

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP  
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO E DIREITO  
PROCESSUAL DO TRABALHO**

**VIVIAN DINIZ GONDIM SARAIVA**

**TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL E  
PERSPECTIVAS ATUAIS DA ANÁLISE PELO TST E STF DA  
DEMONSTRAÇÃO DA CULPA DO ENTE PÚBLICO (TOMADOR DE  
SERVIÇOS) PELO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES  
TRABALHISTAS PELA EMPRESA INTERPOSTA (PRESTADORA DE  
SERVIÇOS) A PARTIR DO JULGAMENTO DA ADC 16 – DF**

**BRASÍLIA – DF  
AGOSTO 2016**

**VIVIAN DINIZ GONDIM SARAIVA**

**TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL E  
PERSPECTIVAS ATUAIS DA ANÁLISE PELO TST E STF DA  
DEMONSTRAÇÃO DA CULPA DO ENTE PÚBLICO (TOMADOR DE  
SERVIÇOS) PELO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES  
TRABALHISTAS PELA EMPRESA INTERPOSTA (PRESTADORA DE  
SERVIÇOS) A PARTIR DO JULGAMENTO DA ADC 16 – DF**

Trabalho de Monografia apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP como requisito parcial para obtenção de título de Especialista na área de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho.

Orientador: Min. Douglas Alencar Rodrigues

**BRASÍLIA – DF  
AGOSTO 2016**

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo verificar as perspectivas atuais de como o Tribunal Superior do Trabalho e o Supremo Tribunal Federal vêm se posicionando, a partir da declaração de constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 16 - DF, ao realizar a efetiva análise do conjunto fático-probatório e ônus da prova, fixadas nos acórdão regionais, para então decidir pela existência da culpa ou não, pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços, e a consequente manutenção ou afastamento da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, tomadora dos serviços, nos casos de terceirização. Mas antes será apresentada a evolução jurisprudencial mais aprofundada acerca da terceirização no âmbito da Administração Pública e feita uma abordagem de como e a quem incumbe demonstrar a aludida conduta culposa do ente público após o julgamento da ADC 16 – DF pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras Chave: Terceirização. Administração Pública. Ente Público. Tomador de serviços. Prestador de serviços. Súmula 331 do TST. Fiscalização. Culpa. Inadimplemento. Obrigações trabalhistas. Prova. Ônus da prova. Julgamento. ADC 16 – DF. Jurisprudência atual. Supremo Tribunal Federal. STF. Tribunal Superior do Trabalho. TST.

## **ABSTRACT**

This study aims to verify the current perspectives on how the TST and the STF are positioning themselves, on the declaration of constitutionality of paragraph 1 of art. 71 of Law no. 8.666/93 in ADC 16 - DF, to achieve the effective analysis of the factual set-evidence and burden of proof, as set out in the regional judgment, to then decide by the existence of guilt or not, by default of labor obligations contracted by the company, and the consequent maintenance or removal of the subsidiary responsibility of Public Administration in cases of outsourcing. But before that, we will look into the evolution of jurisprudence about outsourcing within the Public Administration in greater depth and indicate how and whom is responsible for demonstrating the wrongful conduct of the aforementioned public entity after the trial of 16 ADC-DF by the Supreme Court.

Keywords: Outsourcing. Public administration. Public entity. Policyholder services. Service provider. TST Precedent 331. Oversight. Fault. Default. Labor obligations. Proof. Burden of proof. Judgment. ADC 16 - DF. Current jurisprudence. STF. TST.

## SUMÁRIO

|   |    |
|---|----|
| INTRODUÇÃO .....  | 6  |
| 1 A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....  | 9  |
| 2 O JULGAMENTO DA ADC 16 - DF, A NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONDUTA CULPOSA DO ENTE PÚBLICO (TOMADOR DOS SERVIÇOS) PELO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS PELA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E A QUESTÃO DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA ..... | 20 |
| 3 PERSPECTIVAS ATUAIS DA ANÁLISE PELO TST E STF DA DEMONSTRAÇÃO DA CULPA DO ENTE PÚBLICO (TOMADOR DE SERVIÇOS) PELO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS PELA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS A PARTIR DO JULGAMENTO DA ADC 16 – DF.....                 | 32 |
| CONCLUSÃO .....   | 52 |
| REFERÊNCIAS .....   | 56 |

## INTRODUÇÃO

No Brasil não há legislação específica que regule a terceirização e, em decorrência dessa lacuna, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) editou súmula sobre a essa maneira de contratar.

A escassez de instrumento legal que regulamente e tome a postura de legislação principal das relações de trabalho terceirizados na pós-modernidade provoca diversas dificuldades de ordem prática, compelindo o exercício do Poder Judiciário na ausência normativa esquecida pelo legislador.<sup>1</sup>

Nesse cenário, a princípio, por meio do Enunciado 256, o TST coibiu a terceirização. Mais tarde, através da Súmula 331, legitimou a terceirização em relação às atividades não essenciais da empresa, estabelecendo ser subsidiária a responsabilidade da tomadora dos serviços.

No ano 2000 a Corte Superior Trabalhista estendeu a responsabilidade subsidiária aos Entes Públicos, quando na qualidade de tomador dos serviços, com a edição do item IV da Súmula 331.

Conforme a referida diretriz jurisprudencial, a responsabilidade patrimonial da tomadora dos serviços (seja empresa privada, seja ente da Administração Pública direta ou indireta) era objetiva, ou seja, o simples quadro de inadimplência por parte da empresa prestadora dos serviços, deixando de pagar os encargos laborais devidos ao seu empregado, gerava a responsabilidade subsidiária da tomadora dos serviços em honrar tais créditos trabalhistas, independente de demonstração de culpa ou dolo.

Em 24/11/2010, na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 16 – DF) ajuizada pelo Distrito Federal, o Supremo Tribunal Federal (STF), em sessão plenária, entendeu pela constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93.

---

<sup>1</sup> TEIXEIRA, Sérgio Torres. Terceirização no âmbito da administração pública e a demonstração da Culpa *In Eligendo* ou *In Vigilando* do tomador dos serviços pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas. **Revista Magister de direito do trabalho**, Porto Alegre, v. 11, n. 66, maio/jun. 2015, p. 41.

Assim, restou consolidado o entendimento de que o inadimplemento das obrigações trabalhistas na terceirização não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelo seu pagamento, exceto se comprovado que houve omissão do ente público na fiscalização da execução do contrato (culpa *in vigilando*) ou que houve falha na escolha da prestadora de serviço, como a contratação de empresa inidônea, tecnicamente incapaz ou economicamente deficitária (culpa *in eligendo*).

No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, o resultado foi a edição de uma nova redação ao texto do item IV da sua Súmula 331, e, ainda, a inclusão de dois novos itens (o V e o VI), um dos quais dedicado especificamente a disciplinar a responsabilidade patrimonial decorrente da terceirização no âmbito do serviço público.<sup>2</sup>

É suficiente uma brisa de ares novos na bancada de um Tribunal Superior, no entanto, para promover um turbilhão de efeitos nos entendimentos nos tribunais de jurisdição ordinária. E foi o que sucedeu quando foi publicado o aludido julgado no STF que modificou a direção da jurisprudência dos órgãos da Justiça do Trabalho sobre a matéria da terceirização dos serviços na esfera da Administração Pública.<sup>3</sup>

Diante da decisão da Suprema Corte pela constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, a questão da responsabilidade do Poder Público nas terceirizações passou a exigir uma análise do conjunto fático-probatório, o ônus da prova, a busca da verdade real e o dever da fundamentação tendo em conta a necessidade de controle da racionalidade sistêmica na aplicação do Direito.<sup>4</sup>

Nessa linha, o presente trabalho tem como objetivo verificar as perspectivas atuais de como o TST e o STF vêm se posicionando, a partir da declaração de constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93 na ADC 16 - DF, ao realizar a efetiva análise do conjunto fático-probatório e ônus da prova, fixadas nos acórdão regionais, para então decidir pela existência da culpa ou não, pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de

---

<sup>2</sup> TEIXEIRA, Op. cit., p. 50.

<sup>3</sup> Idem, p. 42.

<sup>4</sup> BELMONTE, Alexandre Agra; MUNHOZ, Andréa Rodrigues de Oliveira. Os efeitos da declaração de constitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações) sobre a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST). In: COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coord.). **O STF e a interpretação da Constituição: casos paradigmáticos em direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 119/120.

serviços, e a consequente manutenção ou afastamento da responsabilidade subsidiária da Administração Pública nos casos de terceirização.

Todavia, antes será apresentada a evolução jurisprudencial mais aprofundada acerca da terceirização no âmbito da Administração Pública e feita uma abordagem de como e a quem incumbe demonstrar a aludida conduta culposa do ente público após o julgamento da ADC 16 – DF pelo STF.

O tema, portanto, possui relevância política, social e acadêmica. Isto em razão da enorme quantidade de demandas judiciais em que a Administração Pública foi responsabilizada subsidiariamente, sob o argumento de efetiva aplicação da Súmula 331 do TST, circunstância que acarreta grandes prejuízos aos cofres públicos, mas ao mesmo tempo resguarda o trabalhador em caso de eventual inadimplência da empresa prestadora de serviços, fazendo com que o ente público tome medidas preventivas em decorrência do seu dever de fiscalizar a execução do contrato de prestação de serviço.



## 1 A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A terceirização de serviços, um fenômeno originalmente econômico, mas com repercussões intensas nos meios laborais da sociedade contemporânea, é hoje uma realidade que, por bem ou por mal, se tornou uma das principais fontes de trabalho para empregados no Brasil desde o início dos anos 1980 do século passado. E apesar de sua crescente importância, ainda carece de uma disciplina legal, sendo até hoje regulamentada apenas por diretrizes previstas em Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho.<sup>5</sup>

Em busca de um mecanismo para desenvolver a sua atividade-fim com mais eficiência e de forma especializada, a Administração Pública encontrou na terceirização um meio que lhe assegurasse que, transferindo a um terceiro uma função que não fizesse parte da sua linha principal de atuação, estivesse dentro da legalidade.<sup>6</sup>

Antes da edição do Enunciado 256 do TST, são citadas como referências de normatização brasileira sobre a terceirização: a) o Decreto-lei 200, art. 10, o qual previa a descentralização dos trabalhos tidos como não essenciais da Administração Pública; b) a Lei 5.645/70 exemplificava hipóteses permissivas de terceirização no serviço público; c) a Lei 6.019/74, que disciplina o trabalho temporário (modalidade especial de contrato de trabalho), prevendo a possibilidade de terceirização dos serviços principais, o que era incompatível com a ordem trabalhista vigente à época de sua edição; e d) a Lei 7.102/83 que estendeu para os serviços de vigilância o contrato de terceirização.

E após a edição do respectivo enunciado, pode-se citar também como referência de legislação acerca do tema a Lei 8.863/94, que ampliou a hipótese de terceirização para toda área de vigilância patrimonial, pública ou privada, inclusive para pessoa física.

Cabe recordar, ainda, das Leis 8.987/95 e 9.472/97, que tratam a respeito de concessões públicas e de serviços de telecomunicações, respectivamente. Ambas trazem a

---

<sup>5</sup> TEIXEIRA, Op. cit., p. 41/42.

<sup>6</sup> CÂMARA, Viviane Miranda da. A responsabilidade trabalhista da Administração Pública nos contratos de terceirização: a repercussão do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16. **Revista Fórum Trabalhista – RFT**. Belo Horizonte, ano 3, n. 13, julho/agosto. 2014, p. 140.

possibilidade de que as concessionárias do serviço público contratem com terceiros<sup>7</sup> a realização de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Quanto à possibilidade das empresas concessionárias de serviço público contratarem com terceiros a realização de atividades inerentes ao serviço, vale destacar o atual entendimento do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e do Supremo Tribunal Federal (STF), sobre a licitude ou ilicitude dessa terceirização, explicitado em um acórdão proferido pela 2ª Turma do TST de relatoria do Ministro José Roberto Freire Pimenta. Consta da ementa do aludido acórdão:

TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA. CALL CENTER. ATIVIDADE-FIM DA RECLAMADA TOMADORA DE SERVIÇOS. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 25, § 1º, DA LEI Nº 8.987/95 E APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 331, ITENS I E III, DO TST. VÍNCULO DE EMPREGO ENTRE A TOMADORA DE SERVIÇOS E O TRABALHADOR TERCEIRIZADO RECONHECIDO. 1. O serviço de call center é atividade-fim, e não atividade-meio, das empresas concessionárias de serviço de energia elétrica. Assim, em observância à Súmula nº 331, itens I e III, do TST, que consagrou o entendimento de que a terceirização só se justifica quando implicar a contratação da prestação de serviços especializados por terceiros em atividades-meio, que permitam a concentração dos esforços da empresa tomadora em suas atividades precípuas e essenciais, tem-se que a terceirização desses serviços de teleatendimento pelas empresas do setor elétrico configura intermediação ilícita de mão de obra, devendo ser reconhecido o vínculo de emprego desses trabalhadores terceirizados diretamente com os tomadores de seus serviços. 2. Com efeito, o aumento desses serviços nos últimos anos ocorreu em razão da consolidação do Código de Defesa do Consumidor, que levou as empresas a disponibilizarem os Serviços de Atendimento do Consumidor (SAC). E, diante dessa exigência legal de manutenção de uma relação direta entre fornecedor e consumidor, o serviço de call center tornou-se essencial às concessionárias dos serviços de energia elétrica para possibilitar o necessário desenvolvimento de sua atividade, pois é por meio dessa central de atendimento telefônico que o consumidor, dentre tantas outras demandas, obtém informações, solicita e faz reclamações sobre os serviços oferecidos pela empresa. Não é possível, portanto, distinguir ou desvincular a atividade de call center da atividade fim da concessionária de serviços de energia elétrica. 3. Por outro lado, a Lei nº 8.987/95, que disciplina a atuação das empresas concessionárias e permissionárias de serviço público em geral, constitui norma de Direito Administrativo e, como tal, não foi promulgada para regular matéria trabalhista e não pode ser interpretada e aplicada de forma literal e isolada, como se operasse em um vácuo normativo. Por isso mesmo, a questão da licitude e dos efeitos da terceirização deve ser decidida pela Justiça do Trabalho exclusivamente com base nos princípios e nas regras que norteiam o Direito do Trabalho, de forma a interpretá-las e, eventualmente, aplicá-las de modo a não esvaziar de sentido prático ou a negar vigência e eficácia às normas trabalhistas que, em nosso País, disciplinam a prestação do trabalho subordinado, com a aniquilação do próprio núcleo essencial do Direito do Trabalho - o princípio da proteção do trabalhador, a parte hipossuficiente da relação de emprego, e as próprias figuras do empregado e do empregador. 4. Vale, ainda, salientar que, não obstante a Lei nº 9.472/97 trate, especificamente, das concessionárias de serviços de telecomunicações, o seu artigo 94, inciso II, deve ser interpretado na mesma linha do artigo 25 da Lei nº 8.987/95, pois ambos os dispositivos se referem à possibilidade de contratação com terceiros para o desenvolvimento de atividades inerentes ao serviço concedido. 5. Assim, não se pode mesmo, ao se interpretar o § 1º do artigo 25 da Lei nº 8.987/95 e o artigo 94, inciso II, da Lei nº 9.472/97, que tratam da possibilidade de contratar com terceiros o desenvolvimento de "atividades inerentes" ao serviço, expressão polissêmica e marcadamente imprecisa que pode ser compreendida em várias acepções, concluir pela existência de autorização legal para a terceirização de quaisquer de suas atividades-fim. Isso, em última análise, acabaria por permitir, no limite, que elas desenvolvessem sua atividade empresarial sem ter em seus quadros nenhum empregado e sim, apenas, trabalhadores terceirizados. 6. Ademais, quando os órgãos fracionários dos Tribunais trabalhistas interpretam preceitos legais como os ora examinados, não estão eles, em absoluto, infringindo o disposto na Súmula Vinculante nº 10, tampouco, violando o artigo 97 da Constituição Federal, que estabelece a cláusula de reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade das leis em sede de controle difuso, pois não se estará, nesses casos, nem mesmo de forma implícita, deixando de aplicar aqueles dispositivos legais por considerá-los inconstitucionais. 7. A propósito, apesar da respeitável decisão monocrática proferida em 9/11/2010 no âmbito do Supremo Tribunal Federal, da lavra do ilustre Ministro Gilmar Mendes (Rcl 10132 MC/PR - Paraná), na qual, em juízo sumário de cognição e em caso semelhante a este, por vislumbrar a possibilidade de ter sido violada a Súmula Vinculante nº 10 daquela Corte, deferiu-se o pedido de medida liminar formulado por uma empresa concessionária dos serviços de telecomunicações para suspender, até o julgamento final da reclamação constitucional, os efeitos de acórdão proferido por uma das Turmas do TST, a qual adotou o entendimento de que aqueles preceitos legais não autorizam, por si sós, a terceirização de atividades-fim por essas concessionárias de serviços públicos, verifica-se

