com efeito vinculante. E o terceiro, de que a discussão sobre a culpa de ente público tomador de serviços terceirizados estaria pacificada nos termos da Súmula 331, item V, do TST.

Quanto ao primeiro desses fundamentos, observo que não versa o caso concreto sobre contrato de empreitada, pois além de não ter sido juntado o correspondente instrumento contratual, ônus que recaía sobre a UNIÃO, na forma do artigo 333, II, do CPC de 1973, em vigor à época, não foi por ela contestada a duração dos serviços descrita na inicial, a saber, de 1995 a 2014, duração esta incompatível com a execução de obra certa, nem tampouco a alegação do reclamante de que trabalhou "em diversos quartéis, bases e hospitais do comando da aeronáutica, inclusive viajando para Natal/RN, Fortaleza/CE, e em Recife/PE, na condição de Pintor".

Relativamente ao fato de ter o Supremo Tribunal Federal declarado a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93 na ADC 16, ressalto que aquela Corte Suprema não afastou a possibilidade de a Justiça do Trabalho responsabilizar ente público tomador de serviços terceirizados por eventual culpa na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pelo empregador/prestador de serviços. Veja-se, a propósito, a seguinte passagem dos fundamentos da decisão monocrática proferida pelo Exmº Sr. Ministro Teori Zavascki na Reclamação Constitucional de nº. 21488:

"No julgamento da ADC 16, esta Corte, além de declarar constitucional o art. 71, § 1º, da Lei 8666/1993, que afasta a responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento das verbas trabalhistas não adimplidas pelo contratado, também deixou clara a possibilidade de a Justiça do Trabalho apreciar eventual culpa na gestão e fiscalização do contrato e, com base nessa causa jurídica e por incidência de outras normas, atribuir responsabilidade pelas consequências.

Em sessão plenária de 19/11/2014, no julgamento da Rcl 10.829 AgR (Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJe de 10/2/2015), a Ministra Cármen Lúcia fixou balizas objetivas quanto ao alcance do conteúdo decisório da ADC 16, oportunidade em que registrou em seu voto:

'Eu considerei que o Ministro Celso estabeleceu que, no caso examinado, estaria demonstrada a culpa da Administração. Também já decidi assim. E o que nós estávamos discutindo, naquela ADC 16, foi que, por presunção, não se pode declarar a responsabilidade contratual

do Estado, porque o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666 é constitucional. Reconhecemos sua constitucionalidade, ressalva feita à possibilidade de, num caso concreto, ao se contratar - caso que nós já tivemos -, o Tribunal do Trabalho verificar que ficou provado que não houve, por exemplo, a fiscalização. O que não vale para mim, acho que também para o Ministro Toffoli - pelo menos temos partilhado da mesma conclusão -, é a só existência da afirmação: fica provado, sem fundamentação. Mas, se o Ministro examinou e verificou que nos casos dele estava provado, e por isso é que ele deu essa solução na reclamação, em agravo, eu penso e continuo pensando isto: Justiça do Trabalho não pode, desconhecendo o nosso julgamento, presumir o contrário do que é a presunção no Brasil. Os atos da Administração Pública presumem-se válidos até prova cabal e taxativa em contrário."

Por fim, no que concerne aos termos do item V, da Súmula 331, do TST, entendo que se limita o mesmo a estabelecer a responsabilidade subsidiária de ente público tomador de serviços terceirizados por culpa na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pelo empregador/prestador de serviços, não disciplinando especificamente a distribuição do ônus probatório relativo ao efetivo exercício dessa fiscalização, que vem a ser a segunda matéria controvertida neste incidente de uniformização de jurisprudência. Confirma-se a redação do item em discussão: "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 n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada". Ad argumentandum, a existência de decisões atuais conflitantes sobre o tema no âmbito deste Regional já bastaria para se aplicar a diretriz do artigo 896, § 4º, da CLT, como bem fundamentado pela Exma. Sra. Des. Eneida Melo Correia de Araújo no incidente de uniformização de jurisprudência de nº. 0000329-97.2015.5.06.0000, nos seguintes termos:

"(...) a partir da vigência da Lei nº 13.015/2014, a existência de divergência entre decisões turmárias gera não apenas a obrigação de uniformizar a jurisprudência interna do Regional, como também o direito da parte em obter a reforma da decisão contra a qual apresentou recurso de revista tempestivo, independentemente da posterior análise do próprio recurso, desde que a tese jurídica adotada no IUJ seja favorável ao seu interesse.

E esse direito de reforma pelo próprio órgão fracionário local, decorrente da necessidade de adequação do acórdão recorrido à tese prevalecente adotada no IUJ, possivelmente será a última oportunidade que as partes terão, eis que, em sua grande maioria, os recursos de revista interpostos não serão sequer conhecidos pela Corte Superior Trabalhista, por ausência dos requisitos formais exigidos por lei

(...) existindo na ordem jurídica possibilidade que atende ao princípio da rápida solução da lide ou de razoável prazo para a duração do processo, é dever do Judiciário dela utilizar-se. E o Incidente de Uniformização é o mecanismo posto pelo sistema jurídico para atender tal finalidade"

Com esses fundamentos, voto pela rejeição da preliminar.

Mérito

O artigo 37, XXI, da Constituição Federal prevê a obrigatoriedade de os entes da Administração direta e indireta contratarem obras e serviços, dentre outros, mediante processo licitatório (ressalvadas as hipóteses especificadas na legislação), sendo esse o caso da recorrente.

Resta, pois, aplicável à hipótese o comando do artigo 71, *caput* e § 1º, da Lei 8.666/93, *in verbis*: "O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato de trabalho. Parágrafo 1º - A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis".

Afasta esse dispositivo a possibilidade de responsabilização, ainda que subsidiária, dos entes e órgãos administrativos, sendo certo que a redação clara do texto não dá margem a conclusões diversas. Inarredável, pois, a aplicação da lei propriamente dita, máxime em se tratando de fonte primordial do Direito. Calha anotar, outrossim, que a edição posterior da Súmula 331 do TST não altera este raciocínio. Se a jurisprudência constitui fonte integrativa de aplicação do Direito, adotada de forma supletiva e, se existe lei ordinária federal disciplinando a matéria (em sentido diverso, inclusive), evidente que a esta última não pode se sobrepor.

Ressalte-se que a Lei 9.032/95 acrescentou o § 2º ao referido artigo 71, prevendo a responsabilidade do ente público contratante apenas pelos encargos previdenciários, bem assim que o artigo 37, § 6º, da Magna Carta não implica a inconstitucionalidade do multicitado artigo, na medida em que se limita a tratar da responsabilidade civil objetiva extracontratual do Estado (fundada na teoria do risco administrativo), determinando que este responda pelos danos que os seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, matéria estranha à controvérsia. Frise-se, ainda, que, ao julgar a ADC nº 16 DF, em 24/11/2010, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666, de 1993 (Lei de Licitações).

Observa-se que a responsabilização em tela malfez, por via transversa, a norma de ordem pública e caráter cogente insculpida no artigo 37, inciso II, e § 2º, da Magna Carta.

Por outro lado, considerando que a regra seletiva da empresa prestadora de serviços obedece a procedimento licitatório, não há de se falar em culpa *in eligendo*. Como os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade e imperatividade, não se pode admitir, à míngua de anulação administrativa (autotutela) ou judicial do certame, que não tenha sido verificada a idoneidade financeira da prestadora/ex-empregadora à época da contratação. Tampouco, em culpa *in vigilando*, dada a impossibilidade de a Administração Pública fiscalizar e monitorar a satisfação das obrigações trabalhistas das várias empresas que contrata, tendo em vista, inclusive, os termos do artigo 10, § 7º, do Decreto-Lei 200/67 e o princípio constitucional da eficiência.

Prejudicada a análise do tema "distribuição do ônus probatório relativo ao efetivo exercício da fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela tomadora".

É como voto.

Voto do(a) Des(a). GISANE BARBOSA DE ARAUJO

O presente Incidente de Uniformização de Jurisprudência versa sobre a possibilidade de ser o ente público, tomador de serviços terceirizados, responsabilizado subsidiariamente por créditos trabalhistas reconhecidos em Juízo.

Tendo em vista o pronunciamento do Tribunal Superior do Trabalho acerca de acórdãos deste Regional, reformando decisões nas quais esta Corte deliberou que a contratação de mão-de-obra terceirizada por ente da administração pública não gera qualquer responsabilidade ao tomador dos serviços, retomo posicionamento anteriormente adotado.

Assim, por um lado, observo que a lei n.º 8.666/1993, editada para regulamentar o art. 37, inc. XXI, da Constituição, instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública, dispondo, em seu art. 71, §1º, que é ônus daquele que contratar com o ente público a responsabilidade relacionada a encargos trabalhistas decorrentes da contratação de serviços.

Porém, tal dispositivo, isoladamente, não pode prevalecer, ante o ordenamento jurídico positivo analisado em seu conjunto.

Nessa linha, é de se ponderar que a regra inscrita no art. 71, §1º, acima mencionado, deve ser harmonizada com as disposições constitucionais sobre a responsabilização contratual do Estado, conforme assinalado no art. 173, §1º, inc. II, da CF/1988.

Dessa harmonização resulta que o art. 71, §1º, da Lei de Licitações deve ter sua aplicação resguardada aos casos de normalidade e regularidade de procedimento do contratado e do próprio órgão público contratante, até porque o ente estatal incide em culpa in vigilando ao não fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas por parte da contratada, atraindo a aplicação do art. 186, do Código Civil.

Ademais, com a nova redação dada ao dispositivo supra, pela Lei n.º 9.032, de 28 de abril de 1995, verifica-se que foi aberta uma ressalva, expressa, quanto ao adimplemento de créditos previdenciários, para se admitir condenação solidária da Administração Pública e do contratado, por encargos previdenciários resultantes da execução do contrato.

Se é assim, nos termos legais, quanto a créditos de natureza previdenciária, a fortiori essa diretriz também deve ser adotada quanto aos créditos trabalhistas, quer porque aqueles são decorrentes, acessórios desses, quer porque esses têm primazia e preferência absoluta em relação a quaisquer outros créditos, conforme já estabelecido no art. 186, do Código Tributário Nacional.

Acrescente-se que a Lei n.º 8.036, de 11 de maio de 1990, em seu art. 15, §1º, igualmente responsabiliza o tomador de mão-de-obra pelos recolhimentos do FGTS.

Deve ser destacado, também, que na Lei n.º 8.666/1993 encontra-se regra de que o ente estatal, ao contratar serviços, tem a obrigação de acompanhar e fiscalizar a execução do contrato (arts. 58, III, e 67), a ponto de suspender pagamento de parcelas do convênio à contratada inadimplente (§3º, do art. 116), sob pena de arcar com a culpa in vigilando, se não o fizer.

Todas essas razões estão a indicar que uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico vigente respalda a condenação subsidiária da Administração Pública, cingindo-se a aplicação do art. 71, §1º, da Lei n.º 8.666/1993, como visto, aos casos em que houve regularidade na contratação e na execução dos serviços.

Importa fazer o registro da decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n.º 16, conforme informado no sítio eletrônico daquela Corte no dia 24 de novembro de 2010.

Nesse julgamento, o Pretório Excelso ratificou, em caráter vinculante, a constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei n.º 8.666/1993, o qual, como dito acima, prevê que a inadimplência do contratado pelo Poder Público em relação a encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento.

O entendimento ora esposado não vulnera o que decidiu o STF, em caráter vinculante, uma vez que não se está a declarar a inconstitucionalidade do §1º, do art. 71, da Lei de Licitações, nem, tampouco, a negar vigência ao referido dispositivo legal.

De fato, a mera inadimplência da prestadora de serviços não transfere, automaticamente, à tomadora da mão-de-obra a responsabilidade pelos encargos trabalhistas por aquela devidos, mas se entende que, mesmo se tratando de terceirização lícita, a Administração Pública responde subsidiariamente pelo pagamento do crédito obreiro, se configurada conduta culposa no cumprimento das obrigações estabelecidas na Lei n.º 8.666/1993, em especial no tocante à fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas da prestadora de serviço.

Incide à espécie o entendimento cristalizado nos itens IV e V, da Súmula 331, do C. TST, cuja redação atual, dada pela Resolução n.º 174/2011, é a seguinte:

"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

(...)

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 n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral." - Grifou-se.

Considero, ainda, data venia de entendimentos diversos, que a prova de que não incorreu em conduta culposa cabe ao ente público demandado, sendo certo que, em homenagem ao princípio da aptidão para a prova, não se pode exigir do trabalhador a demonstração de fato negativo nem a apresentação de prova documental à qual, via de regra, não possui acesso.

Nesse sentido vem se firmando a jurisprudência do C. TST, conforme ementas a seguir transcritas, in verbis:

"I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - SÚMULA Nº 331, ITEM V, DO TST - ÔNUS DA PROVA Ante possível contrariedade à Súmula nº 331, item V, do TST, dá-se provimento ao Agravo de Instrumento para determinar o processamento do recurso denegado. II - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - SÚMULA Nº 331, ITEM V, DO TST - ÔNUS DA PROVA 1. Nos termos da Súmula nº 331, item V, do TST, para que o ente público seja responsabilizado subsidiariamente, é necessário evidenciar sua conduta culposa na fiscalização das obrigações contratuais e legais da prestadora dos serviços. 2. Esta Eg. Corte tem decidido que 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. INTERVALO INTRAJORNADA O recurso não atende aos requisitos do artigo 896 da CLT. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido" (Processo: RR - 658-03.2014.5.02.0018 Data de Julgamento: 02/03/2016, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/03/2016) (grifos nossos).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA UNIÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. COMPROVAÇÃO DA CULPA IN VIGILANDO. ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA APTIDÃO PARA A PROVA. Nos moldes do item V da Súmula n.º 331 desta Corte: "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 n.º 8.666, de 21/6/1993; 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". Sendo a efetiva fiscalização da execução do contrato encargo do ente integrante da Administração Pública, compete a ele provar que cumpriu com o seu dever legal, sobretudo porque eventuais documentos que demonstram a fiscalização estão em seu poder. Outrossim, pelo princípio da aptidão para a prova, deve ser atribuída ao ente integrante da Administração Pública a comprovação da efetiva fiscalização do contrato, sendo caso, portanto, de inversão do ônus da prova.

