



PROCESSO N° TST-RR-719-96.2018.5.06.0312

A C Ó R D ã O
(8ª Turma)

GMDMC/Npf/Dmc/rv/jn

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ÔNUS DA PROVA. 1. A presente controvérsia gira em torno do ônus da prova da fiscalização e da configuração da conduta culposa do ente público, a fim de se aferir a observância da diretriz perfilhada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC n° 16 e da tese fixada no julgamento do RE n° 760.931, em sede de repercussão geral (Tema n° 246). 2. A SDI-1 desta Corte, órgão de uniformização jurisprudencial *interna corporis*, firmou a compreensão de que a discussão atinente ao *onus probandi* não foi apreciada no referido precedente, notadamente em razão do seu caráter infraconstitucional, incumbindo a este Tribunal Superior do Trabalho o enfrentamento da questão. 3. E, assim, com base no princípio da aptidão para a prova e no fato de que a fiscalização constitui um dever legal, concluiu ser do ente público o encargo probatório de demonstrar a regular observância das exigências legais no tocante à fiscalização da prestadora dos serviços quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas. 4. Dentro deste contexto, o presente recurso logra êxito, na medida em que o Tribunal *a quo* afastou a condenação subsidiária atribuída ao ente público, consignando que o reclamante (Ministério Público do Trabalho) não comprovou a ausência de fiscalização por parte da Administração Pública quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas pelo segundo reclamado, ônus que não lhe incumbia. **Recurso de revista conhecido e provido.**



PROCESSO N° TST-RR-719-96.2018.5.06.0312

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° **TST-RR-719-96.2018.5.06.0312**, em que é Recorrente **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO** e são Recorridos **NORDESTE SUSTENTAVEL LTDA** e **ESTADO DE PERNAMBUCO**.

O Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, por meio do acórdão de fls. 2.038/2.049, deu provimento parcial ao recurso ordinário interposto pelo *parquet* para "*majorar a indenização por danos morais coletivos ao patamar de R\$20.000,00 (vinte mil reais)*"; e deu provimento parcial ao recurso ordinário interposto pelo segundo reclamado para "*excluir a responsabilidade subsidiária do ente público recorrente, Estado de Pernambuco*".

Irresignado, o Ministério Público do Trabalho, com suporte nas alíneas "a" e "c" do art. 896 Consolidado, interpôs o presente recurso de revista postulando a revisão do julgado quanto à questão alusiva à responsabilidade subsidiária da Administração Pública (fls. 2.093/2.125).

Por meio da decisão de fls. 2.314/2.316, a Presidente do Regional, como lhe faculta o art. 896, § 1º, da CLT, admitiu o recurso de revista, em face da demonstração de divergência jurisprudencial específica.

Não foram apresentadas contrarrazões ao recurso de revista, consoante notícia a certidão de fl. 2.331.

O Ministério Público do Trabalho, por meio da manifestação de fl. 2.337, pronunciou-se pelo prosseguimento do feito, tendo em vista ser parte na contenda.

É o relatório.

V O T O

I. CONHECIMENTO

Preenchidos os pressupostos comuns de admissibilidade recursal, passo ao exame dos específicos do recurso de revista.



PROCESSO N° TST-RR-719-96.2018.5.06.0312

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ÔNUS DA PROVA.

O Regional, no que interessa, deu provimento parcial ao recurso ordinário interposto pelo segundo reclamado para "*excluir a responsabilidade subsidiária do ente público recorrente, Estado de Pernambuco*", *in verbis*:

“RECURSO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

Conforme relatado, o Estado de Pernambuco sustenta, com lastro no art. 71, 81º, da Lei nº 8.666/1993, ser proibida a condenação de ente público por verbas trabalhistas decorrentes do contrato de terceirização, consoante decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931/DF, em 30.03.2017, que confirmou o adotado na ADC nº 16/2007, no sentido de ser vedada '*a responsabilização automática da administração pública, só cabendo sua condenação se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos*'. Argumenta que foram anexados os comprovantes de pagamento das faturas à primeira reclamada e que não restou configurada a conduta culposa da Administração Pública. Saliencia que cabia à primeira reclamada manter capital de giro suficiente para pagamento dos trabalhadores por três meses, independentemente da ausência de repasse de verbas pelo ente público, o que, na verdade, decorre da própria fiscalização quando encontrada irregularidade. Insiste na '*impossibilidade de transferência automática para a Administração Pública da responsabilidade subsidiária pelo descumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada*'. Assevera que cabe ao reclamante comprovar a ocorrência de culpa in vigilando, do que não se desincumbiu. Cita jurisprudência.