A maior parte da legislação que faz referência à terceirização está ligada, de algum modo, aos interesses da Administração Pública, com intuito de diminuir os gastos com a máquina estatal ou de efetivar tarefas que o ente público não teve capacidade de realizar. Constatase que a terceirização é um fenômeno inevitável e não somente do setor privado.<sup>9</sup>

As normas até então mencionadas configuram diplomas esparsos e tratam da questão de forma superficial, fragmentária e insuficiente, não tendo o legislador ordinário dado a devida atenção a terceirização.<sup>10</sup>

---

que essa decisão, a despeito de sua ilustre origem, é, data venia, isolada. Com efeito, a pesquisa da jurisprudência daquela Suprema Corte revelou que foi proferida, mais recentemente, quase uma dezena de decisões monocráticas por vários outros Ministros do STF (Ministros Carlos Ayres Britto, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa e Luiz Fux) em que, em casos semelhantes a este, decidiu-se, ao contrário daquele primeiro precedente, não ter havido violação da Súmula Vinculante nº 10, mas mera interpretação dessas mesmas normas infraconstitucionais nem, muito menos, violação direta (mas, se tanto, mera violação oblíqua e reflexa) de qualquer preceito constitucional pelas decisões do TST pelas quais, ao interpretarem aqueles dispositivos das Leis 8.987/95 e 9.472/97, consideraram que essas não autorizam a terceirização das atividades-fim pelas empresas concessionárias dos serviços públicos em geral e, especificamente, na área de energia elétrica, negando-se, assim, provimento aos agravos de instrumento interpostos contra as decisões denegatórias de seguimento dos recursos extraordinários daquelas empresas. 8. O entendimento aqui adotado já foi objeto de reiteradas decisões, por maioria, da SBDI-1 desta Corte em sua composição completa (E-ED-RR-586341- 05.1999.5.18.5555, Redator designado Ministro Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 29/5/2009 - DEJT de 16/10/2009; E-RR-134640-23.2008.5.03. 0010, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 28/6/2011, DEJT de 10/8/2012). 9. Aliás, esse posicionamento também não foi desautorizado nem superado pelos elementos trazidos à consideração dos Ministros do TST na Audiência Pública ocorrida no TST nos dias 4 e 5 de outubro de 2011 e convocada pela Presidência desse Tribunal, os quais foram de grande valia para a sedimentação do entendimento ora adotado. Os vastos dados estatísticos e sociológicos então apresentados corroboraram as colocações daqueles que consideram que a terceirização das atividades-fim é um fator de precarização do trabalho, caracterizando-se pelos baixos salários dos empregados terceirizados e pela redução indireta do salário dos empregados das empresas tomadoras, pela ausência de estímulo à maior produtividade dos trabalhadores terceirizados e pela divisão e desorganização dos integrantes da categoria profissional que atua no âmbito das empresas tomadoras, com a consequente pulverização da representação sindical de todos os trabalhadores interessados. 10. A questão da ilicitude da terceirização da atividade-fim no âmbito das empresas concessionárias dos serviços públicos foi novamente objeto de deliberação pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-1), em 8/11/2012, em sua composição completa, no julgamento do Processo E-ED-RR-2938-13.2010.5.12. 0016 (DEJT de 26/3/2013), em que fiquei como Redator designado, a qual, por sua maioria (oito votos contra seis) reafirmou e consolidou o entendimento pela ilicitude dessa terceirização de serviços. 11. É importante ressaltar, por fim, que decisões como esta não acarretam o desemprego dos trabalhadores terceirizados, pois não eliminam quaisquer postos de trabalho. Essas apenas declaram que a verdadeira empregadora desses trabalhadores de call center é a empresa concessionária tomadora de seus serviços que, por outro lado, continua obrigada a prestar esses serviços ao consumidor em geral - só que, a partir de agora, exclusivamente na forma da legislação trabalhista, isto é, por meio de seus próprios empregados. 12. Assim, diante da ilicitude da terceirização do serviço de call center prestado pelo reclamante no âmbito da empresa do setor elétrico reclamada, permanece íntegra a decisão regional. Recurso de revista não conhecido. (Omissis). Recurso de revista conhecido e provido. (TST-RR-574-78.2011.5.04.0332, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT 17/06/2016)

<sup>8</sup> CASARIL, Alessandra; PEREIRA, Aline Fabiana Campos. Responsabilidade patrimonial da administração pública pelos débitos trabalhistas de suas contratadas: novas premissas para uma antiga discussão – ADC 16 e a nova redação da súmula 331 do TST. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região**. Natal, v. 17, n.1, jun. 2012, p. 76/77.

<sup>9</sup> Idem, p. 78/79.

<sup>10</sup> Idem, p. 79.

Desde o início da expansão da terceirização no Brasil, ante a notória ausência de comandos legais específicos, a jurisprudência vem estabelecendo diversas interpretações. Entretanto, em decorrência da dificuldade enfrentada pelos juízes e tribunais que lidam com o problema em foco e tendo em vista o abalo que o processo terceirizante causa (alteração na clássica estrutura de contratação), o TST em 1986 elaborou a primeira Súmula (Enunciado 256) sobre o tema com a intenção de não permitir o crescimento desenfreado da terceirização.<sup>11</sup> Eis o teor do verbete:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 6.019/74 e 7.102/83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

No que tange ao Enunciado 256 do TST, Garcia<sup>12</sup> explicita que:

O TST, destarte, inicialmente se posicionou de forma a resistir às primeiras formas de terceirização de trabalhadores, adotando uma postura de resistência à formação de relações triangulares de trabalho envolvendo uma empresa tomadora de serviços, uma empresa interposta e um empregado desta que prestaria serviços àquela (salvo nos casos específicos envolvendo o trabalho temporário e o serviço de vigilância, regidos pelas Leis ns. 6.019/74 e 7.102/83, respectivamente). A consequência pela inobservância da norma sumular, conforme prevista expressamente no seu enunciado, seria o reconhecimento de um elo de emprego entre o trabalhador terceirizado e a empresa tomadora dos serviços, maculando a relação trilateral como uma fraude à legislação trabalhista consolidada nos moldes do art. 9º da CLT, em violação direta à dignidade da pessoa humana do trabalhador.

Contudo, apesar dos pontos positivos do Enunciado 256, o referido verbete não disciplinava algumas exceções já positivadas, como a Lei 5.645/70, que estabelecia a possibilidade de terceirizar serviços tidos como não essenciais da Administração Pública.<sup>13</sup>

No intuito de corrigir as lacunas presentes no Enunciado 256, o TST editou Súmula 331, em 17 de setembro de 1993. Em seu mérito, o novo verbete foi bem mais preciso, elucidando todas as hipóteses excetivas de contratação por meio de empresas prestadoras de serviços terceirizados (inclusive as hipóteses permitidas para o serviço público).<sup>14</sup> O novo verbete foi dividido em quatro itens com o seguinte teor:

#### CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

<sup>11</sup> DAURA, Samir Alves. A terceirização trabalhista como forma de subverter a lógica protetiva do direito do trabalho. **Revista trabalhista: direito e processo**. Rio de Janeiro, v. 14, n. 53, jan./mar. 2015, p. 185.

<sup>12</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011 apud TEIXEIRA. Op. cit., p. 44.

<sup>13</sup> DAURA. Op. cit., p. 185.

<sup>14</sup> Idem, ibidem.

I – A contratação de trabalhadores por empresas 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 na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

Segundo Viana, Delgado e Amorim<sup>15</sup>, a Súmula 331 discriminou, em síntese, quatro grandes grupos de terceirização lícita, são eles: trabalho temporário (Lei 6.019/74; item I da Súmula); serviços de vigilância (Lei 7.102/70; item III, *ab initio*, da Súmula); serviços de conservação e limpeza (item III da Súmula); e serviços especializados relacionados à atividade-meio do tomador (item III da Súmula).

Nas três situações de terceirização permanente enumeradas pela Súmula 331 do TST é necessário observar a ausência de pessoalidade e subordinação do trabalhador terceirizado com o tomador de serviços. A inobservância de tais requisitos torna terceirização ilícita, com a conseqüente formação de vínculo empregatício com o tomador de serviços.<sup>16</sup>

Quanto ao trabalho temporário, o obreiro poderá laborar com pessoalidade e subordinação sem que configure vínculo empregatício com o tomador de serviços. Observa-se, nesse caso, que existe dupla subordinação do trabalhador temporário, tendo em vista que recebe ordens do empregador formal e do tomador de serviços de forma simultânea.<sup>17</sup>

Em 1993, mesmo ano em que editada a Súmula 331, foi publicada a lei de licitações (Lei 8.666/93), que possui como objeto a contratação de obras e serviços, abrangidos os contratos de prestação de serviços terceirizados na esfera da Administração Pública Direta e

<sup>15</sup> VIANA, Márcio Túlio; AMORIM, Helder Santos; e DELGADO, Gabriela Neves. Terceirização – Aspectos gerais – A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST – Novos enfoques. **Revista LTr 75/282-295**. São Paulo, LTr, n. 3, março/2011 apud ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da terceirização na Administração Pública**. Coleção Temas de Direito Administrativo n. 33. São Paulo, Malheiros Editores, 2014, p. 78.

<sup>16</sup> ZOCKUN, Op. cit., p. 78.

<sup>17</sup> Idem, p. 78/79.

Indireta (Federal, Estadual, Distrital e Municipal). A responsabilidade do Poder Público nas licitações está prevista em seu art. 71, § 1º e possui o seguinte teor<sup>18</sup>:

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 perante o registro de imóveis.

Em que pese a edição da aludida legislação, ainda havia lacuna na redação da Súmula 331 de 1993 quanto à responsabilidade do ente público que contrata terceiras. Para suprir tal omissão, o TST, em 11.09.2000, por meio da Resolução 96, acresceu ao item IV a responsabilidade subsidiária da Administração Pública referente às obrigações trabalhistas, que passou a ter a seguinte redação:

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

Tal diretriz jurisprudencial, segundo Sérgio Torres Teixeira<sup>19</sup>, estabelecia que:

O simples quadro de inadimplência por parte da empresa prestadora de serviço, deixando de pagar os encargos laborais devidos ao seu empregado, gerava para a tomadora dos serviços a responsabilidade de honrar tais compromissos creditícios independentemente da causa do inadimplemento... inclusive quando esta última fosse uma entidade da Administração Pública direta ou indireta. (...) A responsabilidade patrimonial, por conseguinte, era objetiva, desvinculada de qualquer elemento subjetivo como a culpabilidade do beneficiário dos serviços públicos.

Nesse sentido, a Súmula 331 foi de encontro ao que estabelece o art. 71 da Lei 8.666/93, uma vez que o referido dispositivo assegurava que os débitos trabalhistas não seriam de responsabilidade da Administração Pública, ao passo que o aludido verbete responsabilizava o ente público pela inadimplência da empresa contratada em relação a seus empregados.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> CASARIL; PEREIRA. Op. cit., p. 80.

<sup>19</sup> TEIXEIRA, Op. cit., p. 48.

<sup>20</sup> ZOCKUN, Op. cit., p. 79.

Casari e Pereira<sup>21</sup> explicam como se dava este embate:

(...) incessantemente, a regra do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 vinha sendo invocada pelos diversos entes da Administração Pública quando estes figuravam no polo passivo de ações trabalhistas movidas pelos trabalhadores terceirizados, nas quais estes buscavam o reconhecimento de seus direitos sociais, bem como da responsabilidade da Administração como tomadora de serviços pelos créditos declarados em sentença. Argumentavam os entes públicos, em regra, que a norma inserida na lei de licitações isentava-os de qualquer responsabilidade pelos débitos trabalhistas de suas contratadas, e que a posição jurisprudencial espelhada pela súmula 331 significava afronta ao referido dispositivo. Aduziam, ainda, que ao editar a súmula 331 e ao julgar os casos concretos pautados pelo entendimento sumulado, o TST estaria declarando a inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93 sem, contudo, observar a cláusula de reserva de plenário, exigência contida no art. 97 da Constituição Federal e ratificada pela Súmula Vinculante nº 10 do STF.

Frente a este combate entre a Lei de Licitações e a súmula, o dispositivo legal foi questionado no Supremo Tribunal Federal, em 2007, acerca de sua constitucionalidade. Tal assunto foi julgado pela Ação Declaratória de Constitucionalidade 16, em 24/11/2010, a qual definiu pela constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 e pela sua interpretação sistemática com as demais normas da legislação de licitações, mormente àquelas que preveem o dever de fiscalização do contrato administrativo por representante devidamente designado pela Administração contratante.<sup>22</sup>

Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal<sup>23</sup>:

EMENTA: 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 redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. (STF – ADC: 16 DF, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 24/11/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-173 DIVULG 08/09/2011 PUBLIC 09/09/2011)

Esse cenário foi bem descrito por Ivani Contini Bramante<sup>24</sup>, magistrada do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 2ª Região:

<sup>21</sup> CASARIL; PEREIRA. Op. cit., p. 80/81.

<sup>22</sup> REIS, Luciano Elias. Terceirização na Administração Pública: Breves reflexões críticas. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo, ano XXV, n. 311, maio 2015, p. 23.

<sup>23</sup> NETO, Alexandre Altini. Responsabilidade da Administração Pública na Terceirização. Repercussão da decisão do STF na ADC 16 e da nova redação da Súmula 331 do TST. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região**. Campo Grande – MS, edição nº 19, 2014, p. 107/108.

<sup>24</sup> BRAMANTE, Ivani Contini. A aparente derrota da Súmula 331/TST e a responsabilidade do poder público na terceirização. Jus Navegandi, Terezina, ano 16, n. 2784, 14 fev. 2011. Disponível em:

O Colendo Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária ocorrida em 24/11/2010, na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 16-DF) ajuizada pelo Distrito Federal, em relação a qual ingressaram como *Amicus Curiae* a União e diversos outros entes da Federação, entendeu pela constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93. O entendimento fixado na ADC 16-DF culminou no provimento das inúmeras Reclamações Constitucionais (dentre elas as Rcls 7517 e 8150) contra decisões do TST e de Tribunais Regionais do Trabalho fundadas na Súmula 331/TST, objeto da controvérsia, ao espeque que o verbete nega vigência ao preceito da Lei de Licitações. Deste modo, foi afastada a aplicação do verbete, que trata da responsabilidade subsidiária pelos débitos trabalhistas na terceirização, em relação à Administração Pública Direta e Indireta. Ainda, as Rcl 7901; Rcl 7711; Rcl 7712 e Rcl 7868 foram providas, com cassação de quatro decisões do Tribunal Superior do Trabalho (TST), baseadas na Súmula 331 (inciso IV), por conta de outro fundamento: a Súmula, indiretamente, reconhece a inconstitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93, sem a observância da cláusula da reserva de plenário, em ofensa ao art. 97, CF, e à autoridade da Súmula Vinculante n. 10 do STF.

Assim, considerou-se contrário à lei o entendimento do TST que preconizava a responsabilidade subsidiária da administração pública do mesmo modo que era empregada na iniciativa privada: independentemente de culpa. Desde o julgamento da ADC, a responsabilização do ente público se tornou condicionada, não sendo mais aplicada de forma automática.<sup>25</sup>

Nesse sentido, a nova posição do STF não resultou na criação de um novo “escudo impenetrável” como a vedação à formação de um vínculo direto entre o trabalhador e a entidade da Administração Pública direta ou indireta nos moldes previstos no item II da Súmula 331 do TST, mas, sim, num procedimento de mitigação resultante no reconhecimento de uma responsabilidade baseada na culpabilidade do respectivo tomador dos serviços terceirizados, atenuando, mas não eliminando os efeitos do princípio da despersonalização do empregador.<sup>26</sup>

Em razão disso, o Tribunal Superior do Trabalho, em maio de 2011, decidiu por dar nova roupagem e acrescentar mais dois itens à Súmula 331. Com essa atitude, o respectivo Tribunal fez distinção à responsabilidade subsidiária do Poder Público e do tomador privado de serviços. Este continua a responder de forma objetiva pelos encargos decorrentes do

---

<<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18479>>. Acesso em: 20 jun. 2011. apud CASARIL; PEREIRA. Op. cit., p. 83/84.