Precedentes. Agravo de Instrumento conhecido e não provido" (Processo: AIRR - 140700-64.2009.5.01.0064 Data de Julgamento: 02/03/2016, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/03/2016).

Diante do exposto, voto pela prevalência da tese jurídica de que os entes da Administração Pública, na qualidade de tomadores de serviço, respondem subsidiariamente pelos encargos trabalhistas decorrentes dos serviços que lhe foram prestados, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666/1993, recaindo sobre o ente público o encargo de comprovar a fiscalização no cumprimento dos deveres trabalhistas por parte da empresa contratada para prestar-lhe serviços.

Voto do(a) Des(a). VIRGINIA MALTA CANAVARRO

Trata-se de Incidente de Uniformização de Jurisprudência por mim instaurado, visando uniformizar a jurisprudência interna desta Corte Regional, no que tange aos seguintes temas: (i) responsabilidade da Administração Pública pelas obrigações trabalhistas não cumpridas por empresa prestadora de serviços; e, ao ser ultrapassada a primeira questão, (ii) a definição da distribuição do ônus probatório relativo ao efetivo exercício da fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela tomadora.

Inicialmente, registro que há muito firmei posicionamento no sentido de reconhecer a responsabilidade subsidiária dos entes da Administração Pública, na condição de tomadora de serviços, quando ocorre o inadimplemento das obrigações contratuais por parte da empresa prestadora de serviços, quanto aos seus empregados, seguindo a diretriz consubstanciada na Súmula n. 331, IV, do C. TST, em sua anterior redação.

Todavia, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, pela maioria dos votos dos Ministros que compõem aquela Corte, declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 (Lei das Licitações).

A decisão foi tomada quando do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 16, ajuizada pelo Governador do Distrito Federal, em face da Súmula n. 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho, que, contrariando o disposto no § 1º artigo 71 da Lei n. 8.666/93, responsabilizava subsidiariamente os órgãos da Administração Direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista sempre que houver o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte de empresas prestadoras de serviços com quem tenha celebrado contrato de terceirização de serviços.

Necessário pontuar que, quando do julgamento da referida ADC, ocorrido em 24.11.2010 e publicado em 06.12.2010 no DJE e no DOU, restou consignado que as diretrizes contidas no § 1º do art. 71 da Lei de Licitações e na redação anterior do inciso IV da Súmula 331 eram colidentes, visto que consagram entendimentos opostos, o que resultou na alteração da redação da referida Súmula, que passou a ter a seguinte redação:

"SUM-331 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

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

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 n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral."

Neste sentido, é possível afirmar que a alteração do verbete sumular acima colacionado objetivou harmonizar a jurisprudência da Suprema Corte Trabalhista com o entendimento do

Supremo Tribunal Federal, delineado no julgamento oriundo da ADC nº 16. Isso porque a adoção do entendimento esposado pelo STF, de forma dissociada das demais normas que regem a matéria, representaria sérios prejuízos à classe trabalhadora, que teria em mãos títulos inexecutáveis, em razão da frequente insolvência das empresas terceirizadas, suas reais empregadoras.

Destarte, posiciono-me no sentido de que a responsabilização subsidiária da Administração Pública pode ser reconhecida, na condição de tomadora de serviços, quando ocorre o inadimplemento das obrigações contratuais por parte da empresa prestadora de serviços e quando os elementos probatórios dos autos denotem a ausência de acompanhamento e fiscalização do adimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada, concretizando, portanto, a culpa na modalidade "in vigilando".

Passando ao segundo aspecto da discussão, acompanho o entendimento no sentido de declarar que o encargo probatório pertence ao ente público, eis que a efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações constitui fato impeditivo do direito do trabalhador, incidindo sobre a hipótese o disposto no art. 333, inciso II do CPC e 818 da CLT.

Além disso, em atenção ao que determina o Princípio da Aptidão para a Prova, não se afigura razoável exigir do trabalhador a produção de elementos probatórios de notória complexidade, eis que relacionados com o exercício do poder-dever de fiscalização da Administração Pública.

Ressalto, por oportuno, que a distribuição do ônus da prova que impõe ao trabalhador o encargo de demonstrar a ausência de fiscalização simplesmente não se sustenta, pois contraria as normas insertas nos artigos 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93, que dispõem acerca da obrigação legal de a Administração Pública fiscalizar a execução das obrigações decorrentes dos ajustes firmados com as prestadoras de serviços.

A propósito, neste sentido encontram-se os arestos do C. TST a seguir transcritos:

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. CONFIGURAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. Embora a constitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/93 tenha sido declarada em definitivo pela Excelsa Corte Suprema no julgamento proferido na ADC nº 16/DF, não há óbice para a condenação subsidiária de entidades da Administração Indireta nas situações em que configurada a omissão no regular acompanhamento e fiscalização da execução dos contratos de terceirização celebrados, particularmente em relação ao cumprimento das obrigações trabalhistas (legais e contratuais) por parte das empresas

contratadas (Súmula 331, V, do col. TST). No caso dos autos, o Tribunal Regional afastou a responsabilidade subsidiária da segunda Reclamada, ao fundamento de que o Autor não se desonerou do ônus de provar a omissão do tomador de serviços na fiscalização da execução do contrato de prestação de serviços. Contudo, **de acordo com o princípio da aptidão para a produção da prova, o ônus de demonstrar a regular fiscalização do contrato administrativo, inclusive quanto à quitação das obrigações trabalhistas, é do tomador dos serviços. Afinal, na hipótese, a segunda Reclamada, como responsável pelo controle da atividade da empresa prestadora, detinha, indubitavelmente, o ônus de comprovar a efetiva fiscalização do contrato administrativo**, ônus do qual não se desonerou, decorrendo daí a culpa in vigilando, que autoriza a condenação subsidiária. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR 8243020125020301. Relator(a): Douglas Alencar Rodrigues. Julgamento: 20/05/2015. Órgão Julgador: 7ª Turma. Publicação: DEJT 29/05/2015) - destaques acrescidos.

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ADC 16/DF. ÔNUS DA PROVA. 1. No julgamento da ADC 16 o STF pronunciou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, mas não excluiu a possibilidade de a Justiça do Trabalho, com base nos fatos da causa, determinar a responsabilidade do sujeito público tomador de serviços continuados em cadeia de terceirização quando constatada a culpa in eligendo e in vigilando, pronúncia dotada de efeito vinculante e eficácia contra todos. 2. Nesse sentido foi editado o item V da Súmula 331/TST, segundo o qual "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 n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada". 3. Necessário pontuar, também, que a observância dos preceitos da Lei 8.666/93 e suas regulamentações, relativos à fiscalização do cumprimento oportuno e integral das obrigações trabalhistas assumidas pelo contratado, deve ser formalmente registrada pelo tomador dos serviços, formando prova pré-constituída. 4. Na hipótese dos autos, o Tribunal Regional entendeu que cabia "ao autor, ora embargante, o ônus de provar a conduta culposa da Administração". 5. Tal posicionamento é contrário à jurisprudência desta Corte Superior, segundo a qual, em hipóteses como a dos autos, em que é incontroversa a prestação de serviços em prol do ente público - fato constitutivo do direito do empregado -, **cabe ao tomador dos serviços, à luz das regras de distribuição do ônus probandi e considerado o princípio da aptidão para a prova, o encargo de comprovar a fiscalização das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada - fato obstativo da pretensão do autor.** Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR 7515220105010076. Relator(a): Hugo Carlos Scheuermann. Julgamento: 04/03/2015. Órgão Julgador: 1ª Turma. Publicação: DEJT 13/03/2015) - destaquei.

É com base nos fundamentos supra expendidos que, data vênua, dirirjo da Exmo. Relator, posicionando-me pela prevalência da tese jurídica de que (i) a responsabilização subsidiária dos entes da Administração Pública pode ser reconhecida, nos casos concretos em que os elementos probatórios dos autos denotem a ausência de acompanhamento e fiscalização do adimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada, concretizando, portanto, a culpa na modalidade "in vigilando"; e de que (ii) o encargo probatório pertence ao ente público, eis que a efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações constitui fato impeditivo do direito do trabalhador, incidindo sobre a hipótese o disposto no art. 333, inciso II do CPC e 818 da CLT.

VIRGÍNIA MALTA CANAVARRO

Desembargadora Vice-Presidente do TRT da 6ª Região

Voto do(a) Des(a). VALERIA GONDIM SAMPAIO

Vistos etc.

O tema extraído do caso concreto, que suscita o dissenso e motiva a uniformização da jurisprudência desta Corte, aborda dois aspectos: a) responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelas obrigações trabalhistas não cumpridas por empresa prestadora de serviços; e b) definição da distribuição do ônus probatório relativo ao efetivo exercício da fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela tomadora.

Em casos semelhantes tenho adotado entendimento no sentido de que o pronunciamento do E. Supremo Tribunal Federal, que reconheceu, por maioria, ao apreciar Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16, a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93 (Lei de Licitações), não impediu a responsabilização subsidiária do Poder Público, desde que os fatos da causa possam vir a ensejá-la. Vale dizer, o erro na eleição da empresa contratada, bem assim a falta de acompanhamento quanto ao cumprimento de obrigações de pagar, antes de liberar faturas, por exemplo, é que vão definir a existência ou não da responsabilidade do ente público.

E assim é porque o empreendedor contratante há de ser criterioso na escolha e na avaliação do cumprimento das obrigações trabalhistas, fiscais e previdenciárias, sob pena de, em certas situações, por elas responder. Trata-se de responsabilidade social, que não desaparece mesmo com a terceirização de serviços, estimulada - em larga escala - em momento de crise econômica, de desemprego ou mesmo de reestruturação do sistema produtivo.

De fato, a terceirização, enquanto instrumento de aperfeiçoamento da produção e de redução de custos, é imposição econômica contemporânea, mas não deve ser adotada como caminho à violação de direitos consagrados e relacionados à dignidade humana, ao valor social do trabalho, à promoção do bem comum e à livre iniciativa, com vistas à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com redução das desigualdades em geral e com a erradicação da pobreza e da marginalização (artigos 1º e 3º).

Nesse passo, temos que o caráter tuitivo do direito do trabalho, que está em consonância com o lastro do julgamento citado do E. STF, não impede a responsabilidade indireta do beneficiário dos serviços prestados, por ter incorrido nas modalidades de culpa in eligendo e/ou in vigilando, de caráter subjetivo e de natureza aquiliana, com o realce de que os inúmeros casos examinados revelam, de forma lamentável, o modo descuidado com que a execução de serviços terceirizados vem sendo feita, na seara pública, em prejuízo ao direito dos trabalhadores e ao erário.

Deixar de fazer esse reconhecimento seria, salvo melhor juízo, "menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer co-responsabilidade do ato administrativo que pratica" (RR-297751-96).

Incidem à espécie, portanto, os arts. 186, 927, 932, III, e 942, Parágrafo Único, do Código Civil.

Dentro desse quadro, a responsabilidade social do Estado não pode ser alijada, a partir da busca de privilégios que não mais se justificam nos dias de hoje, desde que demonstrada a sua culpa. Ao Estado incumbe fomentar a cidadania e buscar meios de responsabilizar, verdadeiramente, seus administradores. O reverso seria permitir o mau exercício da política e dos recursos públicos em prejuízo de toda a sociedade.

A jurisprudência pátria, que se mantém atual e sintonizada com o entendimento traçado pelo STF, sedimentada na Súmula 331, itens IV e V, admitiu a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora pelos encargos trabalhistas dos empregados das empresas contratadas, in verbis:

Súmula 331

"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 n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada."

Por oportuno, destaco que o reconhecimento dessa responsabilidade, em corte secundário, não viola o disposto no artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93, cuja constitucionalidade, repito, foi declarada, por maioria, pelo E. Supremo Tribunal Federal, pois o dispositivo somente poderia ser aplicado para os casos em que contratante e contratado tivessem agido rigorosamente dentro dos limites das regras, procedimentos e normas contratuais e legais, de modo que a responsabilidade não pudesse ser atribuída ao ente público, inclusive, reforço, por culpa na escolha da contratada e no acompanhamento do desenvolvimento das atividades pertinentes.

Nesse sentido, cumpre destacar o seguinte julgado do C. TST:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE PÚBLICA. SÚMULA 331, IV, DO TST. RESERVA DE PLENÁRIO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71 DA LEI 8.666/93. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. FGTS. ALCANCE. Não merece ser provido agravo de instrumento que visa a liberar recurso de revista que não preenche os pressupostos de cabimento do art. 896 da CLT. Ainda que se deva afastar, nos casos em que observado o disposto no art. 71 da Lei nº 8.666/93, a atribuição da responsabilidade objetiva do órgão público contratante dos serviços terceirizados, não há razão para afastar a responsabilidade do ente público tomador por culpa tipicamente subjetiva, decorrente da omissão em verificar o devido cumprimento das obrigações contratuais da empresa prestadora contratada. Subsistência, nesse caso, do entendimento da Súmula 331, IV, do TST, que se harmoniza com as regras jurídicas dos artigos 67, caput, e 71 da Lei 8.666/93. Não se pode ter como superado, dessa forma, pela decisão proferida pelo Colendo STF no julgamento do ADC n.º 16/DF, aquele verbete da jurisprudência uniforme do TST, já que no referido julgamento não se afastou a possibilidade de a Administração Pública ser responsabilizada em caso de eventual omissão na fiscalização do contrato. Agravo de instrumento a que se nega provimento."