Defende que as obrigações de fazer impostas têm natureza personalíssima, de forma que não podem alcançar o tomador dos serviços, o mesmo afirmando com relação às obrigações de pagar salários em atraso e vale-alimentação, sob pena de afronta ao disposto no art. 37, II, da CF/88, e também com relação ao pagamento de dano moral coletivo. Acrescenta ser inadmissível a condenação por dano moral coletivo, uma vez que não se tema



PROCESSO N° TST-RR-719-96.2018.5.06.0312

exata medida do prejuízo sofrido e que, a par dessa questão, há necessidade da prova da conduta comissiva do Estado, o que não ocorreu. Pede a exclusão da responsabilidade que lhe foi atribuída.

Ad cautelam, requer a condenação da parte adversa ao pagamento de honorários advocatícios. Por fim, pede a observância do art. 1º-F, da Lei 9494/97 e do art. 790-A, I, da CLT, aplicando-se a isenção de custas processuais.

Sobre a matéria, a d. julgadora *a quo* pronunciou-se nos seguintes termos:

‘Alega a litisconsorte que não possui qualquer responsabilidade para com créditos trabalhistas devidos por suas contratadas a seus empregados. Aduz que celebrou contrato para prestação de serviços com a segunda reclamada, selecionada por processo licitatório e regular e junta aos autos tais contratos e termos aditivos. Assevera que é pessoa jurídica de Direito Público e nesta condição não deve responder pela demanda mesmo que subsidiariamente. Argumenta que o STF declarou a constitucionalidade da Lei 8.666/93 na Ação Declaratória 16 inexistindo, assim, a responsabilidade prevista na Sum. 331, IV, do TST que teve sua redação alterada pelo TST. Diz, ainda, que agiu sempre de forma diligente fiscalizando suas obrigações como contratante nos termos exigidos pela Lei 8.666/93. Relativamente às obrigações de fazer diz que estas não lhe podem ser opostas na condição de mera contratante e também que não pode responder, mesmo que subsidiariamente, a direitos trabalhistas porventura descumpridos pela segunda reclamada, eis que não integrantes do seu conjunto de responsabilidades.

De fato, diante da jurisprudência predominante do TST temos que não mais se aplica a responsabilidade subsidiária do ente público contratante quando isso decorrer do mero inadimplemento da prestadora de serviços, ou seja, há de se perquirir, caso a caso, se houve falha na fiscalização do contrato de prestação de serviços. Mas vejamos a evolução de tal pensamento.

Estabelece o art. 71,8 1º, da Lei 8.666/93:



PROCESSO N° TST-RR-719-96.2018.5.06.0312

‘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 estabelecidos neste artigo, 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.’

O Pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC 16 ocorrido em 24.11.2010 declarou a constitucionalidade do referido dispositivo legal acima transcrito, afastando a possibilidade de condenação da administração pública, mesmo que subsidiária, em face de dívidas de sua contratada. Mas não afastou totalmente a possibilidade de responsabilização do ente público.

Por seu turno, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho aprovou em 24.05.2011 mudanças na Súmula 331. Assim, no inciso IV da Sum. 331 foi mantida a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, mas excluindo de tal hipótese o ente público. Para regulamentar a terceirização em cujo polo passivo esteja membro da administração criou o inciso V com a seguinte dicção:

‘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.’ Grifos nossos.

Prevalece entendimento no STF, TST e TRT 6º Região que não se há de falar em culpa in elegendo sendo regular o procedimento licitatório para escolha da empresa prestadora dos



PROCESSO N° TST-RR-719-96.2018.5.06.0312

serviços observando os ditames da Lei 8.666/93. Contudo, a culpa in vigilando deve ser perquirida caso a caso e sempre que constatada se aplica ao ente público a obrigação de responder subsidiariamente à sua contratada.

O Estado de Pernambuco junta aos autos alguns documentos demonstrando o pagamento de faturas à segunda reclamada.

Tais documentos, contudo, não podem prevalecer para comprovar ausência de culpa na fiscalização do ente público. O caso em tela não trata simplesmente de responsabilidade subsidiária pelo descumprimento de preceitos trabalhistas na busca de direitos individuais homogêneos, eis que envolve toda a coletividade de trabalhadores da segunda reclamada que prestam serviços à Secretaria de Saúde (em diversos hospitais no Estado de Pernambuco). No caso em tela, o descumprimento informado na inicial - inadimplemento de verbas trabalhistas pela segunda reclamada decorre diretamente da ausência de pagamento tempestivo dos salários, bem como dos vale-alimentação e nos valores fixados no Contrato de Prestação de Serviços pelo do Estado de Pernambuco à sua contratada. Isso está por demais comprovado nos autos.