<sup>25</sup> PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. Terceirização na Administração Pública: uma leitura da jurisprudência à luz dos princípios constitucionais. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. Porto Alegre, ano XII, nº 71, mar-abr 2016, p. 88.

<sup>26</sup> TEIXEIRA, Op. cit., p. 50.



contrato de terceirização, enquanto aquele responde subjetivamente, passando a ser analisada a sua conduta culposa quanto à efetiva fiscalização do contrato de prestação de serviços.<sup>27</sup>

Os três primeiros itens (I, II e III) da Súmula 331 do TST não sofreram alteração, apenas o item IV teve nova redação, e foram inseridos os novos itens, V e VI, como segue<sup>28</sup>:

SUM-331.CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

(...)

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.

A análise dos respectivos itens demonstra que, enquanto o alcance e o texto do item IV diminuíram, limitados às entidades da iniciativa privada, e o novo item VI estipulou uma proporcionalidade à responsabilidade patrimonial do tomador aliada ao período da prestação de serviços à sua pessoa, o novo item V estabeleceu de forma precisa a responsabilidade patrimonial das entidades da Administração Pública diretas e indiretas, enquanto tomadores de serviços terceirizados.<sup>29</sup>

Apesar de o STF ter declarado a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, não está ultrapassada a responsabilização dos entes públicos tomadores de serviços pelos débitos trabalhistas de suas contratadas. A decisão proferida pela Suprema Corte na ADC 16 - DF, por um lado, esclareceu que a responsabilização da Administração Pública pelos créditos trabalhistas de suas contratadas não poderia ocorrer de maneira automática pelo mero inadimplemento da real empregadora e, por outro lado, admitiu a possibilidade de conferir-se responsabilidade aos entes públicos pela omissão administrativa.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> CÂMARA, Op. cit., 154.

<sup>28</sup> Idem, ibidem.

<sup>29</sup> TEIXEIRA, Op. cit., p. 50/51.

<sup>30</sup> CASARIL; PEREIRA. Op. cit., p. 86.

Casari e Pereira<sup>31</sup> enfatizam , ainda, que:

Na própria sessão de julgamento da ADC nº 16-DF o presidente do STF manifestou que o TST e os demais órgãos da Justiça do Trabalho não ficam impedidos de reconhecer a responsabilidade do ente público pelos débitos trabalhistas com base nos fatos da causa. De acordo com declaração atribuída ao Presidente do STF, essa Corte “não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público”<sup>32</sup>. A esse entendimento adequou-se o Tribunal Superior do Trabalho, ao incluir o item V na Súmula 331 de sua jurisprudência.

De acordo com o item V da Súmula 331 do TST, restou configurada a responsabilidade subsidiária e subjetiva do ente público pelos créditos trabalhistas devidos ao trabalhador prestador de serviços terceirizados no campo da Administração Pública. Ou seja, a responsabilização do ente público resultará de duas condições: a) o inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços; e b) o não cumprimento de maneira culposa por parte do tomador dos serviços no que se refere às obrigações previstas na Lei 8.666/93, principalmente quanto à fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da empresa interposta como empregadora.<sup>33</sup>

No que concerne à conduta culposa do ente público, Teixeira<sup>34</sup> esclarece que:

A responsabilidade patrimonial subsidiária da entidade da Administração Pública direta ou indireta pelos créditos trabalhistas devidos ao obreiro, destarte, está diretamente vinculada à demonstração da existência da culpa *in eligendo* ou, mais frequentemente, a culpa *in vigilando* do administrador público. Para fins de responsabilização deste, portanto, deverá ser evidenciada falha na contratação da empresa prestadora dos serviços terceirizados ou, o que é mais comum, descumprimento do dever do administrador público de fiscalizar o correto adimplemento das obrigações patronais por parte da empresa prestadora de serviços terceirizados.

Assim, restou consolidado o entendimento de que o inadimplemento das obrigações trabalhistas na terceirização não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelo seu pagamento, exceto se comprovado que houve omissão do ente público na fiscalização da execução do contrato (culpa *in vigilando*) ou que houve falha na escolha da prestadora de serviço, como a contratação de empresa inidônea, tecnicamente incapaz ou economicamente deficitária (culpa *in eligendo*).

<sup>31</sup> CASARIL; PEREIRA. Op. cit., p. 86.

<sup>32</sup> Notícia veiculada no sítio do STF em 24/11/2010, sob o título “TST deve analisar caso a caso ações contra a União que tratem de responsabilidade subsidiária, decide STF”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=166785&caixaBusca=N>>. Acesso em: 01/07/2011. Apud CASARIL; PEREIRA. Op. cit., p. 86.

<sup>33</sup> TEIXEIRA, Op. cit., p. 51.

<sup>34</sup> Idem, ibidem.

Portanto, é possível garantir a tutela ao empregado terceirizado que presta serviços à Administração Pública, mesmo em face de uma interpretação mais restritiva da responsabilidade do ente público diante do inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços, mas para tanto é preciso a configuração da conduta culposa daquele.<sup>35</sup>

Cabe, então, analisar, dentro do respectivo contexto, como e a quem incumbe demonstrar a aludida conduta culposa do ente público, questão nuclear que será abordada no próximo capítulo.

---

<sup>35</sup> TEIXEIRA, Op. cit., p. 52.

## **2 O JULGAMENTO DA ADC 16 - DF, A NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONDUTA CULPOSA DO ENTE PÚBLICO (TOMADOR DOS SERVIÇOS) PELO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS PELA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E A QUESTÃO DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA**

A decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC 16 - DF, em que foi reconhecida a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, impôs uma mudança no entendimento consolidado na Justiça do Trabalho até aquele momento, tendo em vista resultar numa interpretação restritiva da responsabilidade do ente público perante a inadimplência de créditos trabalhistas devidos ao trabalhador que prestou serviços, de forma terceirizada, àquele.<sup>36</sup>

De fato, no julgamento da ADC 16 - DF consolidou-se o entendimento de que o inadimplemento das obrigações trabalhistas na terceirização não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, exceto se houver comprovação de que o ente público foi omissivo na fiscalização da execução do contrato (*culpa in vigilando*).<sup>37</sup>

Em outras palavras, o referido entendimento foi de que a mera inadimplência da empresa prestadora de serviços não transfere ao ente público a responsabilidade pelos seus encargos, de maneira que a Administração Pública não mais assumirá as dívidas trabalhistas, comerciais e fiscais de suas terceirizadas, desde que haja comprovação de que o ente não foi omissivo em fiscalizar as obrigações da empresa contratada.<sup>38</sup>

Assim, tal inovação jurisprudencial não afastou completamente a viabilidade de se responsabilizar a Administração Pública direta e indireta.<sup>39</sup>

No julgamento da ADC 16 - DF, o Ministro Relator Cezar Peluzo se manifestou nos seguintes termos<sup>40</sup>:

Eu reconheço a plena constitucionalidade da norma, e se o tribunal reconhecer, como eventualmente poderá fazê-lo, a mim me parece que o tribunal não pode nesse

---

<sup>36</sup> TEIXEIRA, Op. cit., p. 49.

<sup>37</sup> BELMONTE; MUNHOZ. Op. cit., p. 115.

<sup>38</sup> Idem, ibidem.

<sup>39</sup> TEIXEIRA, Op. cit., p. 49.

<sup>40</sup> PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista LTr**. São Paulo, ano 75, nº 7, julho de 2011, p. 781.

juízo impedir que a justiça trabalhista, com base em outras normas, em outros princípios e a luz dos fatos de cada causa, reconheça a responsabilidade da administração.

O Ministro Relator enfatizou, ainda, no prosseguimento do debate, o acerto das decisões do TST ao imputar a responsabilidade subsidiária ao ente público tomador dos serviços, em certos casos e sob certas circunstâncias, apesar do disposto de forma expressa no art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, pelos seguintes argumentos<sup>41</sup>:

Eu só quero dizer o que eu estou entendendo (...) a postura da Justiça do Trabalho. Ela tem dito o seguinte: realmente, a mera inadimplência do contratado não transfere a responsabilidade nos termos do que está na lei, nesse dispositivo. Então esse dispositivo é constitucional. Mas isso não significa eventual omissão da administração pública na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado não gere responsabilidade à administração. É outra matéria, são outros fatos, examinados à luz de outras normas constitucionais. Então, em outras palavras (...), nós não temos discordância sobre a substância da ação, eu reconheço a constitucionalidade da norma. Só estou advertindo ao tribunal 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 (...).

E, ainda, seguindo o entendimento do Relator, o Ministro Ricardo Lewandowski se posicionou de forma clara nesse mesmo sentido<sup>42</sup>:

Eu tenho acompanhado esse posicionamento do Ministro Cezar Peluso no sentido de considerar a matéria infraconstitucional, porque realmente ela é decidida sempre no caso concreto, se há culpa ou não. Nos deparamos quase que cotidianamente em ações de improbidade (...), que são empresas de fachada, muitas vezes constituídas com capital de mil reais que participam de licitações milionárias e essas firmas depois de feitas ou não feitas as obras objeto da licitação, desaparecem do cenário jurídico e mesmo do mundo fático e ficam com um débito trabalhista enorme. O que ocorre no caso? Há claramente, está claramente configurada a ‘culpa *in vigilando*’ e ‘*in eligendo*’ da administração, e aí, segundo o TST, incide ou se afasta, digamos assim, esse art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666.

O Ministro Gilmar Mendes bem expressou sua preocupação, no voto que proferiu na ocasião, com as consequências que poderiam decorrer de um julgamento que afastasse de forma automática e absoluta toda e qualquer responsabilidade da Administração Pública, na hipótese de inadimplemento do empregador principal, na ausência de fiscalização por seu contratante, pelos créditos laborais de seus trabalhadores terceirizados, *in verbis*<sup>43</sup>:

Bem verdade que os conflitos que têm sido suscitados pelo TST fazem todo o sentido e talvez exijam dos órgãos de controle, seja TCU, seja Tribunal de Contas do Estado, os responsáveis pelas contas dos municípios, que haja realmente fiscalização, porque realmente o pior dos mundos pode ocorrer para o empregado que presta o serviço. A empresa recebeu, certamente recebeu da Administração, mas

---

<sup>41</sup> PIMENTA, Op. cit., p. 781.

<sup>42</sup> Idem, ibidem.

<sup>43</sup> Idem, p. 781/782.

não cumpriu os deveres elementares, então esta decisão continua posta. Foi o que o TST de alguma forma tentou explicitar ao não declarar a inconstitucionalidade da lei e resgatar a ideia da Súmula, mas que haja essa ‘culpa *in vigilando*’ é fundamental (...). Talvez aqui reclamem-se normas de organização e procedimento por parte dos próprios órgãos que têm que fiscalizar, que inicialmente são os órgãos contratantes, e depois os órgãos fiscalizadores, de modo que haja talvez até uma exigência de demonstração de que se fez o pagamento de salário, o recolhimento da previdência social e do FGTS.

Prosseguindo no debate, o Ministro Relator Cezar Peluso, ao responder a alegação de que seria ilegal conferir responsabilidade ao ente público pelo pagamento dos referidos débitos laborais ante a literalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 e não concordar francamente com ele, foi ainda mais incisivo a respeito dessa viabilidade sob certas circunstâncias concretas, observadas caso a caso<sup>44</sup>:

V. Exa. está acabando de demonstrar que a Administração Pública é obrigada a tomar uma atitude que, quando não toma, constitui inadimplemento dela. É isso que gera a responsabilidade que vem sendo reconhecida pela justiça do trabalho, não é a constitucionalidade da norma. A norma é sábia, ela diz que o mero inadimplemento não transfere a responsabilidade, mas a inadimplência da obrigação da administração é que lhe traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho eventualmente pode reconhecer, independentemente da constitucionalidade da lei.

Da leitura do debate em questão o Ministro José Roberto Freire Pimenta<sup>45</sup> concluiu que:

(...) o Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em sua composição plenária, a ADC n. 16-DF, com um único voto vencido, com efeito reputou constitucional o § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93 e também considerou contrário à sua Súmula Vinculante 10 e ao art. 97 da Constituição o antigo item IV da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (por haver afastado a aplicação daquele preceito legal com base em fundamentos e critérios de origem constitucional, sem haver examinado e declarado a inconstitucionalidade daquela norma, em incidente para tanto suscitado, nos termos e na forma dos arts. 480 a 482 do CPC), vedando que a Justiça do Trabalho, exclusivamente com base naquele entendimento sumulado, atribuísse, de forma automática e absoluta, à Administração Pública contratante responsabilidade subsidiária pelo pagamento das obrigações trabalhistas inadimplidas pelo contratado, em terceirizações lícitas decorrentes de regular licitação, em relação aos empregados deste último fornecidos ao ente público.

Entretanto, naquele mesmo julgamento, dotado de eficácia *erga omnes* (art. 102, § 2º, da Constituição Federal), ainda se entendeu, expressamente, que a declaração de constitucionalidade do aludido dispositivo legal não impossibilita que seja interpretado de maneira sistemática com outros preceitos legais e constitucionais, os quais, no que lhes dizem respeito, continuam a impor ao ente público o dever de licitar e de fiscalizar o contrato de

---

<sup>44</sup> PIMENTA, Op. cit., p. 782.

<sup>45</sup> Idem, ibidem.

prestação de serviços, de maneira plena e eficaz, quando utilizar de mão de obra terceirizada, inclusive no tocante ao pleno e oportuno cumprimento das obrigações trabalhistas.<sup>46</sup>

No que diz respeito à interpretação do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 de forma sistemática com outros dispositivos legais e constitucionais, Belmonte e Munhoz<sup>47</sup> explicitam que:

Assim, na tarefa do modo final de aplicação da norma que regula a terceirização na Administração Pública, não é correto declarar a inconstitucionalidade do art. 71, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/93. O correto é, apenas, reconhecer pela técnica da ponderação, que há possibilidade de que tal artigo seja julgado, no caso concreto, com outros fatores e normas, que trazem as exceções, tais como as previstas no art. 37, XXI, CF, e artigos 27, IV, 58, III, e 67, *caput* e parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/93 e demais regras da responsabilidade civil depositadas no Código Civil.

À vista disso, não foi excluído, por completo, no referido julgamento, ao contrário, foi ali destacado, que permanece totalmente possível que a Justiça Trabalhista decida os casos concretos à luz do conjunto fático-probatório neles delineados e continue a atribuir à Administração Pública tomadora dos serviços terceirizados a responsabilidade subsidiária pelas obrigações laborais inadimplidas pelo empregador principal, decorrente da culpa *in eligendo* (em caso eventual de constatação de irregularidade no processo de licitação) ou de culpa *in vigilando* (pela conduta omissa da Administração Pública, durante e ao final da execução do contrato, pela ausência de fiscalização do cumprimento das normas laborais pelo contratado e por não ter tomado devido cuidado capaz de evitar a inadimplência).<sup>48</sup>

Assim, tendo em vista o efeito vinculante do julgamento proferido pelo STF na ADC 16 - DF, o Tribunal Superior do Trabalho, em 24/05/2011, alterou parcialmente a Súmula 331 (manteve inalterado os itens I, II e III, modificou o item IV e inseriu os itens V e VI), que passou a ter a seguinte redação<sup>49</sup>:

Súmula 331 – Contrato de prestação de serviços. Legalidade.

I – (...)

II – (...)

III – (...)

<sup>46</sup> PIMENTA, Op. cit., p. 782.

<sup>47</sup> BELMONTE; MUNHOZ. Op. cit., p. 123.

<sup>48</sup> PIMENTA, Op. cit., p. 782.

<sup>49</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra; GUASTI, Paula Corrêa. A (ir)responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações diante da ADC 16 e da nova redação da Súmula 331 do TST. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 917, março – 2012, p.7.

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 obrigações do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no 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.