(Processo: AIRR - 2440-51.2001.5.01.0043 Data de Julgamento: 16/02/2011, Relator Juiz Convocado: Flavio Portinho Sirangelo, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/02/2011 - grifos inexistentes na origem)

Não se pode olvidar, também, que o preceito inserto no artigo 37, § 6º, da Lex Mater, contempla a responsabilidade objetiva da Administração Pública, a qual, contudo, foi afastada pela Suprema Corte, que definiu não se aplicar às relações firmadas entre os trabalhadores prestadores de serviços e os órgãos da Administração Pública direta ou indireta, sob o argumento nuclear de que tais terceiros seriam contratados e não administrados.

A título de argumentação, ainda acrescento que não há falar em inconstitucionalidade da Súmula 331 do TST, por afronta ao Princípio da Legalidade, pacificada que foi a questão pelo C. TST, particularmente, quando alterou a redação do item IV do citado verbete sumular, cujo voto condutor da lavra do eminente Min. José Simpliciano Fernandes (RR 632145), passo a transcrever parcialmente, ainda que renove alguns dos motivos já lançados neste voto:

"O art. 71 da Lei nº 8666/93 tem em mira exonerar a administração pública da responsabilidade principal ou primária, atribuída ao contratado, afastando a possibilidade de vinculação de emprego em desacordo com o art. 37 da Lei Maior. Não a exime, contudo, da responsabilidade subsidiária. O referido dispositivo legal, em verdade, ao isentar a Administração Pública da responsabilidade pelo pagamento de encargos trabalhistas, levou em conta a situação de normalidade e regularidade de procedimento do contratado e do próprio órgão público contratante. Assim sendo, posterior inadimplemento do contratado deve conduzir à responsabilidade subsidiária da contratante, em decorrência mesmo de culpa "in vigilando". Admitir-se o contrário - como enfatiza recente decisão do Pleno desta Corte, por conduto de voto do eminente Ministro Moura França - "seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer co-responsabilidade do ato administrativo que pratica".

Consoante ressaltado e em absoluta consonância com o julgado da mais alta Corte de Justiça do país, admito que a exclusão da responsabilidade prevista apenas é possível quando constatada a diligência da Administração quanto ao dever de fiscalizar a execução do objeto contratual, inclusive no tocante ao cumprimento das obrigações trabalhistas dos empregados da contratada, diretamente envolvidos.

Nesse sentido, destacou o Ministro Vieira de Mello Filho, no julgamento do Processo n.º AIRR - 1233-34.2010.5.01.0000, julgado em 16.03.2011, que "o STF, ao analisar a constitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/93 (Lei das Licitações), (...) ressaltou que, nos casos em que ficar demonstrada a culpa in vigilando da entidade, ou seja, quando ela deixa de fiscalizar uma atividade própria ou de terceiro com a cautela necessária, torna-se viável a sua responsabilização pelos encargos devidos ao trabalhador."

É da tomadora de serviços, por sua vez, o ônus de provar o quadro fático obstativo à pretensão do trabalhador, mediante a demonstração da regular fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa interposta, uma vez que a hipótese diz respeito a fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito, nos termos dos arts. 818, da CLT, e 373, do NCPC, sendo certo afirmar, ainda, que a obrigação de fiscalizar a execução do contrato decorre da lei (artigos 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93), não se podendo transferir ao trabalhador o encargo acerca da comprovação de fato negativo ou apresentação de documentação inacessível, sob pena de afronta ao Princípio da Aptidão da Prova.

Esse, aliás, o entendimento pacífico do C. TST, "verbis":

"[...] II - AGRAVOS DE INSTRUMENTO DO ESTADO DO PARANÁ, EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT e BANCO DO BRASIL S.A. RECURSO DE REVISTA. MATÉRIA COMUM. ANÁLISE CONJUNTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CULPA IN VIGILANDO. INEXISTÊNCIA DE PROVA DA FISCALIZAÇÃO. 1 - O Pleno do STF, ao declarar a constitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/93, somente vedou a transferência consequente e automática, fundada no mero inadimplemento, da responsabilidade da empresa prestadora de serviços para o ente público tomador de serviços, ressaltando que "isso não impedirá que a Justiça do Trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da Administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos". 2 - Em consonância com a jurisprudência do STF, o Pleno do TST deu nova redação à Súmula nº 331 do TST: "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 n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada". 3 - No caso dos autos, o TRT reconheceu a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, sob o fundamento de que o reclamado

não provou que tenha fiscalizado o cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços. 4 - É do tomador de serviços a obrigação de fiscalizar o contrato firmado com a empresa contratada, nos termos da Lei nº 8.666/93, e é também seu o ônus de comprovar que cumpriu a lei. Ademais, o fornecedor da mão de obra e o tomador dos serviços possuem maior aptidão para a produção da prova, pois são eles que detêm a documentação relativa ao contrato firmado entre si para a execução dos serviços, e aquela referente ao vínculo trabalhista com o empregado. Assim, pelo princípio da aptidão da prova, cabia ao ente público trazer aos autos a documentação referente à licitação e fiscalização acerca do regular pagamento das verbas trabalhistas aos empregados da fornecedora de mão de obra, ônus do qual, segundo consignado pelo TRT, não se desincumbiu. Precedentes. Agravos de instrumento a que se nega provimento." (AIRR - 1231-77.2012.5.09.0095 , Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 12/11/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/11/2014 - grifei)

"[...] TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ARTIGO 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DO EMPREGADOR CONTRATADO. POSSIBILIDADE, EM CASO DE CULPA IN VIGILANDO DO ENTE OU ÓRGÃO PÚBLICO CONTRATANTE, NOS TERMOS DA DECISÃO DO STF PROFERIDA NA AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16-DF E POR INCIDÊNCIA DOS ARTIGOS 58, INCISO III, E 67, CAPUT E § 1º, DA MESMA LEI DE LICITAÇÕES E DOS ARTIGOS 186 E 927, CAPUT, DO CÓDIGO CIVIL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL E PLENA OBSERVÂNCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 10 E DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16-DF. SÚMULA Nº 331, ITENS IV E V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Conforme ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 102, § 2º, da Constituição Federal), ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, é constitucional o art. 71, § 1º, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), na redação que lhe deu o art. 4º da Lei nº 9.032/95, com a consequência de que o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública, após regular licitação, para lhe prestar serviços de natureza contínua, não acarreta a essa última, de forma automática e em qualquer hipótese, sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles direitos. No entanto, segundo também expressamente decidido naquela mesma sessão de julgamento pelo STF, isso não significa que, em determinado caso concreto, com base nos elementos fático-probatórios delineados nos autos e em decorrência da interpretação sistemática daquele preceito legal em combinação com outras normas infraconstitucionais igualmente aplicáveis à controvérsia (especialmente os arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, 58, inciso III, 66, 67, caput e seu § 1º, 77 e 78 da mesma Lei nº 8.666/93 e os arts. 186 e 927 do Código Civil, todos subsidiariamente aplicáveis no âmbito trabalhista por força do parágrafo único do art. 8º da CLT), não se possa identificar a presença de culpa in vigilando na conduta omissiva do ente

público contratante, ao não se desincumbir satisfatoriamente de seu ônus de comprovar ter fiscalizado o cabal cumprimento, pelo empregador, daquelas obrigações trabalhistas, como estabelecem aquelas normas da Lei de Licitações e também, no âmbito da Administração Pública federal, a Instrução Normativa nº 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), alterada por sua Instrução Normativa nº 3/2009. Nesses casos, sem nenhum desrespeito aos efeitos vinculantes da decisão proferida na ADC nº 16-DF e da própria Súmula Vinculante nº 10 do STF, continua perfeitamente possível, à luz das circunstâncias fáticas da causa e do conjunto das normas infraconstitucionais que regem a matéria, que se reconheça a responsabilidade extracontratual, patrimonial ou aquiliana do ente público contratante autorizadora de sua condenação, ainda que de forma subsidiária, a responder pelo adimplemento dos direitos trabalhistas de natureza alimentar dos trabalhadores terceirizados que colocaram sua força de trabalho em seu benefício. Tudo isso acabou de ser consagrado pelo Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, ao revisar sua Súmula nº 331, em sua sessão extraordinária realizada em 24/5/2011 (decisão publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 27/5/2011, fls. 14 e 15), atribuindo nova redação ao seu item IV e inserindo-lhe o novo item V, nos seguintes e expressivos termos: -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). Na hipótese dos autos, verifica-se que o Tribunal de origem, com base no conjunto probatório, consignou não ter havido culpa do ente público, diante da existência de fiscalização, a contento, do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada. Nesse contexto, a discussão a respeito da responsabilidade subsidiária da segunda reclamada, Sema, insere-se no campo da prova e esbarra no óbice da Súmula nº 126 desta Corte, já que para se chegar a entendimento diverso da Corte regional seria necessária a incursão no acervo fático-probatório dos autos, a fim de se concluir pela ausência de fiscalização realizada pela tomadora dos serviços, o que ensejaria a sua responsabilidade subsidiária pela demonstração de culpa in vigilando, como pretende o reclamante. Agravo de instrumento desprovido. [...]" (AIRR - 2168-39.2011.5.15.0133 , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 05/11/2014, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/11/2014)

"I - RECURSO DE REVISTA DA COMPANHIA ENERGÉTICA DE MINAS GERAIS - CEMIG - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - VERBAS RESCISÓRIAS - MULTAS DOS ARTS. 467 E 477 DA CLT - ABRANGÊNCIA 1. O

acórdão regional está em harmonia com o entendimento da Súmula nº 331, item V, do TST, pois a responsabilização subsidiária do ente público decorreu do reconhecimento de conduta culposa na fiscalização do cumprimento do contrato. 2. O Eg. TST tem firmado o entendimento de que 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. 3. Quanto à abrangência da responsabilidade, observa-se que a decisão está em consonância com o item VI da referida Súmula. [...]" (RR - 1101-75.2011.5.03.0035, Relator Desembargador Convocado: João Pedro Silvestrin, Data de Julgamento: 03/09/2014, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/09/2014)

"[...] RECURSO DE REVISTA DO MUNICÍPIO RECLAMADO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO TOMADOR DE SERVIÇOS. CULPA IN VIGILANDO. ÔNUS DA PROVA. Sendo ônus do tomador de serviços a prova da fiscalização do contrato celebrado, não há como se afastar a culpa in vigilando constatada, haja vista a ausência de qualquer elemento nos autos que comprove o zelo do ente público quanto às obrigações trabalhistas assumidas pela empresa prestadora de serviços contratada. Decisão em consonância com a Súmula 331, V, do c. TST e com os termos do julgamento da ADC nº 16 pelo STF. Recurso de revista não conhecido. [...]" (ARR - 37-49.2010.5.03.0137, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 03/09/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/09/2014)

"RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO. DECISÃO DO STF NA ADC 16. 1. O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal julgou procedente ação declaratória de constitucionalidade, firmando o seguinte entendimento: "(...) Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. (...)" (excerto do v. acórdão proferido na ADC 16, Relator: Ministro Cezar Peluso, DJe nº 173, divulgado em 08/09/2011). 2. Aferida tal decisão, na hipótese de terceirização lícita, não há responsabilidade contratual da Administração Pública pelas verbas trabalhistas dos empregados terceirizados, conforme a literalidade do art. 71, §1º, da Lei 8.666/1993. 3. Contudo, o acórdão proferido na ADC 16 pelo Pretório Excelso não sacramenta a intangibilidade absoluta da Administração Pública pelo descumprimento de direitos trabalhistas dos empregados lesados quando terceiriza serviços. 4. A própria Lei de Licitações impõe à Administração Pública o dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos, conforme se depreende dos artigos 58, III, e 67, § 1º, da Lei nº 8.666/93. 5. Na hipótese dos autos, o Regional concluiu que cabia ao Reclamante o ônus probatório da

existência de culpa in vigilando da Administração Pública pela fiscalização das obrigações assumidas pela contratada. Entretanto, pelo princípio da Aptidão da Prova, foge à razoabilidade determinar ao trabalhador, que não detém os meios de prova nesse sentido, que demonstre a inexistência de fiscalização por parte do ente público. Assim, à Reclamada cabia demonstrar, de forma inequívoca, que agiu com diligência na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviços como empregadora. Recurso de Revista conhecido e provido." (RR - 1073-31.2011.5.15.0114, Relator Desembargador Convocado: Marcelo Lamego Pertence, Data de Julgamento: 08/10/2014, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/10/2014 - grifei)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. SÚMULA 331, V, DO TST. 1. Esta Corte Superior, sufragando o entendimento perfilhado pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC nº 16, acresceu à sua Súmula 331 o item V, no sentido de que os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta apenas respondem subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pela prestadora dos serviços quando evidenciada a sua conduta culposa, nos termos da Lei nº 8.666/93. 2. No caso, o contexto fático delineado pelo Tribunal de origem, insuscetível de reexame por esta Instância revisora, a teor da Súmula 126 do TST, é no sentido de que o ente público não logrou comprovar a efetiva fiscalização do atendimento das obrigações laborais pela empresa prestadora dos serviços, ônus que lhe competia. Aplicação do princípio da aptidão para a prova. Precedentes. 3. Decisão regional em estrita consonância com a iterativa jurisprudência deste Tribunal Superior. Trânsito da revista inviável, a teor do art. 896, § 4º, da CLT, e da Súmula 333 do TST. Agravo de instrumento a que se nega provimento. [...]" (AIRR - 321-42.2013.5.03.0011, Relator Desembargador Convocado: André Genn de Assunção Barros, Data de Julgamento: 04/11/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/11/2014 - grifei)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ÔNUS DA COMPROVAÇÃO DE EFETIVA FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. 1. O Tribunal Regional manteve a responsabilização da segunda reclamada - SABESP, ao fundamento de que inaplicável a OJ 191 da SBDI-1, porque, em verdade, tratar-se-ia de terceirização de mão de obra, e não de contrato de empreitada. Além disso, consta no acórdão regional que -dada a ausência de prova em contrário, claro está que a recorrente falhou na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora de serviços, o que fundamenta a responsabilização subsidiária.-. 2. Alegação recursal de inversão do ônus da prova e má aplicação da Súmula 331, ante a condição da empresa de -dona da obra-. 3. No julgamento da ADC 16, o STF pronunciou a constitucionalidade do artigo 71, caput e § 1º, da Lei 8.666/93, mas não excluiu a possibilidade de a Justiça do Trabalho, com base nos fatos da causa, determinar a responsabilidade do sujeito público tomador de serviços continuados em cadeia de

terceirização quando constatada a culpa in eligendo e in vigilando, pronúncia dotada de efeito vinculante e eficácia contra todos. 4. Nesse sentido foi editado o item V da Súmula 331, segundo o qual -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 n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada-. 5. Na hipótese, o Tribunal Regional afirma não se tratar de contrato de empreitada, mas de verdadeira terceirização. Registra, ainda, que -dada a ausência de prova em contrário, claro está que a recorrente falhou na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora de serviços, o que fundamenta a responsabilização subsidiária.- 6. Óbice da Súmula 126 quanto à existência de contrato de empreitada e incidência da Súmula 333 e do artigo 896, § 4º, da CLT no que diz respeito à caracterização da culpa in vigilando. 7. Decisão regional em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior, segundo a qual, sendo incontroversa a prestação de serviços em prol do ente público - fato constitutivo do direito do empregado -, cabe ao tomador dos serviços, à luz do princípio da aptidão para a prova, o encargo de comprovar a fiscalização das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada - fato obstativo da pretensão do autor. Agravo de instrumento conhecido e não provido." (AIRR - 1033-33.2011.5.02.0301, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 29/10/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/11/2014 - grifei)

Diante dessas razões, voto pela prevalência da tese jurídica que reconhece a responsabilidade subsidiária da Administração Pública direta e indireta pelas obrigações trabalhistas não cumpridas por empresa prestadora de serviços, quando evidenciado culpa in eligendo e/ou in vigilando, sendo da tomadora de serviços o ônus probatório relativo ao efetivo exercício da fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas.