Em sendo assim, sua culpa é evidente, clara e cristalina. Não pagando a tempo e modo pelas obrigações que contraiu o ente público contratante é responsável direto pela desordem financeira que gera à segunda reclamada e seus empregados no pagamento dos títulos trabalhistas decorrentes do contrato de trabalho. E deve ser dito que isso não ocorreu apenas com a Nordeste Sustentável Ltda-EPP. São inúmeras as empresas terceirizadas prestadoras de serviço ao Estado em atividades essenciais como é o caso da Secretaria de Saúde, que mantém contrato com o Estado de Pernambuco e que frequentam esta Justiça do Trabalho para responder por créditos que deixaram de pagar a seus empregados por não receberem do ente público o acordado.



PROCESSO N° TST-RR-719-96.2018.5.06.0312

Por tudo isso, temos que o Estado de Pernambuco deve responder com suas contratadas pelos títulos de natureza pecuniária porventura decorrentes da presente demanda de forma subsidiária considerando que foi ela a beneficiária final do labor dos empregados da segunda reclamada. Desde já indeferimos o pedido do Estado de Pernambuco para exclusão de parcelas como multas por exemplo da sua condenação. As obrigações de fazer, de fato, são personalíssimas e somente podem ser realizadas pelas reclamadas principais, contudo, a condenação de natureza pecuniária lhe será repassada em sua totalidade em caso de inadimplemento da primeira reclamada. Ocorre que neste caso ela assume a dívida na qualidade de responsável e não de devedora principal. E na qualidade de responsável deve responder por toda a dívida.

Tudo conforme inciso VI, da Súmula 331 do TST que dispõe:

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

Mas deferimos o pedido de observância do art. 1º-F da Lei 9.494/97, juros de mora mais benéficos.

Portanto, relativamente ao dano moral coletivo, responderá primariamente pela dívida aos empregados a segunda ré, esta na qualidade de empregadora. Contudo, em caso de inadimplência destas responderá subsidiariamente o Estado de Pernambuco, contratante dos serviços. As obrigações de fazer são de responsabilidade exclusiva da segunda ré, assim como a indenização por danos morais coletivos demandados exclusivamente em face desta.’

A sentença merece reforma porque a matéria relativa à responsabilidade subsidiária da Administração Pública direta e indireta pelas obrigações trabalhistas não cumpridas por empresa prestadora de serviços, foi objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (24/04/2017), nos autos do processo RE760931, no qual o plenário daquela Suprema Corte decidiu, por maioria dos votos, que a administração pública não deve ser



PROCESSO N° TST-RR-719-96.2018.5.06.0312

considerada responsável por dívidas trabalhistas de empresa terceirizada por ela contratada, fixando a seguinte tese de repercussão geral, verbis: *‘O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, 8 1º, da Lei nº 8.666/93’.*

Assim sendo, 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.

E nos caso dos autos, não há provas de que o ente público, na condição de tomador dos serviços, adotou conduta culposa, na contratação e fiscalização das obrigações previstas na Lei nº 8.666/93, conforme a orientação atual da Súmula nº 331, V, do TST, ônus que incumbia à parte reclamante, como já referido, do qual não se desvencilhou.

Data vênua do entendimento expressado pela d. magistrada sentenciante, o adimplemento das verbas trabalhistas são de responsabilidade da contratada, cabendo ao ente público contratante a fiscalização. Nesse cenário, partindo-se da premissa de que a contratada é uma empresa hígida financeiramente, eventual suspensão ou atraso, pelo ente público, no repasse de verbas à contratada decorre, em princípio, desse poder fiscalizatório.

Impende ressaltar, a esta altura, que a responsabilidade subsidiária aplicada ao ente público, data máxima vênua dos entendimentos contrários, viola o princípio da razoabilidade, porque obriga o tomador do serviço à assunção de encargos de verdadeiro empregador, o que, no entender deste magistrado, a terceirização visa evitar.

Quando a prestadora de serviços oferece o seu preço para a contratação, nele já estão embutidos todos os encargos inerentes, inclusive os trabalhistas, relativos aos empregados envolvidos na execução do contrato, de modo que, em sendo o contratante condenado subsidiariamente - hipótese dos autos -, será obrigado a pagar duas vezes, em evidente afronta à noção mais elementar de justiça.



PROCESSO N° TST-RR-719-96.2018.5.06.0312

O Direito do Trabalho, em que pese privilegiar o hipossuficiente, não pode e não deve ser interpretado de modo dissonante do restante do ordenamento jurídico, como é o caso do artigo 71, da Lei 8.666/93, e artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, bem como o princípio da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

Dessa forma, não caracterizada a conduta culposa do tomador dos serviços, no cumprimento das obrigações da Lei n° 8.666/93, nem sendo possível invocar-se a responsabilidade objetiva da Administração Pública, haja vista a decisão proferida pelo STF na ADC n° 16-DF, declarando a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei n° 8.666/93, conclui-se que não deve ser atribuída à recorrente qualquer responsabilidade subsidiária, restando, assim, afastada a aplicabilidade da Súmula n° 331, do Colendo TST.