A responsabilidade do ente público, no caso de terceirização, passou a ter a partir de então um item próprio na Súmula 331 do TST. O que difere é que antes, a aludida responsabilidade era objetiva, uma vez que não se averiguava a conduta culposa da Administração Pública, bastando o inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora do serviço para, de forma automática, surgir a responsabilidade do ente público tomador do serviço.<sup>50</sup>

Com o novo item V da Súmula 331 do TST, a responsabilidade da Administração Pública que permanece sendo subsidiária, estará sujeita a demonstração de sua conduta culposa (*culpa in vigilando*) na fiscalização do contrato com a empresa prestadora do serviço, o que inclui o adimplemento dos direitos trabalhistas dos seus empregados de maneira correta.<sup>51</sup>

O ente público contratante, ainda, poderá ser responsabilizado subsidiariamente por culpa *in eligendo*, por exemplo, quando existir fraude no processo licitatório. Pode-se ressaltar que na hipótese de anulação do contrato administrativo pactuado com a empresa prestadora e verificada a culpa (*in eligendo*) do ente público no procedimento de licitação também haverá a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento dos créditos trabalhistas pela empresa prestadora.<sup>52</sup>

Com essa compreensão, como efeito da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC 16 - DF, não restou alternativa à Justiça do Trabalho senão cumprir os comandos daquele julgamento, revisando seu posicionamento nas decisões sobre a terceirização na Administração Pública, tendo em vista que o Pleno do STF deu provimento a várias

---

<sup>50</sup> LEITE; GUASTI. Op. cit., p. 7.

<sup>51</sup> Idem, p. 7/8.

<sup>52</sup> Idem, p. 8.



Reclamações contra julgados do Tribunal Superior do Trabalho e de Tribunais Regionais do Trabalho fundamentadas pela Súmula 331 do TST.<sup>53</sup>

Segundo Belmonte e Munhoz restou definido que<sup>54</sup>:

(...) o TST não poderá generalizar os casos, devendo analisá-los de forma individualizada, um a um, primando pela busca da verdade real, investigando com rigor, se a inadimplência dos direitos trabalhistas dos prestadores de serviço contratados pelos fornecedores de mão de obra teve como causa principal a inexecução culposa ou a omissão culposa na fiscalização, pelo órgão da Administração Pública contraente, devendo o conteúdo da norma ser revelado pela interação entre o texto normativo e as circunstâncias do caso concreto.

Dessa maneira, constata-se que a decisão do STF, a qual declarou a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93, não obsta a imputação da responsabilidade do ente público na terceirização, na hipótese concreta, contanto que existam circunstâncias e provas bastantes da omissão da Administração Pública quanto à fiscalização da empresa prestadora, no intuito de assegurar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, previstos nos incisos III e IV do art. 1º da Constituição Federal, sendo totalmente compatíveis com o julgamento na ADC 16 - DF.<sup>55</sup>

Percebe-se que não se originou do aludido julgamento do STF a efetiva inaplicabilidade da Súmula 331 do TST, mas sim a sua relativização, uma vez que o citado verbete sumular orientava a responsabilidade da Administração Pública, perante a terceirização, baseada na presunção absoluta da culpa, isto é, responsabilidade objetiva, sendo suficiente apenas o inadimplemento das obrigações laborais para que o ente público fosse responsabilizado pelos encargos oriundos da contratação.<sup>56</sup>

Com a declaração de constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93, não existe mais a possibilidade de suscitar o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que dispões sobre a responsabilidade objetiva, tendo em vista que o inadimplemento de verbas trabalhistas se realiza pela empresa prestadora dos serviços terceirizados e não pelo ente público tomador dos serviços.<sup>57</sup>

---

<sup>53</sup> BELMONTE; MUNHOZ. Op. cit., p. 116.

<sup>54</sup> Idem, p. 117.

<sup>55</sup> Idem, ibidem.

<sup>56</sup> BELMONTE; MUNHOZ. Op. cit., p. 117.

<sup>57</sup> Idem, ibidem.

Antes de tal julgamento da Suprema Corte, era permitido, ao lado da responsabilidade direta ou por fato próprio do imputado, a indireta, por fatos de terceiros e coisas sob sua guarda, baseada na concepção de culpa presumida (*in vigilando* ou *in eligendo*), na qual o tomador dos serviços se responsabilizava, na ausência de previsão legal ou contratual, de forma subsidiária pelo inadimplemento dos encargos sociais de incumbência da empresa prestadora de serviço.<sup>58</sup>

Dessa forma, ante o inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora, a Administração Pública responsabilizava-se subsidiariamente, sem depender de demonstração da conduta culposa, quer dizer, por culpa *in eligendo*, quando se tratar de culpa presumida, isto é, decorrente da má escolha da empresa prestadora de serviço e ainda do risco, já que o fato da inadimplência da empregadora principal adveio do desenvolvimento de uma atividade que se reverteu em favor do ente público tomador dos serviços.<sup>59</sup>

Após o julgamento do STF da ADC 16 - DF a referida assertiva não tem mais aplicabilidade no que diz respeito ao ente público, pois desde a respectiva decisão foi afastada a responsabilidade objetiva da Administração Pública e deslocou-se a questão para o caso concreto, para a análise do contexto fático e probatório, do ônus da prova, do nexo causal, da culpa e do dano e sua extensão (arts. 333 do CPC e 818 da CLT).<sup>60</sup>

Observa-se, do acima exposto, com a declaração de constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93, o que ocorreu, efetivamente, foi o deslocamento da questão para o cenário fático-probatório.<sup>61</sup>

Portanto, há como assegurar a tutela ao trabalhador que presta serviços terceirizados ao ente público, mesmo perante uma perspectiva mais restritiva da responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviço. Contudo, para tanto se faz necessária a demonstração da conduta culposa daquele.<sup>62</sup>

Assim, constatada a culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, haverá a responsabilização do ente público no caso em que configurado o quadro de inadimplência da empresa prestadora de

---

<sup>58</sup> BELMONTE; MUNHOZ. Op. cit., p. 117/118.

<sup>59</sup> Idem, p. 118.

<sup>60</sup> Idem, ibidem.

<sup>61</sup> Idem, p. 117.

<sup>62</sup> TEIXEIRA, Op. cit., p. 52.

serviços. Entretanto, o núcleo da questão é como e a quem incumbe demonstrar a aludida culpabilidade?<sup>63</sup>

Na esfera da legislação processual trabalhista, a distribuição do ônus da prova encontra-se disciplinada no art. 818 da CLT, segundo o qual “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”.<sup>64</sup>

No que se refere ao aludido regramento, Sérgio Torres Teixeira<sup>65</sup> explica que:

A simplicidade do texto legal, no entanto, não deve enganar o intérprete. Mesmo diante da objetividade das letras, o operador do direito não pode se restringir a uma interpretação literal do conteúdo do respectivo enunciado normativo. No processo interpretativo do citado dispositivo, é imprescindível adotar uma hermenêutica processual compatível com a finalidade do respectivo regramento.

A regra do art. 818 da CLT deve ser interpretada à luz da disciplina tecnicamente mais apurada do art. 333 do CPC/73, o qual possui o seguinte teor<sup>66</sup>:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

No que tange à disciplina da distribuição do ônus da prova previstas nos artigos 818 da CLT e 333 do CPC/73, Macedo e Peixoto<sup>67</sup> esclarecem o seguinte:

A disciplina relativa à distribuição do ônus da prova prevista na legislação (arts. 818 da CLT e 333 do CPC atual), entretanto, corresponde a um conjunto de regras dirigidas imediatamente às partes. Tal complexo estabelece uma atribuição *a priori* e objetivamente definida pelo legislador, sem considerar as peculiaridades de cada caso concreto, distribuindo para os litigantes os encargos probatórios que, se não forem observados a contento, fazem surgir um quadro de inconveniência e potencial prejuízo. Segundo a regra legal abstratamente definida, a ausência de provas aptas a convencer o juízo gera para a parte sobre a qual recaia o respectivo ônus probatório uma consequência naturalmente maléfica para o deslinde da demanda em seu favor: o alegado fato cujo reconhecimento era do seu interesse será reputado como inexistente pelo julgador. É um sistema fundado na ideia de uma distribuição estática do ônus da prova, com os encargos sendo definidos previamente e de modo genérico e abstrato.

<sup>63</sup> TEIXEIRA, Op. cit., p. 52.

<sup>64</sup> Idem, ibidem.

<sup>65</sup> Idem, p. 53.

<sup>66</sup> Idem, ibidem.

<sup>67</sup> MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. **Ônus da prova e sua dinamização**. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 151, apud TEIXEIRA. Op. cit., p. 56.

Por outro lado, quanto à distribuição dinâmica do ônus da prova<sup>68</sup>, Pamplona Filho e Souza<sup>69</sup> enfatizam que:

Diferente é a distribuição dinâmica do ônus da prova feita pelo magistrado instrutor de um processo judicial, levando em consideração as peculiaridades do caso e a aptidão de cada parte para produzir a prova. Dentro de tal contexto, o juiz atribui os encargos probatórios de acordo com a capacidade de cada parte em produzir as provas, mesmo que tal atribuição venha a fugir das diretrizes da regra geral própria do sistema estático de distribuição do ônus probatório definido pelo legislador. A distribuição dinâmica pode até coincidir com a distribuição prevista em lei... mas é igualmente possível que o magistrado venha a atribuir o encargo de provar um fato a uma parte que, pela disciplina geral e abstrata do legislador, não teria tal ônus, invertendo este ao estabelecer tal alteração.

A maneira apropriada de promover uma real inversão do ônus da prova é por meio da intervenção do juiz competente para conduzir a fase de instrução do processo judicial, promovendo a distribuição dos deveres probatórios de modo distinto daquele estabelecido no dispositivo legal genérico no desempenho dinâmico do seu poder diretivo. É possível o deslocamento do encargo probatório de uma parte para outra, desde que definido anteriormente ao julgamento da causa, em momento apropriado que viabilize que os litigantes se adaptem à nova regra, assegurando as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa e da motivação dos julgados, quando devidamente fundamentada a decisão do magistrado em elementos que legitimem a aludida alteração.<sup>70</sup>

Uma das hipóteses que permite a referida distribuição dinâmica do ônus da prova acontece no momento em que, perante o caso concreto, o juiz verifica que uma das partes se mostra bem mais favorável para a elaboração da prova comparado à outra parte que, em regra,

---

<sup>68</sup> O Novo Código de Processo Civil (NCPC – Lei nº 13.105/15), em seu artigo 373, traz uma nova leitura para o antigo artigo 333 do CPC/73, tratando de modo diverso a distribuição do ônus da prova.

Da leitura do NCPC, verifica-se que a parte inicial do dispositivo mantém a atual distribuição do ônus probatório entre autor e réu – sendo atribuído ao autor no que se refere ao fato constitutivo do seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 373, I e II).

Entretanto, o NCPC traz uma regra inovadora, deixando a distribuição do ônus da prova de ser estática, uma vez que o § 1º do artigo 373 possibilita a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova pelo Juiz no caso concreto.

Eis o teor dos §§ 1º e 2º do artigo 373 do NPCP, que tratam do tema: “§ 1º - 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, poderá o juiz 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”; e “§2º - A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”.

<sup>69</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo; SOUZA, Tercio. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 387, apud TEIXEIRA. Op. cit., p. 56.

<sup>70</sup> TEIXEIRA, Op. cit., p. 57.

estaria incumbida de exhibir os elementos probatórios para formar o convencimento do magistrado.<sup>71</sup>

O denominado princípio da aptidão para a prova, deste modo, conduz o operador do direito para o dever de atribuir o ônus da prova à parte melhor preparada e ornamentada para a produção da prova, mesmo que a incumbência probatória seja originalmente de outra parte. Como o sistema abstrato e definido a princípio pelo legislador não se mostra apropriado a promover, em certos casos, um processo justo e equilibrado, a distribuição dinâmica do ônus da prova viabiliza reparar as distorções e melhor tutelar hipóteses não alcançadas pela regra geral.<sup>72</sup>

Nesse contexto, o magistrado pode inverter o ônus da prova no momento em que entender que, na referida situação, tal maneira de distribuição da carga probatória se mostre mais apropriada às especificidades do processo e mais capacitada para produzir um resultado em harmonia com os valores e normas constitucionais que servem como fins e modelos para a própria demanda judicial.<sup>73</sup>

Com essa compreensão, questiona-se sobre quem recai o ônus da prova em relação a demonstração da existência ou não da culpa *in eligendo* ou da culpa *in vigilando* do ente público nas demandas que tenham por objeto a responsabilização patrimonial subsidiária da Administração Pública, como tomadora de serviços, nas relações trilaterais de terceirização? E, ainda, se é do Reclamante ou do ente público o ônus de provar a existência da aludida conduta culposa do tomador dos serviços?<sup>74</sup>

Levando em consideração as especificidades que envolvem o quadro fático de uma relação triangular de terceirização, na qual o tomador de serviços é um ente público, os fundamentos da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e do princípio da aptidão para a prova não deixam dúvidas de que é da Administração Pública o ônus de provar que a contratação dos serviços pela empresa prestadora é regular e que o cumprimento das obrigações laborais, por parte da prestadora de serviços perante seus empregados que

---

<sup>71</sup> TEIXEIRA, Op. cit., p. 57.

<sup>72</sup> Idem, ibidem.

<sup>73</sup> Idem, ibidem.

<sup>74</sup> Idem, p. 58.

prestavam serviços à referida entidade, foi fiscalizado conforme as normas legais e de maneira adequada.<sup>75</sup>

Somente a Administração Pública se mostra em condições de produzir provas capazes de demonstrar a regularidade do processo de licitação que resultou na contratação da empresa prestadora dos serviços, apresentando a documentação apta a ratificar o atendimento ao princípio do devido processo legal no âmbito da referida negociação administrativa. Encarregar o Reclamante de provar tal irregularidade num processo administrativo, ao qual ele nunca teve acesso, tornaria a produção da prova impossível ou demasiadamente difícil, circunstância que configuraria um exemplo de “prova diabólica”.<sup>76</sup>

Ainda, no que se refere a quem incumbe a demonstração da conduta culposa da Administração Pública nos casos de terceirização e inadimplência das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços, Sérgio Torres Teixeira<sup>77</sup> ressalta que:

Somente este mesmo administrador se revela capaz de apresentar provas que revelem o correto cumprimento do seu dever de policiar a obediência à legislação trabalhista por parte desta mesma empresa interposta, mediante a apresentação de provas idôneas que confirmam que houve de fato tal acompanhamento e supervisão. O cumprimento do dever de fiscalizar, dentro de um contexto de razoabilidade, somente pode ser comprovado pelo próprio devedor de tal prestação revisional. Como atribuir o encargo probatório acerca da inexistência de tal cumprimento ao trabalhador? Simplesmente não é razoável exigir do empregado/trabalhador terceirizado a demonstração de inércia daquele (ou seja, um verdadeiro fato puramente negativo). Aí, sim, sem dúvida alguma, surge um exemplo de “prova diabólica”!

Quanto ao tema da aplicação, ao caso, do princípio da aptidão para a prova, Carlos Alberto Reis de Paula<sup>78</sup> ensina que:

(...) por direta aplicação do princípio da aptidão para a prova (decisivo para estabelecer, em determinado litígio judicial, a inversão do *onus probandi* de um fato controvertido em detrimento da parte sobre a qual, em princípio, esse encargo não recairia, mas que se mostra, para a comprovação do fato controvertido, muito mais apta do que o seu *ex adverso*), não pode haver nenhuma dúvida de que esse encargo, em casos como este, só pode mesmo recair sobre a Administração Pública demandada que detém as provas correspondentes (e que, simetricamente, são inacessíveis ou de difícil acesso à parte contrária) e que, por isso mesmo, terá melhores condições para demonstrar haver praticado todos os atos administrativos, de sua responsabilidade, de fiscalização do adimplemento, pelo empregador, de suas obrigações trabalhistas referentes ao trabalhadores terceirizados.

<sup>75</sup> TEIXEIRA, Op. cit., p. 58.

<sup>76</sup> Idem, ibidem.

<sup>77</sup> Idem, p. 59.

<sup>78</sup> PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001, p. 122/126 e 139/143, apud PIMENTA, Op. cit., p. 788.

No que tange à configuração da prova diabólica, José Roberto Freire Pimenta<sup>79</sup>, dando continuidade ao ensinamento acima transcrito, enfatiza que:

A única alternativa para esse entendimento seria atribuir a cada trabalhador terceirizado, autor de sua demanda trabalhista, o pesado encargo de demonstrar que o ente público para o qual prestou serviços não praticou os atos fiscalizatórios a que estava obrigado por lei – prova puramente negativa e de natureza “diabólica”, de produção quase impossível pela parte hipossuficiente. À falta dessa demonstração, pelo ente público contratante do fornecedor de mão de obra terceirizada, de que esses atos de fiscalização foram mesmo praticados, como era seu dever legal, só se poderá concluir que, naquele caso, a Administração Pública, por omissão voluntária ilícita, ensejou a violação, pelo contratado por ela selecionado por intermédio de licitação, dos direitos daqueles empregados terceirizados e, assim, causou-lhes dano, pelo qual deve responder civilmente (ainda que de forma subsidiária), nesta Justiça do Trabalho, por sua manifesta culpa *in vigilando*.