Valéria Gondim Sampaio

Desembargadora do Trabalho

Voto do(a) Des(a). IVAN DE SOUZA VALENCA ALVES

Ao celebrar contrato com empresa prestadora de serviços, para fornecimento de mão de obra, a Administração Pública deve ficar adstrita às normas legais que disciplinam os contratos administrativos, qual seja, a Lei n.º 8.666/93, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, cujo artigo art. 71, § 1º, assim dispõe:

"Art.71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

1º. A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis". (Assinalei.).

Ora, o referido dispositivo é expresso no sentido de excluir a responsabilidade do Poder Público pelo inadimplemento das verbas trabalhistas devidas. Sendo o contrato administrativo válido e regular, não cabe nenhuma obrigação ao tomador do serviço, posto que o vínculo empregatício dá-se entre o trabalhador e a empresa contratada, não havendo subordinação direta daquele com a Administração Pública.

Saliento que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/93, a chamada Lei de Licitações, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 (ADC-16).

E ao apreciar o AIRR - 1162000320065150046 assim decidiu:

"STF - DJe nº 193/2013 Divulgação: terça-feira, 01 de outubro

ORIGEM :AIRR - 1162000320065150046 - TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO PROCED. :SÃO PAULO RELATOR :MIN. LUIZ FUX

AGTE.(S) :ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) :MARCIA AMINO

AGDO.(A/S) : FRANCISCO MENDES DAS CHAGAS

ADV.(A/S) :ARI RIBERTO SIVIERO

AGDO.(A/S) :SOLUÇÃO SEGURANÇA E VIGILÂNCIA LTDA.

INTDO.(A/S) : TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15 REGIÃO

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao agravo regimental, vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausentes o Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), por participação no evento Time 100 Gala, organizado pela Time Magazine, e em

seminário promovido pela Universidade de Princeton, ambos nos Estados Unidos, e, nesta assentada, os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski (Vice-Presidente). Plenário, 24.04.2013.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ARTIGO 71, § 1º, DA LEI 8.666/93. CONSTITUCIONALIDADE. ADC Nº 16. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DEVER DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIZAÇÃO DO ENTE PÚBLICO NOS CASOS DE CULPA "IN ELIGENDO" E DE CULPA "IN VIGILANDO". REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A aplicação do artigo 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC nº 16, não exime a entidade da Administração Pública do dever de observar os princípios constitucionais a ela referentes, entre os quais os da legalidade e da moralidade administrativa. 2. As entidades públicas contratantes devem fiscalizar o cumprimento, por parte das empresas contratadas, das obrigações trabalhistas referentes aos empregados vinculados ao contrato celebrado. Precedente: Rcl 11985-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-050 DIVULG 14-03-2013 PUBLIC 15-03-2013.

3. A comprovação de culpa efetiva da Administração Pública não se revela cognoscível na estreita via da Reclamação Constitucional, que não se presta ao reexame de matéria fático-probatória.

Precedentes: Rcl 3.342/AP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; Rcl 4.272/RS, Rel. Min. Celso de Mello; Rcl. 4.733/MT, Rel. Min. Cezar Peluso; Rcl. 3.375-AgR/PI, Rel. Min. Gilmar Mendes.

4. Agravo regimental a que se nega provimento."

Em razão desse julgamento modifiquei meu entendimento anterior no sentido de que não competia à Administração Pública fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa licitada e passei a adotar a posição expressa no mencionado julgado.

Voto pela prevalência da tese jurídica que reconhece a responsabilidade subsidiária da Administração Pública direta e indireta pelas obrigações trabalhistas não cumpridas por empresa prestadora de serviços, quando evidenciado culpa in eligendo e/ou in vigilando, e pela prevalência da tese jurídica que reconhece ser da tomadora de serviços o ônus probatório relativo ao efetivo exercício da fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas,

Voto do(a) Des(a). VALDIR JOSE SILVA DE CARVALHO

DESEMBARGADOR VALDIR CARVALHO - Senhora Presidente, o presente Incidente de Uniformização de Jurisprudência tem por objeto definir a responsabilidade subsidiária ou não do ente público, tomador dos serviços, por dívidas trabalhista da prestadora de serviços, reconhecida em juízo.

Data venia dos doutos posicionamentos em contrário, entendo que a hipótese de contratação de mão-de-obra terceirizada por ente da administração pública não gera responsabilidade subsidiária ou solidária do tomador dos serviços, em face das obrigações decorrentes dos contratos de trabalho firmados pela prestadora.

Tal entendimento está em perfeita consonância com o art. 37, da Constituição Federal, que proíbe os órgãos públicos de contratar pessoal sem concurso, e com o disposto no art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, segundo o qual:

"A inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato, ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive o registro de imóveis."

A legislação supracitada foi sábia em excluir esses entes da responsabilidade pelos contratos, posto que, em se permitindo que o tomador dos serviços, em tais casos, venha a assumir as obrigações decorrentes dos contratos de trabalho, certamente, abrir-se-ia uma porta ao empreguismo no serviço público, eis que, não podendo contratar diretamente, os administradores públicos fariam suas nomeações através desse expediente.

Neste sentido, aliás, é o lúcido voto do Exmo. Desembargador Josias Figueirêdo de Souza, no Processo nº TRT REO 00024/01, a quem peço vênias para transcrever e adotar os seus fundamentos como razões de decidir, in verbis:

"Ao que me parece, o aludido Enunciado não logrou sanar as controvérsias existentes sobre a matéria. Isso porque sua função é a de cristalizar a Jurisprudência do Colendo Tribunal Superior do Trabalho acerca de uma determinada questão, mas não suprir a falta de uma norma dentro do ordenamento jurídico, razão por que não produz o efeito vinculativo que normalmente é empregado por alguns tribunais, dispensando-se, inclusive, a discussão sobre a respectiva matéria sumulada. Com maior evidência, relativamente aos entes públicos da administração direta ou indireta, a mencionada orientação não pode prevalecer. Eis que vigentes os termos da Lei nº 8.666/93, os quais dispõem, em seu artigo 71, *ipsis verbis*: "O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais resultantes da

execução do contrato de trabalho. Parágrafo 1º - A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis." (redação dada pela Lei nº 9.032, de 28.04.95).

Não é admissível que se empreste aos Enunciados uma força de efetividade maior do que a da própria lei, nomeadamente se a dicção da norma converge de modo claro com os princípios constitucionais pertinentes à matéria. A questão, pois, não reside somente na hierarquia formal entre as fontes do direito, mas principalmente em relação ao aspecto substancial dessas fontes e a sua relação direta com as balizas constitucionais. E, nesse cotejo, entendo que as disposições legais acima referidas constituem perfeita identificação com a Lei Maior."

Por outro lado, cumpre-me ressaltar que o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, trata da responsabilidade objetiva do Estado e de suas empresas concessionárias e permissionárias de serviço público, apenas na hipótese de danos causados ao usuário, o que afasta, estreme de dúvidas, a responsabilidade do Ente Público pelo inadimplemento de direitos trabalhistas entre os empregados de empresa de prestação de serviço que com ele mantém contrato. Neste sentido é torrencial a jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal, a exemplo das decisões proferidas nos Processo RE 131.741-SP, Relator Ministro Marco Aurélio; RE 109.615-2, Relator Ministro Celso de Melo; e RE 135.310, Relator Ministro Maurício Corrêa.

A propósito, sobre o tema, colho fragmentos do Acórdão redigido pelo Eminentíssimo Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, Dr. Néelson Soares Júnior, no Processo TRT nº 00301-2004-005-06-00-4, publicado no DOE em 15.06.2005, a quem peço vênias para transcrever e adotar como razões de decidir, na forma a seguir transcrita, verbis:

"Aliás, é paradoxal negar, por um lado, eficácia jurídica aos contratos de trabalho celebrados pela Administração Pública sem submissão do pessoal a concurso público (isso em razão do estabelecido no § 2º do artigo 37 da Constituição Federal), e, por outro lado, atribuir-lhe responsabilidade passiva 'subsidiária' (corruptela da responsabilidade solidária do direito material ou da responsabilidade secundária do direito processual) com suposta base no § 6º dessa mesma norma constitucional, pelo fato de as empresas contratadas para execução de serviços não cumprirem obrigações trabalhistas. Há, aí, um contra-senso, que não se harmoniza ao princípio de hermenêutica de repúdio às interpretações absurdas, pois a porta inicialmente fechada, para impedir a fraude à norma constitucional, restaria posteriormente escancarada.

Demais, consoante exegese dada ao § 6º do artigo 37 da Constituição da República pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº. 262651, relatado pelo Ministro Carlos

Velloso, 'A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente aos usuários do serviço, não se estendendo a pessoas outras que não ostentem a condição de usuário' (cf. www.stf.gov.br, Jurisprudência, Informativo nº 370).

Nesse sentido, em artigo intitulado 'Contratação Indireta de Mão-de-Obra x Terceirização', o eminente Ministro do Tribunal de Contas da União, Benjamin Zymler, assim se expressou:

'(...) Outro ponto a merecer debate mais acurado diz respeito à possibilidade de o empregado da prestadora de serviços, na hipótese de descumprimento de obrigação trabalhista, acionar subsidiariamente a Administração Pública. As opiniões doutrinárias divergem. A União, quando interpelada judicialmente, vem alegando que o art. 71 do Estatuto das Licitações e Contratos, que rege os contratos firmados entre a Administração Pública - tomadora dos serviços - e as empresas fornecedoras dos serviços, prevê que o contratado é o único responsável pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais decorrentes da execução do contrato. O § 1º do referido artigo vai mais além, ao exonerar a Administração Pública da responsabilidade - subsidiária ou solidária - pelos encargos retromencionados. Exceção à regra anterior vem estabelecida pelo § 2º do mesmo artigo, com a alteração promovida pela Lei nº 9.032/95, que prevê a responsabilidade solidária da Administração, em relação aos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato. Entretanto, alguns autores e mesmo juízes, como, v.g., Desirré D. A. Bollmann, têm pugnado pela inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, do supracitado normativo legal. Justificam seu posicionamento, defendendo a tese de que o § 6º do art. 37 do Diploma Básico impõe, em todos os casos, a responsabilidade objetiva do Estado. Assim é que, verificado o dano causado a terceiros, por ação do Poder Público, nasce o direito à reparação para os prejudicados, independentemente da prova de culpa do agente público. Arrematam sustentando que, se a Administração Pública elegeu empresa inidônea para prestar serviços e esta, em decorrência de conduta culposa, deixa de cumprir com suas obrigações trabalhistas, a culpa é presumida da Administração (culpa in eligendo), tendo em vista o comando constitucional já mencionado. Data maxima venia, parece correto inferir que o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 não padece do vício de inconstitucionalidade. A responsabilidade objetiva prevista na Constituição Federal (art. 37, § 6º) decorre da evolução doutrinária e jurisprudencial a respeito da tese da responsabilidade civil do Estado, que iniciou com a teoria que pugnava pela irresponsabilidade total - *The King can not do wrong* - até o moderno entendimento sobre a responsabilidade civil objetiva. Dessa forma, em relação à responsabilidade do Estado, discute-se em quais situações deverá o Poder Público responder por eventuais danos causados a terceiros por atos ou omissões de seus agentes. Verifica-se da letra constitucional que o § 6º do art. 37 é dirigido à proteção de terceiros que sejam pacientes de atividade faltosa - ou mesmo de ausência de atividade - da Administração Pública, na execução de serviços públicos de interesse geral. É, como define Yussef Said Cahali, 'a obrigação legal, que lhe é imposta (ao Estado), de ressarcir os danos causados a terceiros por

suas atividades.' Pressuposto fundamental para se falar em responsabilidade civil objetiva é a existência de dano decorrente da execução de serviço público. Não é o caso da hipótese sob comento. Aqui não há falar em serviço público, propriamente dito, a cargo da Administração. Ao contrário, as atividades objeto de terceirização são consideradas como instrumentais, acessórias, possibilitando, tão-só, que o Estado execute os serviços públicos da melhor forma possível, direta ou indiretamente, mediante delegação'

Dessa forma, ainda que se presuma a relação triangular, vinculando os reclamantes, de forma indireta, a Empresa de Manutenção e Limpeza Urbana (EMLURB), eles não ostentariam a condição de usuários do serviço público (não sendo, conseqüentemente, destinatários daquela norma constitucional), motivo pelo qual não se afasta o óbice legal, de natureza intransponível, que elimina a responsabilidade da segunda."