Portanto, dá-se provimento ao recurso para excluir a responsabilidade subsidiária do Município (*sic*) recorrente.” (fls. 2.043/2.047 – grifos apostos)

À referida decisão, o *parquet*, pautado em violação dos arts. 818 da CLT, 373 do CPC e 55, VII e XIII, e 71, § 1º, da Lei n° 8.666/93, em contrariedade à Súmula n° 331 do TST e em divergência jurisprudencial, interpôs o presente recurso de revista, sustentando que cabe ao ente público o ônus de provar a configuração de eficaz fiscalização. Aduz, assim, que, não tendo o ente público se desincumbido do seu ônus, fica configurada a culpa *in vigilando*, devendo ser reconhecida a sua responsabilidade subsidiária (fls. 2.099/2.124).

Dentro desse contexto, tem-se que o aresto transcrito à fl. 2.106 (processo n° 0011821-33.2015.5.03.0077), oriundo do TRT da 3ª Região, conduz ao fim pretendido, pois externa tese contrária à decisão recorrida, assentando que “*Apenas a Administração Pública detém aptidão para provar que fiscalizou efetivamente a empresa contratada*”.

Pelo exposto, **conheço** do recurso de revista por dissenso específico de teses.

II. MÉRITO



PROCESSO N° TST-RR-719-96.2018.5.06.0312

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ÔNUS DA PROVA.

Ora, é cediço que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC n° 16, declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n° 8.666/93, o qual estabelece que *“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”*.

Contudo, por ocasião do aludido julgamento, restou estabelecida a compreensão de que *“a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas se reconheceu que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade”* (Rel. Min. Cezar Peluso, DJE de 9/9/11).

Nessa linha de entendimento, este Tribunal Superior modificou a redação da Súmula n° 331, inserindo o item V, cujo teor é o seguinte:

“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 sua vez, no julgamento do RE n° 760.931, em sede de repercussão geral (Tema n° 246), o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese:



PROCESSO N° TST-RR-719-96.2018.5.06.0312

“O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.”

Na presente hipótese, o Tribunal de origem concluiu que *“não há provas de que o ente público, na condição de tomador dos serviços, adotou conduta culposa, na contratação e fiscalização das obrigações previstas na Lei nº 8.666/93, conforme a orientação atual da Súmula nº 331, V, do TST, ônus que incumbia à parte reclamante, como já referido, do qual não se desvencilhou”* (fl. 2.046).

Como se observa, a presente controvérsia gira em torno do ônus da prova da fiscalização e da configuração da conduta culposa do ente público, a fim de se aferir a observância da diretriz perfilhada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC nº 16 e da tese fixada no RE nº 760.931 (Tema nº 246) quanto à responsabilidade subsidiária da Administração Pública.

A SDI-1 desta Corte, órgão de uniformização jurisprudencial *interna corporis*, em sessão completa realizada no dia 12/12/2019, no julgamento dos autos do processo nº TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281, de relatoria do Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, firmou a compreensão de que a discussão atinente ao *onus probandi* não foi apreciada no referido precedente de repercussão geral, notadamente em razão do seu caráter infraconstitucional, incumbindo a este Tribunal Superior do Trabalho o enfrentamento da questão. Nessa linha, com base no princípio da aptidão para a prova e no fato de que a fiscalização constitui um dever legal, concluiu ser do ente público o encargo probatório de demonstrar a regular observância das exigências legais no tocante à fiscalização da prestadora dos serviços quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas.

Nesse contexto, **dou provimento** à revista a fim de reformar o acórdão regional e restabelecer a sentença na parte em que havia condenado o segundo reclamado, Estado de Pernambuco, a responder de forma subsidiária pela condenação. Dessarte, determino o retorno dos autos ao Tribunal Regional de origem, para análise dos temas constantes



PROCESSO N° TST-RR-719-96.2018.5.06.0312

do recurso ordinário não analisados, diante da exclusão da responsabilidade do então recorrente.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, **conhecer** do recurso de revista, por divergência jurisprudencial específica, e, no mérito, **dar-lhe provimento** a fim de reformar o acórdão regional e restabelecer a sentença na parte em que havia condenado o segundo reclamado, Estado de Pernambuco, a responder de forma subsidiária pela condenação. Dessarte, determina-se o retorno dos autos ao Tribunal Regional de origem, para análise dos temas constantes do recurso ordinário do reclamado não analisados, diante da exclusão da responsabilidade do então recorrente.

Brasília, 14 de abril de 2021.

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

DORA MARIA DA COSTA
Ministra Relatora