Apesar da instabilidade da jurisprudência dos tribunais na seara trabalhista, até então desprovido de uniformidade sobre a matéria, é notável a tendência em reconhecer a completa aplicação do princípio da aptidão da prova às hipóteses relativas à responsabilização subsidiária do tomador de serviços terceirizados na esfera da Administração Pública, em razão do quadro de notória desigualdade entre as partes litigantes e a maior predisposição da Administração Pública em elaborar as provas indispensáveis à definição da questão controvertida.<sup>80</sup>

Ao adotar-se o referido entendimento, cabe salientar que não se estará responsabilizando o ente público tomador dos serviços pelo mero inadimplemento dos encargos laborais devidas pela empresa prestadora, com quem firmou contrato administrativo de prestação de serviços contínuos, tampouco violando e negando vigência ao § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93 (o que ficou literalmente proibido pelo julgamento proferido pelo STF na ADC 16 - DF).<sup>81</sup>

---

<sup>79</sup> PIMENTA, Op. cit., p. 788.

<sup>80</sup> TEIXEIRA, Op. cit., p. 59.

<sup>81</sup> PIMENTA, Op. cit., p. 788.

### **3 PERSPECTIVAS ATUAIS DA ANÁLISE PELO TST E STF DA DEMONSTRAÇÃO DA CULPA DO ENTE PÚBLICO (TOMADOR DE SERVIÇOS) PELO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS PELA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS A PARTIR DO JULGAMENTO DA ADC 16 – DF**

As turmas do Tribunal Superior do Trabalho se harmonizaram ao julgamento do Supremo Tribunal Federal na ADC 16 – DF, afastando a imputação da responsabilidade subsidiária ao ente público de forma automática. Conforme o cenário do caso concreto, começaram a detectar elementos que revelam faltas que concorrem para o desrespeito do contrato no que tange ao cumprimento dos direitos dos trabalhadores terceirizados. E, perante tais elementos, reconhecem a responsabilidade subsidiária da Administração Pública de acordo com a diretriz prevista no item V da Súmula 331 do TST.<sup>82</sup>

A Primeira Turma, por exemplo, salienta a indispensabilidade de respeitar as obrigações dispostas na Lei 8.666/93, no que se refere à fiscalização do cumprimento dos encargos contratuais e legais e que a aludida responsabilidade não advém do mero inadimplemento das obrigações laborais pela empresa interposta.<sup>83</sup>

Ponto de alta importância diz respeito à prova da culpa na fiscalização do contrato, e uma parcela considerável dessa prova compõe-se de documentos estabelecidos em lei, tal como registro de ocorrências na execução do contrato e relatórios de fiscalização, de maneira que incumbe à Administração Pública acostar ao processo os referidos documentos. Caso o Tribunal Regional do Trabalho determine que o ônus de provar a culpa é do Reclamante, a Turma tem se posicionado no sentido de que o aludido ônus não lhe compete e sim ao ente público, dando, por consequência, provimento ao recurso do obreiro.<sup>84</sup>

A título de exemplificação dos casos acima referenciados, citam-se os seguintes julgados<sup>85</sup>:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. OMISSÃO. CULPA *IN VIGILANDO*. ADC 16/DF. 1. O Tribunal Regional reconheceu a responsabilidade

<sup>82</sup> PEREIRA, Op. cit., p. 94.

<sup>83</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>84</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>85</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Jurisprudência. Consulta Unificada. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em 15 jul. 2016.



subsidiária da segunda reclamada - FASE, ao fundamento de que não houve efetiva fiscalização do contrato pela Administração Pública (culpa *in vigilando*). 2. Ficou consignado que "A responsabilização do ente público, desse modo, decorre da falha ou falta de fiscalização como causa principal da inadimplência dos créditos trabalhistas, o que, s.m.j., ocorreu no caso em tela, em que não depositado regularmente o FGTS do trabalhador durante o período contratual [...] No presente caso, o ente público tomador dos serviços não cumpriu adequadamente essa obrigação, permitindo que a empresa prestadora contratada deixasse de pagar regularmente à sua empregada as verbas trabalhistas que lhe eram devidas. [...] não se tratando, na espécie, de condenação genérica, mas, sim, devida em função de que, no caso concreto, a falha do ente público contratante em seu dever de fiscalização foi determinante para a inadimplência dos direitos assegurados ao trabalhador, reconhecidos na sentença (adicional de periculosidade, diferenças de FGTS, férias vencidas e proporcionais, entre outras verbas). [...] A recorrente não comprovou ter fiscalizado o cumprimento pela contratada do dever de recolhimento de FGTS dos empregados que laboravam em suas dependências, apta a coibir o descumprimento verificado." (fls. 373-376) 3. No julgamento da ADC 16/DF, 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 evidenciado 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, a responsabilidade imputada à segunda reclamada não decorreu do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela prestadora de serviços - tese rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC 16 -, mas da comprovada ineficiência da tomadora dos serviços em seu dever de fiscalizar o cumprimento do contrato de trabalho firmado entre o empregado e a prestadora dos serviços (culpa *in vigilando*). 6. Decisão regional em harmonia com a iterativa e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, notadamente o item V da Súmula 331. 7. Incidência da Súmula 333 e do artigo 896, § 4º, da CLT (atual § 7º). Agravo de instrumento conhecido e não provido. (TST-AIRR-20364-76.2013.5.04.0203, Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma, DEJT 17/06/2016)

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. TOMADOR DOS SERVIÇOS. ADC 16/STF. 1. 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. 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. Na hipótese, a Corte de origem reformou a sentença, afastando a responsabilidade subsidiária dos tomadores dos serviços - Banco do Brasil e SANEPAR. Registrou: "Assim, sem prejuízo ao princípio da demanda, reformo parcialmente a sentença para afastar a responsabilidade subsidiária do Banco do Brasil e da Sanepar, exceto quanto aos recolhimentos previdenciários, cuja responsabilidade é solidária, a teor do contido no art. 71 da Lei 8.666/93" (fl. 704).

4. O TST (fls. 854-65), reconhecendo negativa de prestação jurisdicional pela Corte Regional, que afastara a responsabilidade subsidiária do Banco do Brasil e da SANEPAR, sem nada tratar acerca de eventual culpa *in vigilando* dos tomadores dos serviços, determinou o retorno dos autos ao TRT, para exame dos embargos declaratórios opostos pelo reclamante. A Corte regional, por sua vez, analisou os embargos de declaração, dando-lhe provimento, sem imprimir-lhe efeito modificativo. 5. Registrou a Corte de origem, ao exame dos embargos declaratórios opostos pelo reclamante: "o segundo e o terceiro reclamados não fizeram qualquer prova de que tenham exercido efetiva fiscalização da execução contratos mantidos com a primeira, a fim de verificar o correto cumprimento das obrigações trabalhistas, fiscais e previdenciárias decorrentes dos contratos de emprego. (...) Considerando que a fiscalização exigida pela Lei de Licitações impõe a anotação em registro próprio de todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato (artigo 67, § 1º), incumbia ao segundo e ao terceiro reclamado juntar aos autos os relatórios de fiscalização por eles realizados (art. 818 da CLT c/c art. 333 do CPC), o que não fizeram, reforçando a configuração da culpa *in vigilando*, pela omissão relativa à fiscalização do cumprimento do contrato de seus trabalhadores terceirizados" (fls. 878-9, grifei), restando, portanto, configurada a culpa *in vigilando* dos tomadores dos serviços, impondo-se a responsabilização subsidiária dos tomadores dos serviços quanto aos créditos deferidos na demanda. Recurso de revista conhecido e provido. (TST-RR-1129-58.2011.5.09.0655, Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma, DEJT 28/08/2015)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA *IN VIGILANDO*. DECISÃO DO STF NA ADC 16. ÔNUS DA PROVA. Demonstrada a má-aplicação da Súmula n.º 331, V, deste Tribunal Superior à hipótese dos autos, dá-se provimento ao Agravo de Instrumento a fim de determinar o processamento do Recurso de Revista. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA *IN VIGILANDO*. DECISÃO DO STF NA ADC 16. ÔNUS DA PROVA. 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 n.º 8.666/93. (...) (excerto do v. acórdão proferido na ADC 16, Relator: Ministro Cezar Peluso, DJe n.º 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 8.666/93. 5. O Supremo Tribunal Federal, ao examinar a Reclamação n.º 13.272, Relatora Ministra Rosa Weber, Dje 03/09/2012, em sede liminar, sufragou entendimento no sentido de que incumbe à Administração Pública o ônus da prova de sua conduta comissiva. 6. No caso dos autos, o Regional, após análise do conteúdo fático-probatório, concluiu que a reclamante não se desincumbiu do ônus de comprovar a existência de culpa *in vigilando* do ente público no tocante ao contrato de prestação de serviços, razão por que manteve a decisão de origem mediante a qual não se reconheceu a responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços. 7. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST-RR-2899-39.2011.5.02.0087, Relator Desembargador Convocado Marcelo Lamego Pertence, 1ª Turma, DEJT 09/10/2015)

Nesse mesmo sentido vem se posicionando a Segunda Turma. Levando em consideração que o ente público é o possuidor dos elementos de prova da fiscalização dos

encargos contratuais e legais é dele o ônus de provar que cumpriu de modo eficiente sua obrigação. Em contrapartida, a aludido Colegiado utiliza de mecanismo peculiar para dar solução ao caso, quando a Corte Regional não fixa a premissa da existência ou não da culpa do ente público, qual seja, determina o retorno dos autos ao TRT com intuito de que seja reanalisado o recurso ordinário no que se refere à questão da conduta culposa da Administração Pública.<sup>86</sup>

Para ilustrar tal entendimento, transcrevem-se os precedentes<sup>87</sup> a seguir:

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Demonstrada possível contrariedade à Súmula 331, V, do TST, impõe-se o provimento do agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. II - RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 1. O STF decidiu no julgamento da ADC 16 que a responsabilidade subsidiária da Administração somente subsiste quando houver omissão no dever de fiscalizar as obrigações do contratado. Essa orientação foi incorporada pela jurisprudência desta Corte através da edição do item V da Súmula 331. 2. De outro lado, é conhecido que a Administração é a natural detentora dos meios de prova sobre a fiscalização das obrigações contratuais, bem como da manutenção pelo contratado das condições originais de habilitação e qualificação exigidas na licitação (art. 55, XIII, da Lei 8.666/93), inclusive sua idoneidade financeira (art. 27, III). Assim, pertence a ela o ônus de comprovar que desempenhou a contento esse encargo. Precedentes. 3. Diante disso, a decisão proferida pela Corte de origem, no sentido de excluir a responsabilidade subsidiária da ECT, em razão do autor não ter comprovado a falta de fiscalização do contrato, contrariou a Súmula 331, V, do TST, pois cabia a essa entidade provar a fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais da empresa contratada. 4. Ultrapassada a tese jurídica assentada pelo Tribunal Regional, devem os autos ser-lhe restituídos, a fim de que reaprecie o recurso ordinário da reclamada em relação à existência ou não de conduta omissiva em relação à fiscalização do contrato, observando a premissa de que o ônus da prova quanto ao cumprimento dessa fiscalização recai sobre a Administração Pública. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido. (TST-RR-64100-52.2009.5.15.0083, Redatora Ministra Delaíde Miranda Arantes, 2ª Turma, DEJT 28/08/2015)

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. NECESSIDADE DE AFERIÇÃO DA CONDUTA OMISSIVA DO TOMADOR DE SERVIÇOS EM RELAÇÃO AO SEU DEVER DE FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO (SÚMULA 331, V, DO TST). Demonstrada possível violação do art. 71, § 1.º, da Lei 8.666/93, impõe-se o provimento do agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. II - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. NECESSIDADE DE AFERIÇÃO DA CONDUTA OMISSIVA DO TOMADOR DE SERVIÇOS EM RELAÇÃO AO SEU DEVER DE FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO (SÚMULA 331, V, DO TST). O STF, no julgamento da ADC 16, considerou constitucional o

<sup>86</sup> PEREIRA, Op. cit., p. 95.

<sup>87</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Jurisprudência. Consulta Unificada. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em 15 jul. 2016.

art. 71, § 1.º, 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, todavia, 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, § 1.º, 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). Ultrapassada a tese jurídica assentada pelo Tribunal Regional, devem os autos ser-lhe restituídos, a fim de que reaprecie o recurso ordinário do ente público em relação à existência ou não de conduta omissiva em relação à fiscalização do contrato, à luz, inclusive, das regras de distribuição do ônus da prova, as quais, conforme se sabe, pesam em desfavor do ente público. Recurso de revista conhecido e provido parcialmente. (TST-RR-20797-49.2014.5.04.0202, Relatora Ministra Delaíde Miranda Arantes, 2ª Turma, DEJT 01/07/2016)

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. ÔNUS DA PROVA SOBRE A FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO (DECISÃO EM CONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NA ADC 16/DF E PELA SÚMULA 331, V, DO TST). Na hipótese, o Tribunal Regional reconheceu a responsabilidade subsidiária da parte ré em razão da ausência de prova de que tivesse procedido à efetiva fiscalização e acompanhamento da execução do contrato. Com efeito, por ser o natural detentor dos meios de prova sobre a fiscalização das obrigações contratuais, bem como da manutenção pelo contratado das condições originais de habilitação e qualificação exigidas na licitação (art. 55, XIII, da Lei 8.666/93), inclusive sua idoneidade financeira (art. 27, III), pertence ao ente público o ônus de comprovar que desempenhou a contento esse encargo. Dessa forma, a responsabilização subsidiária da Administração Pública não decorre de presunção de culpa, mas de sua verificação em concreto a partir do conjunto da prova, e das regras de distribuição do onus probandi. Recurso de revista não conhecido. (TST-RR-1773-56.2012.5.03.0065, Relatora Ministra Delaíde Miranda Arantes, 2ª Turma, DEJT 17/06/2016)

A Terceira Turma adota igual entendimento no sentido de que incumbe ao ente público provar que fiscalizou de maneira adequada a execução do contrato, principalmente no que se refere ao cumprimento dos encargos laborais dos trabalhadores terceirizados. A aludida Turma já julgou que a atitude do ente público de exigir da empresa interposta prova de que cumpriu com suas obrigações não é bastante quando não se demonstra a fiscalização por completo da execução do contrato, por meio de providências simplesmente convencionais ou inapropriadas.<sup>88</sup>

Eis os julgados<sup>89</sup> que traduzem o referido posicionamento:

<sup>88</sup> PEREIRA, Op. cit., p. 95.