Na mesma linha, as seguintes jurisprudências deste Sexto Regional:

"A pretensão de se responsabilizar a administração pública pelas obrigações trabalhistas não cumpridas por empresa prestadora de serviços encontra óbice intransponível no artigo 71 da Lei nº 8.666/93. Recurso ordinário a que se dá provimento, para declarar excluído da relação processual o Estado de Pernambuco." Proc. TRT-00036-2003-391-06-00-8. 2ª Turma. Juiz Relator Dr. Ivanildo da Cunha Andrade. Publicado no DOE de 24.10.03.

"ENTE PÚBLICO - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - RESPONSABILIDADE PELOS ENCARGOS - O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas resultantes da execução do contrato. A inadimplência do contratado em relação aos mencionados encargos não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato. Agravo improvido." Proc. TRT- 02666-2003-906-06-00-2. 1ª TURMA. Juiz Relator Dr. Ivan de Souza Valença Alves. Publicado no DOE de 18.12.03.

Por fim, destaco que o Plenário do Egrégio Supremo Tribunal Federal, em 24 de novembro de 2010, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 16, declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, o qual prevê que a inadimplência de contratado pelo Poder Público em relação a encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, o que resultou, inclusive, na alteração da jurisprudência cristalizada na Súmula n.º 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que agora ostenta a seguinte redação:

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

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

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 n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Concluo, no caso concreto, que não ficou demonstrado, de forma inequívoca, a culpa da administração pública na fiscalização de suas obrigações contratuais, ônus processual da parte autora, não satisfeito.

Isto posto, voto no sentido da prevalência da tese jurídica de que a administração pública direta e indireta, na condição de tomadora dos serviços, não responde pelas dívidas trabalhista da prestadora de serviços, apuradas em juízo.

Voto do(a) Des(a). DIONE NUNES FURTADO DA SILVA

No que tange à responsabilidade subsidiária do ente público quanto às obrigações trabalhistas inadimplidas por empresa prestadora de serviços; bem como quanto à distribuição

do ônus da prova relativo à fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da tomadora de serviços, divirjo do voto do Desembargador Relator originário.

No cenário jurídico atual, o tema suscitou grande polêmica, tendo em vista as decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito da constitucionalidade do § 1.º, do artigo 71, da CLT e da repercussão do que restou decidido, nos julgamentos oriundos da Justiça do Trabalho, quando for parte, na reclamatória, pessoa jurídica integrante da Administração Pública, Direta e Indireta.

Foi devido às decisões do STF que o TST implementou a nova redação da Súmula n.º 331, acrescentando os itens V e VI, com o seguinte teor:

(...)

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 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

(...)

De logo, cabe afastar possível alegação de ilegalidade e inconstitucionalidade da Súmula do TST, haja vista que a primeira baliza para o controle difuso de constitucionalidade, pelos Tribunais, é encontrada no artigo 97 da Constituição Federal, que preconiza:

Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade **de lei ou ato normativo do Poder Público**. (grifo nosso)

Ora, a diretriz da Carta Política é cristalina no sentido de que, somente a lei ou ato normativo do Poder Público pode ser alvo da declaração de inconstitucionalidade. Portanto, os dispositivos passíveis de serem confrontados com a norma constitucional são específicos: a lei ou o ato normativo do Poder Público.

Tal ocorre porque os regramentos mencionados (lei ou ato normativo do Poder Público), em geral, gozam dos atributos da abstração, da generalidade e da força coercitiva

inerentes às normas jurídicas. Características estas, a toda evidência, não presentes nas Súmulas de qualquer Tribunal, que apenas interpretam a legislação existente sobre os temas a respeito dos quais são editadas, como forma de orientação dos julgados, consagrando a jurisprudência majoritária dos órgãos jurisdicionais, em vista dos diversos casos apreciados em suas instâncias.

A responsabilidade subsidiária, na forma preconizada pela Súmula n.º 331, incisos IV, V e VI, do Colendo TST, tem interpretação consonante com os arts. 37, II, e 173, parágrafo 1.º, da Carta Política de 1988, não se afastando da regra estabelecida no art. 71 da Lei n.º 8.666/93 que, embora considerado constitucional pela decisão do STF, quando do julgamento da ADC n.º 16, afastando a responsabilidade objetiva do ente público (§ 6.º do art. 37 da CF/88), não excluiu essa responsabilidade quando constatada omissão culposa da Administração Pública, de modo que, em tais hipóteses, inexistente óbice à aplicação da aludida súmula (331/TST), eis que se leva em conta o princípio da proteção ao empregado e do valor social do trabalho.

Realmente, inobstante reconhecida a constitucionalidade do art. 71 da Lei de Licitações, a proibição ali insculpida é de ser interpretada pela não transferência direta da responsabilidade trabalhista para o ente público, vez que, na seara do direito administrativo, deve prevalecer o interesse público sobre o privado. Entrementes, aludido dispositivo de lei não tem o condão de eliminar a consequência do inadimplemento da empresa prestadora para com os empregados, quando o tomador incorre nas culpas *in eligendo* e/ou *in vigilando*, caso não haja eleito empresa idônea, nem fiscalizado o cumprimento das obrigações trabalhistas.

Não se disse, no julgamento do Supremo Tribunal Federal, como entenderam alguns, que esta Justiça Especializada não mais poderia reconhecer a responsabilidade subsidiária dos entes públicos, quando este incorrer em omissão culposa, na linha do que vem decidindo o TST.

Agora, com maior razão, em face dos novos julgamentos do Colendo TST, que já havia consagrado o posicionamento nos itens V e VI, da sua Súmula n.º 331, com a devida vênia de entendimento contrário, a Justiça do Trabalho tem, mais do que nunca, base segura, advinda da Corte Constitucional Pátria, para que, em cada lide que lhe for submetida à apreciação, determinar, sim, a responsabilidade da pessoa jurídica integrante da Administração Pública, por eventuais créditos trabalhistas reconhecidos judicialmente, bastando constatar a existência de falta de fiscalização quanto ao cumprimento das obrigações contratuais, ocorrendo em omissão culposa, no caso a caso, repise-se.

No dizer do Professor Flávio Tartuce, em sua obra Manual de Direito Civil, Editora Método, Edição 2011, página 414, "a culpa pode ser conceituada como sendo o desrespeito a um dever preexistente, não havendo propriamente uma intenção de violar o dever jurídico".

O mesmo doutrinador, ao classificar os tipos de culpa, no que tange a sua presunção, diz que pode ocorrer:

(...)

a) Culpa *in vigilando* - há uma quebra do dever legal de vigilância como era o caso, por exemplo, da responsabilidade do pai pelo filho, do tutor pelo tutelado, do curador pelo curatelado, do dono de hotel pelo hóspede e do educador pelo educando;

b) Culpa *in eligendo* - culpa decorrente da escolha ou eleição feita pela pessoa a ser responsabilizada, como no caso da responsabilidade do patrão por ato de seu empregado;

c) Culpa *in custodiendo* - a presunção da culpa decorreria da falta de cuidado em se guardar uma coisa ou animal.

(...)

É de ser evidenciado, assim, que, mesmo que a prestadora dos serviços tenha atendido às exigências de certame licitatório, a tomadora dos serviços está obrigada a empreender fiscalização quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas para com os empregados, dentre outras, com objetivo de apurar irregularidades nesse sentido, sob pena de incorrer nas culpas *in vigilando*.

Ademais, o verbete sumular referido (331/TST) traduz o entendimento de que, na situação de terceirização de serviços, o contratante não se exime de atender aos direitos sociais dos empregados do contratado, em caso de sua inadimplência, e contratação de empresa sem a devida idoneidade financeira.

Por fim, no que diz respeito ao ônus da prova de que foram adotadas todas as medidas fiscalizatórias do cumprimento do contrato mantido com a prestadora de serviços, quanto às obrigações trabalhistas e previdenciárias, cabe ao ente público, que detém melhores condições para tanto, tendo, portanto, maior aptidão para prova, nos termos dos arts. 818, da CLT, e 373, II, do CPC 2015.

Assim, voto pela prevalência da tese jurídica de que os entes da Administração Pública Direta e Indireta respondem subsidiariamente pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas, no caso de contrato de terceirização de serviços, quando constatada a culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando*, cabendo à Administração o ônus da prova quanto à efetiva fiscalização.

Voto do(a) Des(a). MARIA CLARA SABOYA ALBUQUERQUE BERNARDINO

Des. Maria Clara Saboya A. Bernardino:

IUJ 0000362-87.2015.5.06.0000 - 1) responsabilidade da administração pública pelas obrigações trabalhistas não cumpridas por empresa prestadora de serviços; 2) definição da distribuição do ônus probatório relativo ao efetivo exercício da fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela tomadora.

A matéria discutida neste Incidente de Uniformização de Jurisprudência diz respeito aos seguintes temas: 1) responsabilidade da administração pública pelas obrigações trabalhistas não cumpridas por empresa prestadora de serviços; e, caso ultrapassada essa questão, 2) a definição da distribuição do ônus probatório relativo ao efetivo exercício da fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela tomadora.

Na linha da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, admito a responsabilização da administração pública pelas obrigações trabalhistas não cumpridas por empresa prestadora de serviços.

Com relação ao tema, o seguinte fragmento da decisão proferida pelo Exmº Sr. Ministro Teori Zavascki na Reclamação Constitucional de nº. 21488:

"No julgamento da ADC 16, esta Corte, além de declarar constitucional o art. 71, § 1º, da Lei 8666/1993, que afasta a responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento das verbas trabalhistas não adimplidas pelo contratado, também deixou clara a possibilidade de a Justiça do Trabalho apreciar eventual culpa na gestão e fiscalização do contrato e, com base nessa causa jurídica e por incidência de outras normas, atribuir responsabilidade pelas consequências.

Em sessão plenária de 19/11/2014, no julgamento da Rcl 10.829 AgR (Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJe de 10/2/2015), a Ministra Cármen Lúcia fixou balizas objetivas quanto ao alcance do conteúdo decisório da ADC 16, oportunidade em que registrou em seu voto:

'Eu considerei que o Ministro Celso estabeleceu que, no caso examinado, estaria demonstrada a culpa da Administração. Também já decidi assim. E o que nós estávamos discutindo, naquela ADC 16, foi que, por presunção, não se pode declarar a responsabilidade contratual do Estado, porque o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666 é constitucional. Reconhecemos sua constitucionalidade, ressalva feita à possibilidade de, num caso concreto, ao se contratar - caso que nós já tivemos -, o Tribunal do Trabalho verificar que ficou provado que não houve, por exemplo, a fiscalização. O que não vale para mim, acho que também para o Ministro Toffoli - pelo menos temos partilhado da mesma conclusão -, é a só existência da afirmação: fica provado, sem fundamentação. Mas, se o Ministro examinou e verificou que nos casos dele estava provado, e por isso é que ele deu essa solução na

reclamação, em agravo, eu penso e continuo pensando isto: Justiça do Trabalho não pode, desconhecendo o nosso julgamento, presumir o contrário do que é a presunção no Brasil. Os atos da Administração Pública presumem-se válidos até prova cabal e taxativa em contrário."

Assim, voto pela prevalência da tese jurídica de declarar que de que a administração pública direta e indireta, na condição de tomadora dos serviços, responde pelas dívidas trabalhista da prestadora de serviços, apuradas em juízo, quando evidenciado culpa in eligendo e/ou in vigilando.

Quanto ao ônus da prova relativo ao efetivo exercício da fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas, ressalvo meu posicionamento, no sentido de que é do reclamante esse encargo processual - por tratar-se de fato constitutivo de seu direito (art. 373, inciso I, do CPC) -, e filio-me à tese de que é do juiz condutor do processo, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído (art. 373, I, do CPC).

Voto do(a) Des(a). NISE PEDROSO LINS DE SOUSA

IUJ -TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DE ENTE PÚBLICO - Constatada a ausência de fiscalização por parte do ente público quanto ao adimplemento das verbas trabalhistas no decorrer do liame contratual, cabe a responsabilização subsidiária da Administração Pública, pois caracterizada a conduta culposa do tomador dos serviços no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93 - culpa in vigilando.

Após o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADC nº 16/DF, ocorrido na Sessão Plenária do dia 24.11.2010, foi declarada a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº. 8.666/93.

O TST, ao dar nova redação à Súmula nº 331, exatamente em decorrência do que restou decidido na mencionada ação declaratória, consignou ser possível a condenação subsidiária da Administração Pública em razão de contrato de terceirização de mão de obra, ressalvando apenas que essa responsabilidade "não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada", mas nos casos em que esteja "evidenciada a conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93".

Assim, em caso de terceirização, a responsabilidade subsidiária dos entes públicos pelo pagamento de verbas trabalhistas devidas aos empregados não poderá decorrer do mero inadimplemento do empregador. Impõe-se verificar, em cada caso, se houve ou não ação ou omissão da Administração Pública capaz de provocar lesão ao patrimônio do trabalhador.

É sobre esse aspecto que deve ser emitido pronunciamento pela Justiça do Trabalho.

Deve ser apreciada a conduta culposa do ente público, tomador dos serviços, na fiscalização das obrigações previstas na Lei nº 8.666/93, conforme a orientação atual da Súmula nº 331, V, do TST. Digo isto porque é ônus do ente público - mercê do artigo 818 da CLT combinado com o artigo 333, II, do CPC - comprovar que procedia à correta fiscalização da paga dos haveres devidos à demandante, atraindo o ente público para si o encargo decorrente de sua incúria.

Com efeito, a terceirização de determinada atividade não isenta o tomador dos serviços da responsabilidade pelo correto cumprimento dos contratos de trabalho celebrados pela empresa prestadora dos serviços com a qual manteve contrato de terceirização, sendo ambos responsáveis pelos pagamentos dos direitos trabalhistas dos empregados da empresa contratada, sendo esta devedora principal, em face da sua condição de real empregadora dos trabalhadores, e aquele na qualidade devedor subsidiário, por ser apenas o beneficiário final dos serviços desempenhados pelo trabalhador.

A par disto, tal controvérsia deve sempre ser solucionada com esteio na teoria civilista da culpa in vigilando, segundo a qual a tomadora dos serviços responde pelos créditos dos empregados da prestadora de serviços quando não fiscaliza o cumprimento das obrigações trabalhistas.

Dessa forma, a responsabilidade subsidiária do ente federativo decorre do fato de não exigir da outra empresa que figura no polo passivo da presente lide a comprovação do correto adimplemento das obrigações contratuais trabalhistas perante seus empregados, uma vez que recebia para isso o pagamento correspondente, resultante do contrato de natureza civil celebrado entre eles.

Ao assim não proceder, deve o tomador dos serviços arcar com as consequências advindas de sua negligência, respondendo subsidiariamente pela satisfação desses mesmos encargos trabalhistas.

Desse modo, é possível concluir pela responsabilidade subsidiária do ente público quando ele não efetua as diligências necessárias no sentido de verificar periodicamente a

documentação da contratada e se certificar do cumprimento integral das obrigações trabalhistas, confiando-se inteiramente no adimplemento dos créditos trabalhistas e na suposta idoneidade financeira da primeira demandada.

Fazendo essa análise ficam devidamente demonstrados os pontos em que a empresa tomadora dos serviços incidiu nas culpas *in omittendo* e *in vigilando*, em conformidade com os requisitos exigidos pela ADC nº 16. E mais: a reclamação nº 21.909, ajuizada perante o STF, ao apreciar incidente sobre o mesmo tema, esmiuçou a questão, tendo também sido observados todos os parâmetros ali estabelecidos quanto à matéria, ou seja, os elementos fáticos e probatórios que subsidiariam a imputação da responsabilidade subjetiva ao ente público.

É mister salientar que a exigência da prova de fiscalização por parte da recorrente se dá em virtude do princípio de aptidão do ônus da prova.

A referida culpa se revela no momento em que a tomadora dos serviços não apresenta (caso a caso) nenhum documento que comprove a fiscalização que deveria ter efetuado sobre a prestadora dos serviços.

Neste contexto, não há como eximir a Administração Pública, da responsabilidade subsidiária pelos títulos da condenação em face da culpa *in vigilando*, realçadas no enunciado da Súmula destacada acima.

Neste sentido, colaciono os seguintes arestos do C. TST:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA. ENTIDADES ESTATAIS. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NA ADC Nº 16-DF. SÚMULA 331, V, DO TST. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CONDUTA CULPOSA NO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DA LEI 8.666/93 EXPLICITADA NO ACÓRDÃO REGIONAL. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. Em observância ao entendimento fixado pelo STF na ADC nº 16-DF, passou a prevalecer a tese de que a responsabilidade subsidiária dos entes integrantes da Administração Pública direta e indireta não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada, mas apenas quando explicitada no acórdão regional a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666, de 21.6.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. No caso concreto, o TRT a quo manteve a condenação subsidiária, delineando, de forma expressa, a culpa *in vigilando* da entidade estatal. Manifestamente afirmou no decisum que houve culpa *in vigilando* da entidade estatal quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora

de serviços terceirizados. A configuração da culpa in vigilando, caso afirmada pela Instância Ordinária (como ocorreu nos presentes autos), autoriza a incidência da responsabilidade subsidiária da entidade tomadora de serviços (arts. 58 e 67, Lei 8.666/93, 186 e 944 do Código Civil). Assim, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os fundamentos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 716-42.2011.5.09.0656 , Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 26/06/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: 01/07/2013).

AGRAVO DE INSTRUMENTO DA EMBRAPA.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. COMPROVAÇÃO DA CULPA -IN VIGILANDO-. ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA APTIDÃO DA PROVA. Nos moldes do item V da Súmula n.º 331 desta Corte: -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 n. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada-. Sendo a efetiva fiscalização da execução do contrato encargo do ente integrante da Administração Pública, compete a ele provar que cumpriu com o seu dever legal, sobretudo porque eventuais documentos que demonstram a fiscalização estão em seu poder. Outrossim, pelo princípio da aptidão para a prova, deve ser atribuído ao ente integrante da Administração Pública a comprovação da efetiva fiscalização do contrato, sendo caso, portanto, de inversão do ônus da prova. Precedentes. Agravo de Instrumento conhecido e não provido. (AIRR - 902-85.2011.5.04.0662 , Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 19/06/2013, 4ª Turma, Data de Publicação: 28/06/2013).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ADC 16/DF. No julgamento da ADC 16 o STF pronunciou a constitucionalidade do art. 71, caput e § 1º, da Lei 8.666/93, mas não excluiu a possibilidade de a Justiça do Trabalho, com base nos fatos da causa, determinar a responsabilidade do sujeito público tomador de serviços continuados em cadeia de terceirização quando constatada a culpa in eligendo e in vigilando, pronúncia dotada de efeito vinculante e eficácia contra todos. Nesse sentido foi editado o item V da Súmula 331/TST, segundo o qual -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 n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada-. Na hipótese, depreende-se do acórdão regional que a responsabilidade subsidiária imputada ao ente público não decorreu do mero

inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela prestadora de serviços, hipótese rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC 16. Com efeito, ao exame do caso concreto, o Tribunal Regional concluiu pela responsabilidade subsidiária do tomador de serviços face à sua omissão em fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais e legais por parte da empresa contratada, caracterizadora da culpa *in vigilando*. Nesse contexto, a decisão regional está em harmonia com o verbete sumular transcrito, a atrair a incidência do art. 896, § 4º, da CLT e a aplicação da Súmula 333/TST como óbices ao conhecimento do recurso de revista e, conseqüentemente, ao provimento do agravo de instrumento. [...]. (AIRR - 392-72.2010.5.10.0005, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 06/02/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: 15/02/2013).

Logo, tendo sido evidenciada a conduta culposa do tomador dos serviços no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, possibilitou-se invocar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo pagamento das obrigações trabalhistas reconhecidas em sentença.

Assim, voto no sentido da prevalência da tese jurídica que entende que os Entes da Administração Pública Direta e Indireta respondem subsidiariamente pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas ocorridas no contrato de terceirização de serviços, caso evidenciada a culpa *in eligendo* e *in vigilando* no cumprimento das obrigações, sendo da Administração o encargo da prova de fiscalização.

Voto do(a) Des(a). RUY SALATHIEL DE ALBUQUERQUE E MELLO VENTURA

Acerca do tema, tem sido no sentido dos fundamentos expostos pelo Desembargador Relator que venho me posicionando nos julgamentos da Turma.

Durante longo período, o C. TST, com o intuito de assegurar o adimplemento de créditos alimentares, admitia a possibilidade de responsabilizar a Administração Pública quando frustrada a obrigação da contratada, esposando o entendimento de que a vedação da Lei nº 8.666/93 só encontra aplicação quando o ente público tenha agido "dentro das regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades" e quando a pessoa da administração que contratou "pautou-se nos estritos limites padrões da normatividade pertinente".

A partir de novembro de 2010, com o julgamento da ADC nº 16 pelo Supremo Tribunal Federal, a perspectiva da Corte Superior inverteu-se: não pode mais haver responsabilização do ente público pelo mero inadimplemento, mas apenas quando suficientemente demonstrada a ocorrência da culpa *in eligendo* ou *in vigilando*. Essa, aliás, é a redação do item V da Súmula nº 331, *in verbis*:

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 n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Ajustou-se a jurisprudência do TST à interpretação definitiva que deu o E. STF aos dispositivos da Lei nº 8.666/93, ao cancelar a sua compatibilidade com a Constituição Federal. Nesse quadro, impossível concluir pela atuação culposa do Ente Público, mormente porque os atos da Administração gozam de presunção de legitimidade e de legalidade.

Não prospera, assim, a responsabilidade subsidiária. Se outro modo se decidisse, restaria configurada a ofensa à legislação em vigor e, por via de consequência, também à regra da reserva de plenário. Isto porque, nos termos da Súmula Vinculante nº 10 do STF, deixar de aplicar regra legal em vigor é o mesmo que declarar, incidentalmente, a sua inconstitucionalidade, todavia sem observar o que determina a Constituição Federal para tanto (art. 97 da CF/88).

Isto posto acompanho o Relator na tese prevalecente constante na conclusão do voto. Caso superada, no sentido de declarar que cabe ao Juiz condutor do processo analisar e decidir acerca do ônus probatório relativo ao efetivo exercício da fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela tomadora de serviços (parágrafo primeiro do artigo 373, do NCPC).

Voto do(a) Des(a). SERGIO TORRES TEIXEIRA

Com a devida vênia, discordo do Relator.

Entendo que o cerne da questão está, sim, na análise da culpa da administração pública, seja em eleger o prestador de serviço contratado, seja em fiscalizar o resultado da pactuação, mas principalmente o efetivo cumprimento dos direitos trabalhistas dos terceirizados e dos recolhimentos fiscais e previdenciários. Vejamos o teor de alguns dispositivos da Lei de Licitação nº. 8.666/93:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

§ 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 da licitação e da proposta a que se vinculam.

(...)

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

I - (...);

II - (...);

III - fiscalizar-lhes a execução;

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

(...)

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 anotarà em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

(...).

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1o A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

§ 2o A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (grifos de agora).

Os dispositivos legais acima ameadados devem ser interpretados de forma sistêmica, eis que na mesma norma jurídica temos regra que impõe ao ente público o dever de fiscalizar e, noutra vertente, o exime dos encargos fiscais, trabalhistas e comerciais.

Tenho convencimento formado no sentido de que as disposições inseridas no art. 71 supra, dizem respeito ao cumprimento do Contrato de Prestação de Serviços entre a edilidade e o terceirizado, no curso de sua vigência.

Uma vez rompido o contrato, seja por seu termo; seja por seu inadimplemento, acaso se verifique que terceiro restou prejudicado, por ato lícito ou ilícito, deságua necessariamente nas disposições dos artigos 186 e 927 do CC. Aliás, é o próprio ordenamento jurídico quem remete às regras do direito privado (art. 54 da citada legislação).

Com isso se quer dizer que a previsão contida no referido artigo (no sentido de que não deve haver a transferência à Administração Pública da responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas originados da inadimplência do contratado) não pode ser empecilho ao reconhecimento pelo Judiciário Trabalhista da responsabilidade subsidiária do ente público, com base nos fatos da causa.

Tal constatação está explicitamente posta na decisão do C. STF ao apreciar a Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC nº. 16/DF, nos seguintes termos:

(...) Segundo o presidente do STF, isso 'não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade, com base nos fatos de cada causa'. 'O STF não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público', observou o presidente do Supremo. Ainda conforme o ministro, o que o TST tem reconhecido é que a omissão culposa da administração em relação à fiscalização - se a empresa contratada é ou não idônea, se paga ou não encargos sociais - gera responsabilidade da União.

A decisão foi tomada no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 16, ajuizada pelo governador do Distrito Federal em face do Enunciado (súmula) 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que, contrariando o disposto no parágrafo 1º do mencionado artigo 71, responsabiliza subsidiariamente tanto a Administração Direta quanto a indireta, em relação aos débitos trabalhistas, quando atuar como contratante de qualquer serviço de terceiro especializado.

Reclamações

Em vista do entendimento fixado na ADC 16, o Plenário deu provimento a uma série de Reclamações (RCLs) ajuizadas na Suprema Corte contra decisões do TST e de Tribunais Regionais do Trabalho fundamentadas na Súmula 331/TST. Entre elas estão as RCLs 7517 e 8150. Ambas estavam na pauta de hoje e tiveram suspenso seu julgamento no último dia 11, na expectativa de julgamento da ADC 16. Juntamente com elas, foram julgadas procedentes todas as Reclamações com a mesma causa de pedir.

Por interessar a todos os órgãos públicos, não só federais como também estaduais e municipais, os governos da maioria dos estados e de muitos municípios, sobretudo de grandes capitais, assim como a União, pediram para aderir como amici curiae (amigos da corte) nesta ADC.

Alegações

Na ação, o governo do DF alegou que o dispositivo legal em questão 'tem sofrido ampla retaliação por parte de órgãos do Poder Judiciário, em especial o Tribunal Superior do Trabalho (TST), que diuturnamente nega vigência ao comando normativo expresso no artigo 71, parágrafo 1º da Lei Federal nº 8.666/1993'. Observou, nesse sentido, que a Súmula 331 do TST prevê justamente o oposto da norma do artigo 71 e seu parágrafo 1º.

A ADC foi ajuizada em março de 2007 e, em maio daquele ano, o relator, ministro Cezar Peluso, negou pedido de liminar, por entender que a matéria era complexa demais para ser decidida individualmente. Posta em julgamento em setembro de 2008, o ministro Menezes Direito (falecido) pediu vista dos autos, quando o relator não havia conhecido da ação, e o ministro Marco Aurélio dela havia conhecido, para que fosse julgada no mérito.

Hoje, a matéria foi trazida de volta a Plenário pela ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, uma vez que o sucessor do ministro Direito, o ministro Dias Toffoli, estava impedido de participar de seu julgamento, pois atuou neste processo quando ainda era advogado geral da União.

Na retomada do julgamento, nesta quarta-feira, o presidente do STF e relator da matéria, ministro Cezar Peluso, justificou o seu voto pelo arquivamento da matéria. Segundo ele, não havia controvérsia a ser julgada, uma vez que o TST, ao editar o Enunciado 331, não declarou a inconstitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666.

Em seu voto, a ministra Cármen Lúcia divergiu do ministro Cezar Peluso quanto à controvérsia. Sob o ponto de vista dela, esta existia, sim, porquanto o enunciado do TST ensejou

uma série de decisões nos Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) e, diante delas e de decisões do próprio TST, uma série de ações, sobretudo Reclamações (RCLs), junto ao Supremo. Assim, ela se pronunciou pelo conhecimento e pelo pronunciamento da Suprema Corte no mérito.