<sup>89</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Jurisprudência. Consulta Unificada. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em 15 jul. 2016.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CULPA CONCRETA *IN VIGILANDO* EXPRESSAMENTE CONSIGNADA NO ACÓRDÃO RECORRIDO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 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*. Com efeito, é possível verificar a conduta culposa do contratante, conforme destacado pelo TRT: "o ônus probatório era do ente estatal e deixando este de comprovar que efetuou a regular fiscalização quanto ao cumprimento do contrato pela 1ª Ré em relação aos seus empregados, persiste a responsabilidade subsidiária pela incidência da culpa *in vigilando*, com amparo na aplicação analógica do art. 455 da CLT c/c a interpretação supletiva e sistemática dos arts. 186 e 927 do CC/02.". Ademais, o Supremo Tribunal Federal, nos autos da Reclamação nº 13901, registrou que "Como o controle da regularidade da execução dos contratos firmados com a administração deve ser feito por dever de ofício, é densa a fundamentação do acórdão-reclamado ao atribuir ao Estado o dever de provar não ter agido com tolerância ou desídia incompatíveis com o respeito ao erário". Nesse contexto, inviável a admissibilidade do recurso de revista, pois a decisão recorrida encontra-se em consonância com o item V da Súmula 331/TST. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (TST-AIRR-1181-66.2014.5.23.0006, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, DEJT 01/07/2016)

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA EMPRESA EIXO Z PRODUTORA DE ÁUDIO E VÍDEO LTDA. (...). II - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CARACTERIZAÇÃO DE CULPA *IN VIGILANDO*. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 331, V, DO TST. Do quadro fático delineado pelo TRT extrai-se que a condenação decorre da culpa *in vigilando* do tomador dos serviços. Com efeito, consta do v. acórdão recorrido que: "Era dever do Estado do Rio Grande do Sul comprovar a regularidade da fiscalização do cumprimento do contrato e das disposições da Lei nº 8.666/93. O instrumento contratual dispõe, em sua cláusula sexta (fl.,543) que o pagamento só seria efetuado após comprovado o pagamento dos salários e dos recolhimentos previdenciários, FGTS e PIS. Tal cláusula mostra que o tomador de serviços dispunha de instrumentos contratuais para ciência imediata do descumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços, que estava obrigada a demonstrar mensalmente os pagamentos devidos aos empregados como condição ao recebimento do valor referente à nota fiscal. Pelo exposto, evidente que não houve a correta fiscalização por parte do Estado."(fls. 862/863 - grifei). Nesse contexto, inviável a admissibilidade do recurso de revista, pois a decisão recorrida encontra-se em consonância com o item V da Súmula 331/TST. Ademais, o Supremo Tribunal Federal, nos autos da Reclamação nº 13901, registrou que: "Como o controle da regularidade da execução dos contratos firmados com a administração deve ser feito por dever de ofício, é densa a fundamentação do acórdão-reclamado ao atribuir ao Estado o dever de provar não ter agido com tolerância ou desídia incompatíveis com o respeito ao erário.". Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (TST-AIRR-1216-56.2011.5.04.0007, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, DEJT 28/08/2015)

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. Do quadro fático registrado no acórdão recorrido extrai-se que a condenação decorre da culpa *in vigilando* do tomador dos serviços. Com efeito, o TRT registra: "Em que pese o recorrente não tenha se mantido absolutamente inerte na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas decorrentes do contrato de prestação de serviços mantido com a 1ª ré - a exemplo da troca de correspondências com a empresa solicitando que não incorresse em novos atrasos no pagamento de salários e vales alimentação e transporte, e da aplicação de multa contratual pela prática de irregularidades trabalhistas, conforme págs. 13-14 e 183-188 do arquivo em mídia

digital juntado à fl. 102 - não há prova de que tenha fiscalizado todas as obrigações descumpridas relativamente aos empregados envolvidos". Nesse contexto, inviável a admissibilidade do recurso de revista, pois a decisão recorrida encontra-se em consonância com os itens V e VI da Súmula 331/TST. Ademais, o Supremo Tribunal Federal, nos autos da Reclamação nº 13901, registrou que: "Como o controle da regularidade da execução dos contratos firmados com a administração deve ser feito por dever de ofício, é densa a fundamentação do acórdão-reclamado ao atribuir ao Estado o dever de provar não ter agido com tolerância ou desídia incompatíveis com o respeito ao erário". Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (TST-AIRR-603-82.2013.5.04.0551, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, DEJT 21/08/2015)

A Quarta Turma normalmente faz referência à inversão do ônus da prova, levando em consideração que a Administração Pública é quem possui os documentos que comprovam a fiscalização efetiva, e, também, ao princípio da aptidão da prova, ressaltando sua conformidade com a jurisprudência do TST.<sup>90</sup>

Cabe apontar os arestos<sup>91</sup> que ilustram tal posicionamento:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. COMPROVAÇÃO DA CULPA *IN VIGILANDO*. ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA APTIDÃO PARA A PROVA. Nos termos do acórdão regional, a condenação do órgão público, tomador da mão de obra, decorreu da inversão do ônus da prova, visto ser o ente público o detentor dos documentos capazes de demonstrar sua efetiva fiscalização. O Juízo *a quo* pautou-se no princípio da aptidão para prova. Verifica-se, ademais, que o Regional não se afastou do entendimento exarado pelo STF, no julgamento da ADC n.º 16/DF, o qual previu a necessidade da análise da culpa *in vigilando* do ente público tomador de serviços. Atribuiu, no entanto, ao segundo Reclamado o ônus de demonstrar que fiscalizou as demais Reclamadas no adimplemento das obrigações trabalhistas. E a decisão que confirmou a responsabilização subsidiária do órgão público calcada no princípio da aptidão para a prova está em consonância com a atual jurisprudência desta Corte Superior. Precedentes. Agravo de Instrumento conhecido e não provido. (...). Agravo de Instrumento conhecido e não provido. (TST-AIRR-541-28.2012.5.15.0080, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, DEJT 28/08/2015)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. APELO INTERPOSTO EM DATA ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. COMPROVAÇÃO DA CULPA *IN VIGILANDO*. ÔNUS DA PROVA. 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. De fato, a decisão cuidou de consignar a omissão do ente público em fiscalizar o contrato, tendo incorrido em culpa *in vigilando*. Ademais, competia ao tomador dos serviços comprovar a efetiva fiscalização, considerando a teoria da aptidão para a prova, consagrada no âmbito desta Corte. Mantidas as circunstâncias fáticas delineadas pelo Regional, seu posicionamento se alinha ao disposto na Súmula n.º 331, V, do TST, cujo entendimento cuidou de amoldar a jurisprudência desta Corte aos termos do que foi decidido pelo STF nos autos do ADC n.º 16. Corretos, portanto, os termos do despacho agravado. Agravo de Instrumento conhecido e não provido. (TST-AIRR-

<sup>90</sup> PEREIRA, Op. cit., p. 95.

<sup>91</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Jurisprudência. Consulta Unificada. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em 15 jul. 2016.

1479-83.2013.5.01.0401, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, DEJT 01/07/2016)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. SÚMULA Nº 331, V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO 1. A declaração de responsabilidade subsidiária da Administração Pública ante a demonstração de culpa *in vigilando* ou *in eligendo* da tomadora não afronta o disposto no art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993. 2. De conformidade com o Supremo Tribunal Federal, o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, declarado constitucional, veda o automático reconhecimento de responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas da empresa prestadora de serviços, contratada mediante licitação (Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/DF). 3. Consoante a diretriz perfilhada na Súmula nº 331, V, do Tribunal Superior do Trabalho, o ente público tomador de serviços terceirizados suporta a responsabilidade subsidiária do débito trabalhista nas situações em que igualmente resultar comprovado que a Administração Pública foi negligente ao contratar, a revelar culpa *in eligendo*, ou absteve-se de fiscalizar a observância das normas da legislação trabalhista, de modo a caracterizar-se culpa *in vigilando*, ou caso não se haja desincumbido do ônus de provar que exerceu o dever de fiscalizar a empresa prestadora de serviços no curso do contrato. 3. Agravo de instrumento da União de que se conhece e a que se nega provimento. (TST-AIRR-53900-69.2011.5.21.0011, Relator Ministro João Oreste Dalazen, 4ª Turma, DEJT 01/07/2016)

A Quinta Turma, até março de 2016, se posicionava no mesmo sentido com relação ao ônus da prova, isto é, entendia que incumbia a tomadora dos serviços o ônus da prova da ausência de negligência na fiscalização quanto ao correto adimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa interposta.<sup>92</sup>

Para ilustrar o antigo entendimento, transcrevemos o julgado<sup>93</sup> a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. (...). ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. JULGAMENTO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16 PELO STF. SÚMULA Nº 331, INCISOS IV E V, DO TST. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/14. Ainda que equivocado o Regional quanto ao fundamento utilizado para se denegar seguimento à revista, uma vez que a publicação do acórdão recorrido é anterior à vigência da Lei nº 13.015/14, o seu trancamento deve ser mantido mediante a análise dos demais pressupostos de admissibilidade, conforme permissivo contido na Orientação Jurisprudencial nº 282 da SBDI-1. Persiste o entendimento nessa Corte no sentido de que cabe a responsabilidade subsidiária do ente público - tomador de serviços, em vista do eventual inadimplemento de verbas trabalhistas pelo efetivo empregador, no caso de ausência de fiscalização no cumprimento do contrato (Súmula nº 331, V, do TST). Quanto ao ônus da prova, cabe à tomadora dos serviços do reclamante o ônus da prova de que não houve negligência de sua parte na condução do contrato, notadamente no tocante à fiscalização do correto adimplemento das verbas trabalhistas pela contratada (precedentes). Agravo de instrumento desprovido. (TST-AIRR-122-09.2013.5.02.0444, Relator Ministro Emmanoel Pereira, 5ª Turma, DEJT 29/10/2015)

<sup>92</sup> PEREIRA, Op. cit., p. 95.

<sup>93</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Jurisprudência. Consulta Unificada. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em 15 jul. 2016.

Entretanto, a partir de abril de 2016, a Quinta Turma mudou seu entendimento no tocante ao ônus da prova, baseado em decisões em Reclamações no Supremo Tribunal Federal, e agora vem se posicionando no sentido de que, para a configuração da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, quanto às obrigações trabalhistas devidas aos empregados da empresa prestadora de serviços, é indispensável a prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta do ente público e o dano sofrido pelo obreiro, ou seja, é necessário que se tenha comprovado nos autos essa circunstância.

Salienta, ainda, que é do Reclamante e não da Administração Pública o ônus de comprovar que o ente público cumpriu com o dever de fiscalização das obrigações trabalhistas da empresa prestadora de serviços, não havendo espaço para adoção do princípio da aptidão para a prova. Nos casos em que resta consignado no acórdão regional que o ente público não produziu provas em relação à respectiva fiscalização, a Turma tem dado provimento ou tem conhecido do recurso para afastar a responsabilidade subsidiária da tomadora dos serviços.

Eis os julgados<sup>94</sup> que traduzem esse novo posicionamento:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA *IN VIGILANDO*. I - Para equacionar a controvérsia em torno da existência ou inexistência de responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelas obrigações trabalhistas não honradas pela empresa prestadora de serviço é imprescindível trazer a lume a decisão proferida pelo STF na ADC 16/2007. II - Nela, apesar de ter sido reconhecida a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93, os eminentes Ministros daquela Corte permitiram-se alertar os tribunais do trabalho para não generalizar as hipóteses de responsabilização subsidiária da Administração Pública. III - Na ocasião, traçaram inclusive regra de conduta a ser observada pelos tribunais do trabalho, de se proceder, com mais rigor, à investigação se a inadimplência da empresa contratada por meio de licitação pública teve como causa principal a falha ou a falta de fiscalização pelo órgão público contratante. IV - A partir dessa quase admoestação da Suprema Corte, o Tribunal Superior do Trabalho houve por bem transferir a redação do item IV da Súmula 331 para o item V desse precedente, dando-lhe redação que refletisse o posicionamento dos Ministros do STF. V - Efetivamente, o item V da Súmula 331 passou a preconizar 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. 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 - Compulsando esse precedente, percebe-se, sem desusada perspicácia, que a responsabilização subsidiária da Administração Pública tem por pressuposto a comprovação da sua conduta culposa ao se demitir do dever

---

<sup>94</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Jurisprudência. Consulta Unificada. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em 18 jul. 2016.



de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa prestadora de serviços. VII - Em outras palavras, impõe-se extrair da decisão do Regional elementos de prova de que a Administração Pública observou o não o dever de fiscalização dos direitos trabalhistas devidos aos empregados da empresa prestadora de serviços, uma vez que o seu chamamento à responsabilização subsidiária repousa na sua responsabilidade subjetiva e não objetiva. VIII - Nesse sentido, colhe-se do fundamento do acórdão recorrido ter o Regional assentado que não houve prova da conduta culposa do Município no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, notadamente porque a reclamante, ora recorrente, não se desvencilhou do seu encargo probatório. IX - Dessa forma, para adotar-se conclusão diversa no sentido de que houve comprovação da conduta culposa do recorrido, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, sabidamente inviável em sede de cognição extraordinária, a teor da Súmula 126/TST. X - Acrescente-se, por oportuno, que na Reclamação nº 19.492-SP, proposta pelo Município de São Bernardo do Campo contra o Tribunal Superior do Trabalho e o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, o Ministro Dias Toffoli, em decisão monocrática, datada de 23/2/2015, pela qual julgara procedente a Reclamação para cassar a decisão reclamada, na parte em que afirmara a responsabilidade subsidiária do Município de São Bernardo do Campo, deixou expressamente consignada a tese prevalecente na Corte Suprema que "Somente nos casos em que se lograr comprovar terem sido os atos administrativos praticados em desconformidade com a lei e aptos à interferir no direito pleiteado pelo trabalhador poderá o Poder Público ser responsável, no limite de sua culpa, por verbas trabalhistas devidas a empregado contratado por empresa submetida a processo licitatório, o que não ocorreu no caso sob exame." XI - A Ministra Cármen Lúcia, a seu turno, na Reclamação nº 19.147-SP, ao julgá-la procedente, por meio de decisão monocrática lavrada em 25/2/2015, consignou "que as declarações e as informações oficiais de agentes públicos, no exercício de seu ofício, têm presunção relativa (juris tantum) de legitimidade e devem prevalecer até prova idônea e irrefutável em sentido contrário". XII - Nesta mesma decisão, a ilustre Ministra alertou que "para se afirmar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por aqueles encargos, imprescindível a prova taxativa do nexo de causalidade entre conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador, a dizer, que se tenha comprovado no processo essa circunstância. Sem a produção dessa prova, subsiste o ato administrativo e a Administração Pública exime-se da responsabilidade por obrigações trabalhistas com relação àqueles que não compõem os seus quadros". XIII - A jurisprudência consolidada no STF segue idêntica orientação da Ministra Cármen Lúcia de que são exemplos os precedentes ora elencados: Rcl. 17578-AL, Rel. Min. Dias Toffoli: Publicação DJe-148, 31/7/2014; 19255-RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, Publicação DJe-052, 18/3/2015; Rcl. 19147-SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, Julgamento: 25/2/2015, Publicação: DJe-043, 6/3/2015; Rcl. 17.917-RS, Rel. Min. Teori Zavascki: Publicação DJe-051, 17/3/2015; Rcl. 19492-SP Rel. Min. Dias Toffoli: Publicação DJe-041, 3/3/2015. XIV - Delineado no acórdão recorrido, como já mencionado alhures, que a exclusão da responsabilização subsidiária do recorrido devera-se à ausência de prova por parte da recorrente de que o recorrido procedera à fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas devidas pela empresa contratada, sobressai incontestável decisão em consonância com o entendimento firmado na excelsa Corte. XV - Exsurge desse contexto, ser da recorrente e não do recorrido o ônus de comprovar que o ente público se demitira do dever de fiscalização das obrigações trabalhistas da empresa prestadora de serviços, não havendo lugar sequer para a adoção da tese da aptidão da prova, na esteira da presunção relativa de legitimidade dos atos administrativos. XVI- Portanto, sobrevém a evidência de o acórdão recorrido, ao excluir a condenação subsidiária do Município de São Paulo, estar em consonância com a Súmula 331, item V, do TST. Recurso de revista conhecido e desprovido. (TST-RR-1000388-32.2014.5.02.0609, Relator Ministro Antonio José de Barros Levenhagen, 5ª Turma, DEJT 13/05/2016)

RECURSO DE REVISTA. LEI 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. Segundo o item V da Súmula 331, desta Corte, editado em função do entendimento do Supremo Tribunal Federal, firmado no julgamento da ADC 16 (DJE de 6/12/2010), restou evidenciada a necessidade de

efetiva prova da conduta culposa da administração pública (tomadora dos serviços) pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora dos serviços. Ausente referida prova, incabível atribuir-lhe responsabilidade subsidiária pelo cumprimento dessas obrigações. (...). Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST-RR-161-71.2013.5.04.0663, Relator Ministro João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, DEJT 24/06/2016)

A Sexta Turma foi a precursora, dentre as Turmas do TST (desde a Sessão de Julgamento de 25/03/2015), em divergir quanto à questão do ônus da prova. A partir de julgados em reclamações no STF, o Colegiado revisou seu entendimento e passou a não admitir a imputação do ônus da prova ao ente público. Dessa forma, somente quando demonstrada no acórdão regional de maneira concreta a conduta culposa da Administração Pública é que será possível condená-la de forma subsidiária.<sup>95</sup>

Podem-se apontar os seguintes precedentes<sup>96</sup> que ilustram o respectivo posicionamento:

AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. INFRAERO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. VERIFICAÇÃO DE CULPA *IN VIGILANDO*. PROVIMENTO. O agravo de instrumento deve ser provido, por possível contrariedade à Súmula 331, V, do TST. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. INFRAERO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. VERIFICAÇÃO DE CULPA *IN VIGILANDO*. As decisões recentes do Excelso Supremo Tribunal Federal têm sido todas no sentido de que não se pode afastar a incidência do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, invocando a existência de culpa *in vigilando* do ente público de forma genérica. Deve-se levar em consideração a efetiva ausência de fiscalização, de inércia na condução do contrato de terceirização de atividade especializada pelo administrador público. Na Reclamação nº 19492/SP, da lavra do Exmo. Ministro Dias Toffoli, ponderou-se, ainda, que a adoção de fundamentos genéricos nas decisões proferidas por esta Justiça do Trabalho evidencia uma postura contrária ao entendimento do e. STF. Desse modo, apenas se constatada prova concreta da conduta culposa do ente público na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço, é que será possível responsabilizá-lo subsidiariamente. Essa é a interpretação que deve ser extraída do ADC 16 c/c a Súmula nº 331, V, do c. TST. *In casu*, como não resta delimitada na v. decisão regional conduta concreta de culpa do ente público na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços, a responsabilidade subsidiária da segunda reclamada deve ser afastada. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST-RR-286-25.2014.5.19.0004, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, DEJT 23/10/2015)

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.015/2014. PETROBRAS. ACÓRDÃO DO TRT PROFERIDO APÓS A ATUAL REDAÇÃO DA SÚMULA Nº 331 DO TST. ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS RECONHECIDA PELA CORTE REGIONAL SEM PROVA DE CULPA DO ENTE PÚBLICO. VEDAÇÃO CONFORME ENTENDIMENTO DO STF. 1 - Recurso de revista na vigência da Lei nº 13.015/2014. 2 - Preenchidos os requisitos

<sup>95</sup> PEREIRA, Op. cit., p. 95.