O ministro Marco Aurélio observou que o TST sedimentou seu entendimento com base no artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que define o que é empregador, e no artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal (CF), que responsabiliza as pessoas de direito público por danos causados por seus agentes a terceiros.

Decisão

Ao decidir, a maioria dos ministros se pronunciou pela constitucionalidade do artigo 71 e seu parágrafo único, e houve consenso no sentido de que o TST não poderá generalizar os casos e terá de investigar com mais rigor se a inadimplência tem como causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante.

O ministro Ayres Britto endossou parcialmente a decisão do Plenário. Ele lembrou que só há três formas constitucionais de contratar pessoal: por concurso, por nomeação para cargo em comissão e por contratação por tempo determinado, para suprir necessidade temporária.

Assim, segundo ele, a terceirização, embora amplamente praticada, não tem previsão constitucional. Por isso, no entender dele, nessa modalidade, havendo inadimplência de obrigações trabalhistas do contratado, o poder público tem de responsabilizar-se por elas (os grifos são meus).

E, assim, como bem pontuado pelo então Ministro Presidente daquela excelsa Corte, não há empecilho legal para, nos casos analisados e com base nos fatos de cada causa em particular, se reconhecer a responsabilidade do ente público quando incorrer em omissão culposa em relação à fiscalização das empresas por ele contratadas.

Portanto, a responsabilidade do ente estatal, que antes se considerava objetiva, com fundamento no § 6º do art. 37 da CF, passou a ter, com a decisão da Suprema Corte, conotação subjetiva, sendo imprescindível, assim, a verificação da culpa da Administração pela não fiscalização e decorrente inadimplemento das verbas trabalhistas, por parte da prestadora de serviços, empregadora do vindicante.

E mais, a Administração Pública, direta ou indireta, ao contratar os serviços de determinada empresa, como bem leciona Hely Lopes Meirelles, fica investida no poder de "fiscalizar as empresas, com amplos poderes de verificação de sua administração, contabilidade, recursos

técnicos, econômicos e financeiros, principalmente para conhecer a rentabilidade do serviço, fixar as tarifas justas e punir as infrações regulamentares e contratuais" (Hely Lopes Meirelles. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo, Malheiros, 1995, p. 344/345). O dever de controle e fiscalização que deve ser exercido pelo ente contratante é encontrado nos artigos 58, III e art. 67, ambos da Lei 8.666/93.

Logo, a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços não decorre do reconhecimento do vínculo de emprego, mas, sim, da aplicação da Súmula nº 331, item IV, do C. TST, a qual traduz o entendimento de que, na situação de terceirização de serviços, o contratante não se exime de atender os direitos sociais dos empregados do contratado, em caso de inadimplência da prestadora de serviços, em razão das culpas *in eligendo* ou *in vigilando* daquele.

Trata-se de uma responsabilidade que advém dos princípios gerais do direito, dentre eles o que veda o enriquecimento sem causa e, em especial, o de proteção ao empregado, hipossuficiente em qualquer relação obrigacional.

Outrossim, o fundamento da responsabilidade subsidiária, por aplicação da culpa *in vigilando* do tomador do serviço, encontra justificativa no privilégio conferido aos créditos trabalhistas que não podem ser preteridos em função da possível insuficiência econômica da empresa contratada.

Frise-se que a inadimplência dos direitos trabalhistas dos empregados da prestadora de serviços que se mostre inidônea, fere princípios basilares do direito do trabalho e do direito administrativo, pois em um Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana, na valorização social do trabalho, que procura assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, não há como afastar a realidade de que o ente público foi diretamente beneficiado da força laboral despendida pelo obreiro.

De toda sorte, a condenação é subsidiária e se torna necessária para que o empregado possa ter seus créditos adimplidos na futura execução, o que não impede que o ente público busque posteriormente o ressarcimento de eventual pagamento que venha a realizar, eis que ao devedor subsidiário, por sua vez, é assegurado o direito de propor ação regressiva contra o devedor principal, uma vez que fica sub-rogado no crédito, bem como o direito de retenção de importâncias a este devida (CLT, art. 455, parágrafo único).

Por tais razões, o ente administrativo deve responder pela sua omissão em não ter fiscalizado a empresa interposta, respondendo subsidiariamente pelos créditos reconhecidos na sentença.

Voto do(a) Des(a). FABIO ANDRE DE FARIAS

A matéria discutida neste Incidente de Uniformização de Jurisprudência versa sobre a responsabilização subsidiária de Ente Público, tomador de serviços terceirizados, por créditos trabalhistas reconhecidos em Juízo.

Voto.

Preambularmente, entendo que a votação deverá dividir-se em dois momentos. O primeiro, que diz respeito ao afastamento da responsabilidade independentemente de culpa conforme quer o d. Relator. E o segundo, tratar sobre o ônus probatório. Inexistindo a cisão da votação o Relator, a meu sentir, não terá posicionamento quanto ao segundo aspecto.

Ultrapassado tal aspecto, no mérito.

No caso em epígrafe tenho que se aplica a Súmula 331 do TST, especialmente quanto à necessidade de culpa in eligendo ou in vigilando. No entanto, tenho que a parte deverá alegar ou deverá está explícito nos autos, dito na sentença ou aferível pelo acórdão, em qual aspecto não foi observada a efetiva fiscalização no caso da culpa in vigilando e qual a falha da administração na eleição do contratado quando da culpa n eligendo. Neste sentido cito:

Trata-se de reclamação, com pedido de medida liminar, ajuizada pelo Município de Bento Gonçalves/RS, contra acórdão prolatado, em 19/9/2012, pela 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho nos autos do Processo TST-AIRR-11100-23.2009.5.04.0511, assim do: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO. DEVER DE FISCALIZAÇÃO. OMISSÃO. 'CULPA IN VIGILANDO'. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. DO STF NA ADC 16. No julgamento da ADC 16, o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, ressaltou a possibilidade de a Justiça do Trabalho constatar, no caso concreto, a culpa 'in vigilando' da Administração Pública e, diante disso, atribuir responsabilidade ao ente público pelas obrigações, inclusive trabalhistas, inobservadas pelo contratado. A própria Lei de Licitações impõe à Administração Pública o dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos, conforme se depreende dos artigos 58, III, e 67, § 1º, da Lei n.º 8.666/93. Na hipótese dos autos, o TRT registrou, de forma expressa, a culpa 'in vigilando' da Administração Pública, motivo pelo qual se atribui a responsabilidade subsidiária ao ente público, com fundamento nos artigos 186 e 927, 'caput', do Código Civil, pelo pagamento dos encargos trabalhistas devidos. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Verifica-se que o Regional não emitiu tese acerca da matéria, tampouco foram opostos Embargos de Declaração para tal fim. Assim, ausente o necessário

prequestionamento. Incidência da Súmula 297, I e II, do TST. Agravo de Instrumento não provido. A municipalidade reclamante alega, em síntese, que o juízo reclamado, ao negar provimento ao seu recurso na parte ora em análise, manteve o acórdão regional que, com base na Súmula 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho, teria afastado a incidência do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, condenando-a, assim, a responder subsidiariamente pelo pagamento de créditos trabalhistas devidos por empresa por ela contratada. Sustenta, desse modo, a ocorrência de afronta ao enunciado da Súmula Vinculante 10 e à autoridade da decisão prolatada pelo Plenário desta Corte na Ação Direta de Inconstitucionalidade 16/DF, assim ementada: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. Requer, liminarmente, a suspensão da tramitação do processo em que foi proferida a decisão ora impugnada e, no mérito, a sua cassação, determinando-se seja proferida nova decisão que leve em conta os dispositivos legais acima referidos, ou que exclua o Município da responsabilidade subsidiária, ou do processo. Indeferi o pleito de liminar. Foram prestadas informações pelo Presidente do TST. A Procuradoria Geral da República opinou pela improcedência do pedido em parecer assim sintetizado: Reclamação. Responsabilidade subsidiária do Poder Público por débitos trabalhistas. Culpa 'in vigilando' do Estado. Não configurada ofensa à decisão proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 e ao enunciado de Súmula Vinculante nº 10/STF. Parecer pela improcedência da reclamação. É o relatório. Decido. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 16/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, declarou a constitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/1993, entendendo, por conseguinte, que a mera inadimplência do contratado não tem o condão de transferir automaticamente à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. No entanto, reconheceu-se, naquela assentada, que eventual omissão da Administração Pública no dever de fiscalizar as obrigações do contratado poderia gerar essa responsabilidade, caso caracterizada a culpa in vigilando do ente público. No caso dos autos, não houve ofensa ao que decidido por ocasião do referido julgamento ou ao teor da Súmula Vinculante 10. Isso porque a atribuição de responsabilidade subsidiária ao ora reclamante não se deu de forma automática, baseada tão somente na inadimplência da empresa contratada, mas por ter entendido o juízo reclamado, com base nos elementos constantes dos autos, que restou efetivamente configurada a culpa in vigilando do ente público. Transcrevo, nessa linha, o seguinte trecho do decisum ora em exame: Ressalto, por oportuno, que em recente decisão o Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido formulado na ADC n.º 16, para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, dispositivo que afasta a responsabilidade da Administração Pública pelo

pagamento dos encargos trabalhistas inadimplidos pelo contratado. A própria Corte Suprema ressaltou a possibilidade de a Justiça do Trabalho constatar, no caso concreto, a culpa 'in vigilando' da Administração Pública e, diante disso, atribuir responsabilidade ao ente público pelas obrigações, inclusive trabalhistas, inobservadas pelo contratado. De fato, a própria Lei de Licitações impõe à Administração Pública o dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos, conforme se lê do art. 58, III, da Lei n.º 8.666/93: '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;' A obrigação de fiscalização, por parte da Administração Pública, é complementada pelo disposto no art. 67, 'caput' e § 1º, do mesmo diploma legal: '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 anotarà em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.' Na hipótese dos autos, o TRT consignou, de forma expressa, a conduta culposa, por omissão, da Administração Pública (culpa 'in vigilando'). In verbis: 'O fato de o recorrente ser apenas tomador de serviços não o isenta da responsabilidade subsidiária pelo adimplemento dos créditos devidos à demandante, a qual decorre do fato de ter se beneficiado dos serviços prestados pela autora, bem como por não ter diligenciado no sentido de averiguar amplamente as condições de trabalho em observância à legislação trabalhista. Assim, ainda que o recorrente não tenha agido com culpa in eligendo, por certo agiu com culpa in vigilando, uma vez que a empresa por ele contratada não cumpriu com suas obrigações trabalhistas em relação à autora, causando a esta a necessidade de pleiteá-los por meio da presente demanda. A propósito, a obrigação de fiscalização imposta ao ente público abrange o devido cumprimento das obrigações trabalhistas da prestadora, e a omissão neste aspecto configura, efetivamente, a culpa ensejadora da responsabilização subsidiária'. (grifos meus). O Plenário desta Corte, ao apreciar, recentemente, ação reclamatória de idêntico teor, assim se pronunciou a respeito da questão ora em análise: RECLAMAÇÃO ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO À AUTORIDADE DA DECISÃO PROFERIDA, COM EFEITO VINCULANTE, NO EXAME DA ADC 16/DF INOCORRÊNCIA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR DÉBITOS TRABALHISTAS (LEI Nº 8.666/93, ART. 71, § 1º) ATO JUDICIAL RECLAMADO PLENAMENTE JUSTIFICADO, NO CASO, PELO RECONHECIMENTO DE SITUAÇÃO CONFIGURADORA DE CULPA IN VIGILANDO, IN ELIGENDO OU IN OMITTENDO DEVER LEGAL DAS ENTIDADES PÚBLICAS CONTRATANTES DE FISCALIZAR O CUMPRIMENTO, POR PARTE DAS EMPRESAS CONTRATADAS, DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS REFERENTES AOS EMPREGADOS VINCULADOS AO CONTRATO CELEBRADO (LEI Nº 8.666/93, ART. 67) ARGUIÇÃO DE OFENSA AO POSTULADO DA RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ART. 97) SÚMULA VINCULANTE Nº 10/STF INAPLICABILIDADE INEXISTÊNCIA, NO CASO, DE JUÍZO OSTENSIVO OU DISFARÇADO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE QUALQUER

ATO ESTATAL PRECEDENTES RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO (Rcl 11.327-AgR/AM, Rel. Min. Celso de Mello grifos meus). Cito, nesse mesmo sentido, os seguintes precedentes, entre outros: Rcl 11.846/MG, de minha relatoria; Rcl 12.388/ES, Rel. Min. Joaquim Barbosa; Rcl 13.216-AgR/SP, Rcl 13.276-AgR/PR e Rcl 13.901-AgR/SP, todos de relatoria do Min. Celso de Mello. Isso posto, nos termos do art. 161, parágrafo único, do RISTF, julgo improcedente esta reclamação. Publique-se. Brasília, 22 de abril de 2013. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI Relator. (STF - Rcl: 14671 RS, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 22/04/2013, Data de Publicação: DJe-077 DIVULG 24/04/2013 PUBLIC 25/04/2013)

Ante o exposto, voto no sentido da prevalência da tese jurídica que entende que os Entes da Administração Pública Direta e Indireta respondem subsidiariamente pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas ocorridas no contrato de terceirização de serviços, caso evidenciada a culpa in eligendo e in vigilando no cumprimento das obrigações. O ônus da prova caberá ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Podendo o juiz, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Voto do(a) Des(a). PAULO ALCANTARA

VOTO DO DESEMBARGADOR: PAULO ALCÂNTARA

IUJ-000362-87.2015.5.06.0000

MATÉRIA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DE ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO. ÔNUS DA PROVA.

Vistos etc.,

Trata-se a questão de se definir acerca da responsabilidade subsidiária de Ente Público.

Sigo o mesmo entendimento daqueles que entendem pela responsabilidade subsidiária do ente público, consoante análises das questões já apreciadas.

A princípio, devo registrar que o art. 37, XXI, da Constituição Federal, prevê a obrigatoriedade dos entes da Administração direta e indireta contratarem serviços mediante processo licitatório, com ressalva das hipóteses especificadas na legislação.