<sup>96</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Jurisprudência. Consulta Unificada. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em 18 jul. 2016.

do art. 896, § 1º-A, da CLT. 3 - Aconselhável o provimento do agravo de instrumento para melhor exame do recurso de revista, por provável violação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. 4 - Agravo de instrumento a que se dá provimento. II - RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.015/2014. PETROBRAS. ACÓRDÃO DO TRT PROFERIDO APÓS A ATUAL REDAÇÃO DA SÚMULA Nº 331 DO TST. ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS RECONHECIDA PELA CORTE REGIONAL SEM PROVA DE CULPA DO ENTE PÚBLICO. VEDAÇÃO CONFORME ENTENDIMENTO DO STF. 1 - Preenchidos os requisitos do art. 896, § 1º-A, da CLT. 2 - De acordo com a Súmula nº 331, V, do TST e a ADC nº 16 do STF, é vedado o reconhecimento da responsabilidade subsidiária do ente público com base no mero inadimplemento do empregador no cumprimento das obrigações trabalhistas, e deve haver prova da culpa *in eligendo* ou *in vigilando* do tomador de serviços. 3 - Também de acordo com o entendimento do STF, em diversas reclamações constitucionais, não deve ser reconhecida a responsabilidade subsidiária com base na distribuição do ônus da prova em desfavor do ente público, cujos atos gozam da presunção de legalidade e de legitimidade. Por disciplina judiciária, essa diretriz passou a ser seguida pela Sexta Turma do TST, a partir da Sessão de Julgamento de 25/3/2015. 4 - Recurso de revista a que se dá provimento. Fica prejudicado o exame dos temas remanescentes. (TST-RR-123-03.2015.5.21.0021, Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, DEJT 01/07/2016)

AGRAVO DE INSTRUMENTO em recurso de revista sob a égide da lei 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA ENTE PÚBLICO. SÚMULA 331 DO TST. CULPA *IN VIGILANDO*. ÔNUS DA PROVA. MÁ APLICAÇÃO. Agravo de instrumento provido para verificar possível violação, por má aplicação, do § 1º do artigo 71 da Lei 8.666/1993. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA ENTE PÚBLICO. SÚMULA 331 DO TST. CULPA *IN VIGILANDO*. ÔNUS DA PROVA. MÁ APLICAÇÃO. A 6ª Turma do TST decidiu seguir o teor de decisões monocráticas do STF nas quais afirmado ser do reclamante o ônus da prova acerca da efetiva fiscalização na execução do contrato de terceirização de mão de obra por integrante da Administração Pública. Considerando que, no caso em exame, a ausência de fiscalização decorreu unicamente do entendimento de não satisfação do encargo probatório pela tomadora dos serviços, e isso contrariaria o entendimento exarado pela Suprema Corte - ressalvado entendimento diverso do relator -, ficou ausente registro factual específico da culpa *in vigilando*, na qual teria incorrido o tomador de serviços. Nesse contexto, não há como manter a responsabilidade subsidiária do órgão público contratante. Recurso de revista conhecido e provido. (TST-RR-462-06.2014.5.05.0291, Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, DEJT 01/07/2016)

A Sétima Turma adota o posicionamento de que incumbe à Administração Pública o ônus da prova de ter cumprido com a correta fiscalização da execução do contrato, levando em consideração a aplicação no processo trabalhista do princípio da carga dinâmica da prova, de maneira que a responsabilidade de acostar tal prova aos autos é da parte que possui melhor condições de produzi-la.<sup>97</sup>

Exemplificam a adoção da referida tese os julgados<sup>98</sup> abaixo transcritos:

<sup>97</sup> PEREIRA, Op. cit., p. 96.

<sup>98</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Jurisprudência. Consulta Unificada. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em 18 jul. 2016.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. SÚMULA 331, V, DO TST. Vislumbrando possível contrariedade à Súmula nº 331 do TST, dou provimento ao agravo de instrumento, para determinar o processamento do recurso de revista, com espeque no art. 896, alínea "a", da CLT. Agravo de instrumento conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. SÚMULA 331, V, DO TST. No caso sob análise, o Tribunal de origem simplesmente concluiu pela inexistência de conduta culposa do tomador de serviços, excluindo a responsabilidade subsidiária da litisconsorte, após erroneamente atribuir ao reclamante o inviável ônus de provar a ausência de fiscalização por parte do ente público. Ocorre que, com base no princípio da aptidão para a prova, caberia ao ente da Administração Pública comprovar que agiu diligentemente na fiscalização do contrato de terceirização, tendo em vista que possui, indiscutivelmente, melhores condições de produzir provas nesse sentido, até porque mantém, em seu poder, a documentação própria para tanto. Ademais, a própria Lei nº 8.666/93, em seus artigos 58, inciso III, 67, caput e §1º, 77 e 78 - que devem ser interpretados sistematicamente com o art. 71, §1º, do mesmo diploma legal - impõe ao ente público tomador de serviços a obrigação de fiscalizar o cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo prestador de serviços contratado, podendo, inclusive, rescindir o contrato pelo descumprimento das respectivas cláusulas. Desse modo, não tendo o ente público se desvencilhado do ônus de comprovar a efetiva fiscalização do atendimento das obrigações contratuais pela empresa prestadora dos serviços, impõe-se a incidência do disposto na Súmula nº 331, item V, do TST, com a consequente responsabilização subsidiária da PRODESP, por culpa *in vigilando*. Reconhecida a contrariedade à Súmula nº 331 do TST, dá-se provimento ao recurso de revista, para condenar subsidiariamente a segunda Reclamada pelos créditos trabalhistas devidos ao Reclamante, restabelecendo a sentença no particular. (TST-RR-1491-21.2012.5.02.0461, Relator Desembargador Convocado André Genn de Assunção Barros, 7ª Turma, DEJT 29/10/2015)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. A contratação de empresa prestadora de serviços, por meio de regular licitação, não basta para excluir a responsabilidade do ente público. Nos termos do item V da Súmula nº 331 do TST, editado à luz da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16/DF, em se tratando de terceirização de serviços, os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta responderão subsidiariamente pelas dívidas trabalhistas das empresas prestadoras, quando forem negligentes em relação ao dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais e legais da contratada. No presente caso, o Tribunal Regional, soberano na análise do conjunto probatório, registrou que o ente público não se desincumbiu do ônus de comprovar a correta fiscalização do cumprimento do contrato com a empresa prestadora. Assim, ao atribuir responsabilidade subsidiária ao agravante, decidiu em plena sintonia com o verbete acima mencionado. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (...). Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST-AIRR-2561-20.2012.5.02.0026, Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, DEJT 01/07/2016)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. 1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONFIGURAÇÃO DE CULPA *IN VIGILANDO*. PARÂMETROS FIXADOS PELO STF NO JULGAMENTO DA ADC 16/DF. ALCANCE DA CONDENAÇÃO. Ao julgar a ADC 16/DF e proclamar a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93, a Suprema Corte não afastou a possibilidade de imputação da responsabilidade subsidiária aos entes da Administração Pública, por dívidas trabalhistas mantidas por empresas de terceirização por eles contratadas, desde que configurada conduta culposa, por omissão ou negligência, no acompanhamento da execução dos contratos de terceirização celebrados, nos moldes

da Súmula 331, V, do TST. Para a fixação da responsabilização em causa, portanto, que não deriva do simples inadimplemento dos créditos trabalhistas por parte da empresa contratada, faz-se necessária a comprovação de que a entidade pública praticou ato omissivo ou comissivo, revelador de negligência no dever - e não apenas prerrogativa! - jurídico-constitucional de fiscalizar e acompanhar a execução dos contratos de prestação de serviços celebrados (art. 58 da Lei 8.666/93). Nesse contexto, e não sendo possível o reexame do acervo fático-probatório aos órgãos da jurisdição extraordinária (Súmula 279 do STF e Súmula 126 do TST), aos juízos naturais de primeiro e segundo grau de jurisdição cabe aferir, concretamente, caso a caso, de acordo com os elementos de convicção produzidos ou segundo as regras de distribuição do ônus probatório correspondente, se houve culpa da entidade pública tomadora, a ensejar a sua responsabilização subsidiária. Fixada a responsabilidade nesses termos, não se poderá cogitar de transgressão à decisão proferida nos autos da ADC 16/DF, tal como proclamado em decisões proferidas em diversas reclamações e acórdãos daquela Corte (Rcl 18021 AGR/RS, Relator Ministro Edson Fachin, julgamento em 15/3/2016; Rcl 10.829 AgR, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe de 10/2/2015; Rcl 16.094 AgR, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe de 2/2/2015; Rcl 17.618 AgR, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 23/3/2015). De destacar, porém, em respeito ao máximo contraditório que deve pautar as decisões judiciais, notadamente no âmbito das Cortes Superiores, que há decisões monocráticas e colegiadas oriundas da Excelsa Corte, consagrando orientações distintas, ora afirmando a absoluta impossibilidade de transferência da responsabilidade em questão aos entes da Administração Pública (Rcl 21.898/PE, Relator Ministro Marco Aurélio, DJe 25/4/2016), tese que foi expressamente superada no julgamento da ADC 16/DF, ora assentando a tese de que a motivação exposta nas instâncias ordinárias, sem a indicação de qualquer elemento ou conduta capaz de justificar a culpa da entidade pública, não autorizaria igualmente a imputação da aludida responsabilidade, por configurada mera presunção da culpa (Ag-Rcl 20.905/RS, Redator Ministro Teori Zavascki, julgamento 30/6/2015). Buscando evidenciar o que seria condenação por simples presunção, decisões monocráticas proferidas em Reclamações a anunciam como efeito do mero inadimplemento dos créditos trabalhistas pela empresa contratada (Rcl 16.846-AgR, Relator o Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 19/5/2015), ainda quando haja registro produzido pelas instâncias ordinárias, a partir do exame do acervo fático-probatório, relativo à configuração da culpa *in eligendo* e *in vigilando* da Administração Pública (Rcl 14.522-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 3/2/2015). Diante desse expressivo dissenso no âmbito da Suprema Corte, a quem cabe ditar em última ratio o sentido e alcance dos preceitos constitucionais, promovendo igualmente a defesa da autoridade e eficácia de seus julgados, o critério a ser adotado para o julgamento de casos similares deve ser aquele consagrado por seu órgão plenário. Nesse cenário, além de o voto condutor (que foi agregado por novos motivos durante os debates então travados) consagrar a possibilidade da responsabilização subsidiária da entidade pública, quando, com base nos elementos de prova, for demonstrada a culpa decorrente da omissão ou negligência no exercício adequado do dever de vigiar, a matéria foi objeto de exame plenário, após o julgamento da ADC 16/DF, por ocasião do julgamento do Ag-Rcl 16.094-ES (Relator o Ministro Celso de Mello, em 19/11/2014). Nesse julgamento, com a presença de nove ministros, restou vencido apenas o Ministro Dias Tóffoli, não participando do julgamento a Ministra Cármen Lúcia (impedida). Portanto, entre os presentes, sete Ministros seguiram o voto condutor, o que configura maioria absoluta, autorizando os demais órgãos do Poder Judiciário a aplicar a diretriz consagrada no julgamento da ADC 16/DF, cujo conteúdo foi explicitado, ainda uma vez mais, pelo Plenário da Excelsa Corte, nos autos do Ag-Rcl 16.094-ES. No presente caso, o Tribunal Regional ressaltou que a Administração Pública não logrou comprovar a fiscalização das obrigações contratuais e legais da empresa prestadora, consignando que "(...) Isso, sem dúvida, configura a ausência, por parte do tomador, de uma fiscalização minimamente consistente que justificasse sua isenção de responsabilidade, mormente se considerarmos os poderes concedidos pela própria Lei n. 8.666/93, uma vez que requerer da empresa de terceirização documentos que não possibilitam uma real

fiscalização equivalem a uma não fiscalização", o que configura a culpa *in vigilando*, a legitimar a imputação da responsabilidade subsidiária combatida. Incidência da Súmula 331, V, do TST. Não merece prosperar, ainda, a tese de limitação da condenação nos termos da Súmula 363 do TST, pois consoante o contexto fático delineado no acórdão regional, não se trata de hipótese de contratação direta pelo Centro Estadual de Educação Tecnológica "Paula Souza" - CEETEPS sem a realização de concurso público, mas sim de terceirização, em princípio lícita, que frustrou os direitos trabalhistas dos terceirizados. Dessa forma, destaco que o reconhecimento da responsabilidade subsidiária abrange a integralidade das verbas decorrentes do pacto laboral havido entre o Reclamante e a empresa interposta, inclusive quanto àquelas que detêm caráter de penalidade, independentemente da natureza (acessória ou principal) da obrigação contratual, conforme inteligência do item VI da Súmula 331 do TST. 2. (...). Agravo de instrumento não provido. (TST-AIRR-2016-44.2012.5.15.0007, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, 7ª Turma, DEJT 01/07/2016)

Seguindo a linha majoritária, a Oitava Turma adota a tese de que cabe a Administração Pública o ônus da prova no que tange a fiscalização da execução do contrato, conforme inteligência do princípio da aptidão para a prova.<sup>99</sup>

Sintetizam o respectivo entendimento, os votos<sup>100</sup> preferidos pela Turma a seguir apresentados:

RECURSO DE REVISTA - PRELIMINAR DE NULIDADE - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - SÚMULA Nº 331, ITENS V E VI, DO TST - ÔNUS DA PROVA 1. O acórdão regional está em harmonia com a Súmula nº 331, itens V e VI, do TST, uma vez que a responsabilização subsidiária do ente público decorreu do reconhecimento de conduta culposa na fiscalização do cumprimento do contrato e abrange todas as verbas decorrentes da condenação referente ao período da prestação laboral. 2. Compete à Administração Pública o ônus da prova quanto à fiscalização, considerando que: i) a existência de fiscalização do contrato é fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do Reclamante; ii) a obrigação de fiscalizar a execução do contrato decorre da lei (arts. 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 tem acesso, em atenção ao princípio da aptidão para a prova. Precedentes. (...). Recurso de Revista não conhecido. (TST-RR-56700-71.2012.5.17.0003, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, DEJT 09/10/2015)

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA *IN VIGILANDO* DEMONSTRADA. ÔNUS DA PROVA. O acórdão regional está em consonância com a Súmula 331, V, do TST. Ademais, esta Corte tem entendido que o ônus da prova recai sobre o tomador de serviços, porquanto a efetiva fiscalização constitui fato impeditivo de sua responsabilização, aplicando-se à hipótese, o princípio da aptidão para a prova. Precedentes. Recurso de revista não conhecido. (...). Recurso de revista conhecido e provido. (TST-RR-20038-58.2014.5.04.0017, Relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, DEJT 20/05/2016)

<sup>99</sup> PEREIRA, Op. cit., p. 96.

<sup>100</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Jurisprudência. Consulta Unificada. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em 18 jul. 2016.