Frise-se por oportuno, que não há que se falar em inaplicabilidade, tampouco em violação ao art. 71 da Lei nº 8.666/93, o qual estabelece:

A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

A dicção do art. 71, caput e § 1º, da Lei 8.666/93 volta-se de modo cristalino aos princípios constitucionais que regem a matéria sub judice. Posto que, a Suprema Corte, em sessão plenária de 24/11/2010, ao apreciar a ADC 16/DF, Rel. Min. CEZAR PELUSO, julgou-a procedente, para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, firmando, com isso, o entendimento que desautorizava a orientação do E. Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciada no enunciado sumular 331, sob pena de infirmar a diretriz resultante da Súmula Vinculante nº 10/STF, *litteris*:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Assim, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC nº 16/DF, ao decidir pela constitucionalidade do mencionado dispositivo, afastou a possibilidade da "transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração". Eis o teor da ementa da mencionada Ação Direta de Constitucionalidade, *verbis*:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art, 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8 666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. (original sem grifos).

Nesse contexto, surgiu o recente entendimento jurisprudencial, seguindo a linha da decisão do Pleno do STF na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/DF, que considerou constitucional o art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, o qual prevê a isenção de responsabilidade dos entes públicos pelas dívidas trabalhistas das empresas prestadoras de serviços regulamente contratadas, mas estabelece a responsabilidade subsidiária da Administração quando houver falha na escolha da empresa prestadora de serviços, pela habilitação de empresa com insuficiência de recursos financeiros para cumprir o contrato ou, principalmente, quando houver falha na execução do contrato, deixando o ente público de constatar a não observância, pela empresa contratada, das normas trabalhistas e previdenciárias.

Tal recente entendimento jurisprudencial veio com a Resolução nº 174, de 24/05/2011. A nova redação conferida pelo TST à Súmula nº 331 alterou o inciso IV e acrescentando os incisos V e VI, consagrou a responsabilidade subsidiária dos entes públicos pelas dívidas trabalhistas devidas em razão de conduta culposa.

Essa é a nova redação da Súmula nº 331, do TST:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de 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 n. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Assim, concluo que a responsabilização patrimonial subsidiária do ente público, em face de dívidas oriundas das relações de emprego mantidas com empresa prestadora de serviços, é possível quando não comprovada a existência de fiscalização durante a execução do contrato, configurando a culpa in vigilando da Administração, consoante diretrizes traçadas pelos itens IV e V da Súmula nº 331 do TST. Mansa e pacífica a jurisprudência emanada do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, nesse mesmo sentido, conforme aresto a seguir transcrito:

TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DO EMPREGADOR CONTRATADO. OBSERVÂNCIA DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADC Nº 16-DF. SÚMULA 331, ITENS IV E V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Conforme ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 102, § 2º, da Constituição Federal), ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, é constitucional o art. 71, § 1º, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), na redação que lhe deu o art. 4º da Lei nº 9.032/95, com a consequência de que o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública, após regular licitação, para lhe prestar serviços de natureza contínua, não acarreta a esta última, de forma automática e em qualquer hipótese, sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles direitos. O referido entendimento foi recentemente consolidado pelo Pleno deste Tribunal Superior do Trabalho, ao revisar sua Súmula nº 331, em sua sessão extraordinária realizada em 24/05/2011 (decisão publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 27/05/2011, fls. 14 e 15), atribuindo nova redação ao seu item IV e inserindo-lhe o novo item V, nos seguintes e expressivos termos: "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". Na hipótese dos autos, o Regional atribuiu expressamente à recorrente a responsabilidade objetiva (artigo 37, § 6º, da Constituição Federal), que dispensa a culpa em relação ao evento danoso, o que revela afronta ao disposto no artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, pois a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos créditos do reclamante terceirizado pressupõe a culpa em relação à contratação da empresa prestadora de serviços (culpa in eligendo) e à execução do contrato (culpa in vigilando). Assim, se não há elementos que evidenciam a omissão do ente público na fiscalização do contrato de prestação de serviços, o que acarretaria sua culpa in vigilando, não se pode aplicar o antigo item IV (atual item V) da Súmula nº 331 do TST. Recurso de revista conhecido e provido. Prejudicados os demais temas. (RR - 186900-73.2005.5.01.0031, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 25/06/2013, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/08/2013).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. Provável afronta ao artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 - tendo em vista a discussão sobre a responsabilidade subsidiária de ente público - autoriza a reforma do r. despacho agravado. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. O item V da Súmula-TST-331 assenta o entendimento de que a responsabilidade supletiva, em casos de terceirização de serviços, só pode ser atribuída à Administração Pública quando evidenciada a culpa in vigilando. No caso, não é possível verificar a conduta culposa da União, uma vez que o e. Tribunal Regional confirmou a condenação subsidiária com fundamento tão somente no inadimplemento das obrigações trabalhistas. Nesse contexto, impõe-se a exclusão da União da lide. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 1824-72.2009.5.10.0002, Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, 3ª Turma, Data de Publicação: 02/03/2012).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADC Nº 16 - JULGAMENTO PELO STF - TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-MEIO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DOS SERVIÇOS - POSSIBILIDADE DESDE QUE DEMONSTRADA A CULPA IN VIGILANDO - OCORRÊNCIA NA HIPÓTESE DOS AUTOS - ARTS. 58, III, E 67, CAPUT E § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 - INCIDÊNCIA. Em observância aos postulados da impessoalidade e da moralidade (art. 37, caput, da Carta Magna), o legislador constitucional elegeu três formas de ingresso nos quadros da administração pública, quais sejam: via cargo público, via emprego público e via contrato temporário para atendimento de excepcional interesse público (incisos II e IX do aludido dispositivo). Ao fazê-lo, não deixou espaço para o legislador infraconstitucional expandir o rol acima citado, por tratar a matéria de questão intimamente ligada à gestão dos negócios públicos, que, por decisão do poder constituinte originário, ficou restrita ao âmbito constitucional. Nessa senda, não se pode confundir a contratação de serviços e obras pela administração pública, via procedimento licitatório (instituto previsto no inciso XXI do referido dispositivo constitucional e disciplinado na Lei nº 8.666/93), com a obtenção de mão-de-obra para o desempenho de atividade-meio no âmbito público, pois, neste caso, não se busca o produto (no caso de obras) ou a utilidade (no caso de serviços) proporcionados pelo vencedor do certame a que alude o mencionado diploma de lei, mas, tão somente, a fruição do trabalho alheio, para a satisfação de necessidades que poderiam ser supridas pela admissão de pessoal para laborar nos quadros estatais. Em face disso, o STF, ao julgar a ADC nº 16 e considerar o art. 71 da Lei nº 8.666/93 constitucional, de forma a vedar a responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas devidos pela prestadora dos serviços, nos casos de mero inadimplemento das obrigações por parte do vencedor de certame licitatório, referiu-se, por óbvio, às obras e serviços contratados, via licitação, pela administração pública. Isso porque, ao fazer referência às terceirizações incidentes sobre atividade-meio da Administração Pública, o

STF expendeu o entendimento de que, nos casos em que restar demonstrada a culpa in vigilando da entidade estatal (incluindo-se, nesse conceito, os órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta), viável se torna a sua responsabilização pelos encargos devidos ao trabalhador, tendo em vista que, nessa situação, responderá pela sua própria incúria. Por culpa in vigilando, entenda-se a postura passiva da Administração Pública, que deixa de exigir do prestador dos serviços o demonstrativo atinente ao cumprimento das obrigações laborais, de aplicar, em caso de renitência, as sanções previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93 e de rescindir o contrato, na forma dos arts. 77 e 78 do mencionado diploma legal. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem consignou que a Administração Pública não cumpriu com o seu dever de fiscalizar o atendimento das obrigações laborais por parte do prestador dos serviços. Não demonstrada a satisfação do dever imposto nos arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93 (ônus que incumbe ao ente público, por se tratar de fato impeditivo do acolhimento da pretensão autoral), impõe-se a manutenção do acórdão regional, pois patente a existência de culpa in vigilando por parte da Administração Pública, não se havendo de se cogitar, portanto, em sua responsabilização pelo mero inadimplemento das obrigações devidas por aquele que firma contrato de execução de serviços e obras públicas com o Estado o que restou vedado pela decisão proferida na citada ADC nº 16). Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 122640-74.2005.5.01.0002, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 14/09/2011, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/09/2011).

Pois bem.

O que temos aqui é a hipótese em que o ônus probatório é transferido ao ente público ante o princípio da aptidão para a prova, resultante da vulnerabilidade processual e material que atinge o trabalhador vindicante.

Também há de se ressaltar que não há falar em culpa na modalidade in eligendo. Ademais, os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade e imperatividade, podendo admitir-se que houve a necessária verificação da idoneidade financeira da prestadora à época da contratação. O contrário poderia até, em tese, ter ocorrido, ou seja, a prestadora de serviços contratada ser inidônea por ocasião do pactuação, no entanto, caberia prova também neste sentido.

De tal sorte que, a resolução da questão perpassa em perquirir a efetividade da fiscalização contratual realizada pela tomadora de serviço.

Vejamos então.

Ante o alhures explanado, depreende-se que há a possibilidade de se responsabilizar o ente público de forma subsidiária, não havendo qualquer afronta aos artigos da Lei 8.666/93, tampouco aos artigos 5º, II; 37, II e § 2º, e 37, XXI da Constituição Federal de 1988, ou à Súmula 331, do C. TST.

Observo que, para afastar a ocorrência de culpa in vigilando é necessário que a fiscalização exercida pelo ente público se dê durante todo o período da prestação dos serviços, o que acarreta, dentre outros, o ônus de fiscalizar e de exigir que a prestadora de serviços comprove o adimplemento das verbas trabalhistas e rescisórias.

Tenho que cabe ao ente público provar que cumpriu seu dever de fiscalização, nos moldes do contido dos arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93, por se tratar de fato impeditivo ao acolhimento da pretensão autoral (art. 818 da CLT c/c 373, II do Novo Código de Processo Civil), não se desvencilhando a contento de seu ônus probandi, restará configurada a sua culpa in vigilando quanto à fiscalização da prestadora de serviços que contratou.

Desta forma, eventuais obrigações que não forem pagas pela empregadora serão transferidas ao responsável subsidiário, sendo incoerente, inclusive, estabelecer uma limitação material ao alcance da responsabilidade subsidiária.

Repiso que para a afastabilidade da culpa in vigilando é necessário que a fiscalização exercida pelo ente público se dê durante todo o período da prestação dos serviços, o que enseja, como dito alhures, o encargo de fiscalizar e de exigir que a prestadora de serviços comprovasse o adimplemento das verbas trabalhistas e rescisórias.

Voto, pela prevalência da tese jurídica no sentido de que respondem subsidiariamente os Entes da Administração Pública Direta e Indireta quando evidenciada in vigilando, cabendo ao ente público, inclusive, o encargo da prova da efetiva fiscalização.

Voto do(a) Des(a). JOSE LUCIANO ALEXO DA SILVA

Processo nº 0000362-87.2015.5.06.0000 (IUJ)

Voto DIVERGENTE do Des. José Luciano Alexo da Silva

Versa o presente Incidente de Uniformização de Jurisprudência acerca da responsabilização subsidiária de ente público pela satisfação de créditos de natureza trabalhista inadimplidos pela empresa terceirizada em face dos contratos de trabalho firmados.

Reza o parágrafo 1º, do artigo 71, da Lei nº 8.666/93 (que disciplina o processo de licitação nos entes estatais e paraestatais) que a inadimplência da empresa contratada com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelo seu pagamento.

Em decisão proferida em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade (nº 16), o STF reconheceu a constitucionalidade do dispositivo legal acima mencionado, em caráter vinculante, conforme informado no sítio eletrônico daquela Corte, no dia em 24 de novembro de 2010.

Em atenção ao entendimento firmado pelo STF no julgamento da ADC já referida, o TST revisou o texto da S. 331, alterando a redação do inciso IV e acrescentando os itens V e VI.

No item V do verbete sumular já referido, estabeleceu o TST que "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 n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada"

Desta forma, no caso concreto, para responsabilização secundária dos entes da administração pública (direta e indireta), pelo adimplemento de créditos de natureza trabalhista, necessário se faz a comprovação de sua culpa "in vigilando" no cumprimento das obrigações legais e contratuais por parte da prestadora de serviços, conforme exigência disposta no item V da Súmula 331 do TST.

Nada obstante caber ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito (inteligência do art. 818 da CLT c/c art. 373 do NCPC), no caso de alegação de culpa in vigilando do ente da administração direta ou indireta e pretensão de sua responsabilização subsidiária pela satisfação de créditos trabalhistas não adimplidos pela empresa de intermediação de mão de obra, caberá ao tomador (ente público) o encargo de demonstrar o cumprimento das exigências legais quanto à fiscalização do implemento das cláusulas do contrato administrativo.

Isso se dá em razão da maior aptidão para a prova de que dispõe o ente público, porquanto eventuais documentos relacionados ao contrato de prestação de serviços que mantém

com empresa de terceirização estão em seu poder. Deve o magistrado, dessa forma, diante da impossibilidade ou excessiva dificuldade do trabalhador acionante em demonstrar a ação culposa do ente público, distribuir de forma dinâmica o ônus da prova, nos moldes do art. 373, §1º, do NCPC.

Por todo o exposto, voto no sentido de prevalência da tese segundo a qual o ente da administração direta e indireta pode ser responsabilizado, subsidiariamente, pela satisfação de créditos trabalhistas inadimplidos pela empresa de prestação de serviços, caso demonstrada falta de fiscalização no cumprimento das obrigações do contrato administrativo (culpa in vigilando); bem como posiciono-me pela atribuição do encargo probatório ao ente da administração pública quanto à inexistência de conduta culposa na supervisão do cumprimento das obrigações trabalhistas pela terceirizada, ante o princípio da aptidão para a prova e distribuição dinâmica do ônus probandi.

SUMÁRIO

Documentos			
Id.	Data de Juntada	Documento	Tipo
337f28f	08/06/2016 15:02	Acórdão	Acórdão