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA *IN VIGILANDO*. PRINCÍPIO DA APTIDÃO PARA A PROVA. Extrai-se do acórdão regional que o ente público tomador dos serviços não demonstrou a regular fiscalização dos serviços por ele contratados. Assim a conclusão do Regional, de que cabia ao reclamante demonstrar a ausência de fiscalização, não se sustenta porque o ônus da prova recai sobre o tomador dos serviços, o qual tem obrigação legal de fiscalizar a execução do contrato (arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93). Logo, incumbia ao ente público provar a existência de fiscalização efetiva, bem como desconstituir a pretensão do reclamante. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (TST-RR-10552-45.2014.5.01.0207, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT 24/06/2016)

Em resumo, as oito Turmas do TST não imputam a responsabilidade automática à Administração Pública, mas somente quando registrada a conduta culposa do ente público no acórdão regional, em respeito ao teor do julgado do Supremo Tribunal Federal na aludida ADC 16 – DF.<sup>101</sup>

A Subseção de Dissídios Individuais 1 do Tribunal Superior do Trabalho (SBDI-1/TST) possui precedente esclarecedor nesse aspecto. Eis o teor da ementa do respectivo julgado<sup>102</sup>:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. SÚMULA Nº 331, V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Nos termos do item V da Súmula nº 331 do TST, editado à luz da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16/DF, nos casos de terceirização de serviços, os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta responderão subsidiariamente pelas dívidas trabalhistas das empresas prestadoras, quando forem negligentes em relação ao dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais e legais da contratada. No presente caso, a Turma excluiu a responsabilidade do ente público pelo fato de o Tribunal Regional ter simplesmente aplicado a teoria da responsabilidade objetiva do Estado. Assim, decidi em plena sintonia com o verbete acima mencionado. Por outro lado, ainda que a agravante tenha pretendido alegar afronta aos dispositivos de lei federal e da Constituição da República indicados no agravo, resulta imprópria tal fundamentação, em decorrência da redação do artigo 894, II, da CLT conferida pela Lei nº 11.496/2007. Agravo regimental de que se conhece e a que se nega provimento. (TST-AgR-E-ED-RR-152300-95.2009.5.10.0011, Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 26/03/2015, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 10/04/2015)<sup>103</sup>

Dessa forma, inexistente dúvida que o Tribunal Superior do Trabalho está cumprindo com rigor o julgado do Supremo Tribunal Federal na ADC 16 - DF. Já no que se refere à distribuição do ônus da prova, seis Turmas se posicionam no sentido de que incumbe à Administração Pública e duas delas entendem que incumbe ao trabalhador. Cumpre salientar, que a questão da distribuição do ônus probatório não possui ligação com a constitucionalidade

<sup>101</sup> PEREIRA, Op. cit., p. 96.

<sup>102</sup> Idem, ibidem.

<sup>103</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Jurisprudência. Consulta Unificada. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em 18 jul. 2016.

do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93, tratando-se de matéria estritamente processual, limitada aos elementos do caso concreto.<sup>104</sup>

No que se refere ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, cumpre salientar que a Suprema Corte, ao reconhecer a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93 no julgamento da ADC 16 – DF, não excluiu a possibilidade de imputar aos entes da Administração Pública a responsabilidade subsidiária pelas obrigações laborais mantidas por empresas interpostas terceirizadas por eles contratadas, desde que demonstrada a conduta culposa, por omissão ou negligência, na fiscalização da execução dos contratos de terceirização firmados, conforme inteligência do item V da Súmula 331 do TST.<sup>105</sup>

Portanto, para atribuir a respectiva responsabilidade subsidiária em causa, que não decorre do mero inadimplemento dos encargos trabalhistas por parte da empresa interposta, é imprescindível a comprovação de que a Administração Pública agiu de maneira omissiva ou comissiva, revelando negligência no dever, e não apenas faculdade, de fiscalizar e acompanhar a execução dos contratos de prestação de serviços pactuados, nos termos do art. 58 da Lei 8.666/93.<sup>106</sup>

Assim, aos juízos naturais de primeiro e segundo graus de jurisdição compete examinar, cada caso concreto, segundo os elementos de convicção produzidos ou de acordo com as regras de distribuição do ônus da prova aplicáveis à hipótese, se existiu a conduta culposa da Administração Pública tomadora que motive sua responsabilização subsidiária, não havendo a possibilidade da revisão do conjunto fático-probatório em sede de jurisdição extraordinária (Súmula 279 do STF e Súmula 126 do TST).<sup>107</sup>

Fixada a responsabilidade nessas condições, impossível conceber a ideia de desrespeito à decisão emitida no julgamento da ADC 16 – DF, assim como proferido em julgados em diferentes reclamações e acórdãos da Corte Suprema, dentre os quais cita-se, a título de exemplo: Rcl 18021 AGR/RS, Relator Ministro Edson Fachin, julgamento em 15/3/2016; Rcl 10.829 AgR, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe de 10/2/2015; Rcl 16.094 AgR, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe de

---

<sup>104</sup> PEREIRA, Op. cit., p. 97.

<sup>105</sup> Entendimento retirado do julgamento proferido no AIRR-312-33.2012.5.11.0451, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, 7ª Turma, DEJT 24/06/2016. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em 19 jul. 2016.

<sup>106</sup> Idem.

<sup>107</sup> Idem.



2/2/2015; Rcl 17.618 AgR, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 23/3/2015).<sup>108</sup>

Contudo, necessário salientar, em observância ao princípio constitucional do contraditório nas decisões judiciais, principalmente na seara dos Tribunais Superiores, que existem decisões colegiadas e monocráticas decorrentes da Suprema Corte, proferindo entendimentos diferentes, ora se posicionando no sentido da absoluta impossibilidade de imputação da responsabilidade em relação aos entes da Administração Pública, tal como verifica-se na decisão na Rcl 21.898/PE, Relator Ministro Marco Aurélio, DJe 25/4/2016, entendimento que já foi explicitamente ultrapassado no julgamento da ADC 16 – DF, e ora baseado na tese de que os fundamentos consignados nas decisões das instâncias ordinárias, sem a assinalação de algum elemento ou comportamento apto a justificar a culpa do ente público, não permitiria da mesma forma a condenação à aludida responsabilidade, pois restaria caracterizada a simples presunção da culpa, tal como demonstrado na decisão proferida no Ag-Rcl 20.905/RS, Redator Ministro Teori Zavascki, julgamento 30/6/2015.<sup>109</sup>

Na tentativa de ressaltar o que seria a condenação por mera presunção, decisões monocráticas proferidas em Reclamações revelam a respectiva condenação como efeito do simples inadimplemento dos créditos laborais pela empresa interposta, assim como exposto na decisão na Rcl 16.846-AgR, Relator o Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 19/5/2015, mesmo quando exista elemento produzido pelos juízos ordinários, decorrente da análise do conjunto fático-probatório, relacionado à demonstração da culpa *in eligendo* e *in vigilando*, conforme entendimento traduzido no julgado da Rcl 14.522-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 3/2/2015.<sup>110</sup>

Perante a significativa divergência na esfera da Suprema Corte, a quem compete estabelecer, como último recurso, o sentido e o alcance dos dispositivos constitucionais, fomentando de igual modo a defesa da autoridade e a efetividade de suas decisões, o parâmetro a ser aplicado no julgamento de casos semelhantes deve ser aquele proferido por seu órgão plenário.<sup>111</sup>

---

<sup>108</sup> Entendimento retirado do julgamento proferido no AIRR-312-33.2012.5.11.0451, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, 7ª Turma, DEJT 24/06/2016. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em 19 jul. 2016.

<sup>109</sup> Idem.

<sup>110</sup> Idem.

<sup>111</sup> Idem.

Nesse contexto, além do voto condutor, que foi agregado por novos fundamentos no decorrer dos debates então travados, consagrar a viabilidade de responsabilização subsidiária da Administração Pública, quando, amparada nos elementos probatórios, for configurada a conduta culposa oriunda da omissão ou negligência no correto cumprimento do dever de fiscalizar, a questão foi objeto de análise plenária, depois da decisão proferida na ADC 16 – DF, quando do julgamento do Ag-Rcl 16.094-ES (Relator o Ministro Celso de Mello, em 19/11/2014).<sup>112</sup>

No aludido julgamento, houve a presença de nove Ministros, ficou vencido somente o Ministro Dias Tóffoli e não participou do julgamento a Ministra Carmen Lúcia, em razão de impedimento. Dessa forma, dentre os presentes, sete Ministros acompanharam o voto condutor, circunstância que caracteriza maioria absoluta, permitindo os demais órgãos do Poder Judiciário a adotar a diretriz consagrada no julgamento da ADC 16 – DF, cujo teor foi esclarecido, ainda mais uma vez, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Ag-Rcl 16.094-ES.<sup>113</sup>

Diante desse cenário, é imprescindível que a Suprema Corte dê uma solução às diversas Reclamações que lá tramitam acerca da matéria, tendo em vista que as decisões normalmente são proferidas de forma monocrática. Esse aspecto possivelmente tenha refletido nos posicionamentos da Quinta e Sexta Turmas do TST, ocasionando, ainda, um ambiente de instabilidade jurídica.<sup>114</sup>

Entretanto, extrai-se das decisões existentes no Supremo Tribunal Federal acerca da matéria que o atual e majoritário entendimento do Tribunal Superior do Trabalho está em plena consonância com o decidido na ADC 16 – DF.<sup>115</sup>

Uma lição da Suprema Corte do país se faz necessária para uma reforma cultural na esfera da Administração Pública, para que se cumpra o dever de fiscalizar de maneira correta os contratos de prestação de serviços, com intuito de obstar os prejuízos que os obreiros vêm

---

<sup>112</sup> Entendimento retirado do julgamento proferido no AIRR-312-33.2012.5.11.0451, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, 7ª Turma, DEJT 24/06/2016. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em 19 jul. 2016.

<sup>113</sup> Idem.

<sup>114</sup> PEREIRA, Op. cit., p. 98.

<sup>115</sup> Idem, ibidem.

experimentando em virtude do exercício de atividade que favorece o público em geral. O dispêndio com tais atividades recai, rotineiramente, sobre os trabalhadores.<sup>116</sup>

---

<sup>116</sup> PEREIRA, Op. cit., p. 98.

## CONCLUSÃO

O Supremo Tribunal Federal, ao declarar a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93 no julgamento da ADC 16 – DF, firmou o entendimento de que o inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora dos serviços não transmite ao ente público a responsabilidade por seu adimplemento, ressalvada a hipótese de comprovação da conduta culposa da Administração Pública com relação à fiscalização da execução do contrato.

Em decorrência do efeito *erga omnes* da respectiva decisão, o Tribunal Superior do Trabalho alterou o conteúdo da Súmula 331 com intuito de adequá-la ao entendimento daquela Corte Constitucional, quanto ao aspecto da terceirização no âmbito da Administração Pública.

Assim, a decisão da Suprema Corte não provocou a impossibilidade de aplicação da Súmula 331 do TST, o que ocorreu foi o aperfeiçoamento do verbete, uma vez que exclui a responsabilidade automática ou objetiva do ente público tomador dos serviços e passou a condicionar a possibilidade de imputação da responsabilidade subsidiária nos casos em que evidenciada ou comprovada ilicitude, fraude, inexecução culposa, omissão ou imperfeição na fiscalização do contrato de licitação por parte da Administração Pública.

Nesse contexto, demonstrada a culpa *in eligendo*, quanto ao procedimento administrativo de seleção e contratação da empresa prestadora dos serviços, ou a culpa *in vigilando*, relativa à fiscalização do cumprimento dos encargos laborais pela empresa contratada, da Administração Pública, esta será responsabilizada subsidiariamente pelo crédito devido ao trabalhador que prestou serviços ao tomador, caso o ente público tenha integrado a relação processual de conhecimento, bem como figure no título executivo como responsável subsidiário.

Quanto à distribuição do ônus da prova, nas hipóteses em que se debate a responsabilização subsidiária do tomador de serviços terceirizado na esfera da Administração Pública, cabe inteiramente aplicação do princípio da aptidão da prova, o qual estabelece que o ônus probatório com relação à ausência de culpa *in vigilando* ou *in eligendo* do ente público incumbirá ao mesmo, tendo em vista que somente ele possui condições de comprovar a correta execução quanto ao seu dever de respeitar o devido processo legal na contratação

licitatória da empresa prestadora dos serviços e de fiscalizar o cumprimento da legislação trabalhista pela respectiva prestadora perante seus empregados.

Impor ao empregado à incumbência de produzir a prova do regular procedimento licitatório para a contratação da empresa interposta ou da fiscalização por parte do ente público do cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora dos serviços não é razoável, tendo em vista que tal prova é muito difícil ou impossível de ser produzida pelo trabalhador, circunstância que caracteriza a denominada “prova diabólica”.

Com efeito, conclui-se que o Tribunal Superior do Trabalho, observado o posicionamento de suas Turmas, está cumprindo com rigor o julgado do Supremo Tribunal Federal na ADC 16 - DF.

Por outro lado, quanto à distribuição do ônus da prova, verificou-se que seis Turmas do TST entendem que pertence à Administração Pública e duas delas se posicionam no sentido de que incumbe ao trabalhador. Em que pese à divergência no aspecto, depreende-se que a questão da distribuição do ônus probatório não possui relação com a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93, pois se trata de matéria estritamente processual, restrita aos elementos do caso concreto.

No que se refere ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, constatou-se que este proferiu decisões em harmonia com o entendimento majoritário do TST, no sentido da possibilidade da responsabilização subsidiária do ente público nos casos em que, segundo os elementos de convicção produzidos ou de acordo com as regras de distribuição do ônus da prova aplicada à hipótese, comprovada a conduta culposa da Administração Pública tomadora dos serviços, vedada a revisão do conjunto fático-probatório em sede de jurisdição extraordinária.

Entretanto, a Suprema Corte também proferiu decisões colegiadas e monocráticas com entendimento divergente do acima descrito, ora se posicionando no sentido da absoluta impossibilidade de imputação da responsabilidade em relação aos entes da Administração Pública e ora baseado na tese de que os fundamentos consignados nas decisões das instâncias ordinárias sem a assinalação de algum elemento ou comportamento apto a justificar a culpa do ente público, não autoriza a condenação à aludida responsabilidade, pois resta caracterizada a presunção da culpa.

Posto isso, diante de significativa divergência no âmbito do STF, concluiu-se, para defender esta tese de monografia, adotar o entendimento da 7ª Turma do TST (na decisão proferida no AIRR-312-33.2012.5.11.0451, Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues), no sentido de que a “última palavra” para ser tomada como parâmetro no julgamento de casos semelhantes deveria ser aquele proferido pelo órgão plenário da Suprema Corte.

Verificou-se, assim, que a matéria foi objeto de análise plenária, depois da decisão proferida na ADC 16 – DF, quando do julgamento do Ag-RCL 16.094-ES, no qual o voto condutor, que foi acompanhado pela maioria absoluta do Plenário, além de agregar novos fundamentos oriundos dos debates então travados, consagrou a possibilidade de responsabilização subsidiária da Administração Pública, quando, amparado nos elementos probatórios, for configurada a conduta culposa decorrente da omissão ou negligência no regular cumprimento do dever de fiscalizar, circunstância que autoriza que os demais órgãos do Poder Judiciário adotem a diretriz consagrada no julgamento em que declarada a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93, cujo teor foi esclarecido mais uma vez pelo Plenário do STF.

Deduz-se, então, que a decisão do STF não mudou em nada o que era estabelecido pelo § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93, no que diz respeito à fiscalização perante um contrato de prestação de serviços a fim de evitar sua responsabilização por ocasionais inadimplementos, uma vez que a Lei 8.666/93 já estabelecia, inclusive em outros dispositivos, o respectivo dever de fiscalização da Administração Pública, sob pena de imputação da responsabilidade subsidiária pelo não pagamento.

Na verdade, o que o Tribunal Pleno do TST buscou foi uma forma de aplicação final da decisão do STF, uma vez que deverá redirecionar a questão para a análise do caso concreto, baseado no conjunto fático-probatório colocado a seu julgamento, com objetivo de averiguar o nexo causal, a culpa e o dano, para imputar a corresponsabilidade à Administração Pública pelos serviços terceirizados contratados, à luz das regras e princípios.

Com fim de impedir a responsabilização subsidiária da Administração Pública é imperioso que os administradores produzam provas robustas no sentido de que efetivamente existiu a fiscalização das empresas contratadas, não somente na ocasião da contratação, mas de modo concomitante à execução do contrato. Ademais, ao primeiro sinal de

inadimplemento de quaisquer verbas trabalhistas, é indispensável fazer prova em juízo de que foram realizadas providências para garantir os direitos dos obreiros.

Compete, então, ao Supremo Tribunal Federal colaborar para constituir a cultura de que incumbe ao ente público conduzir com seriedade e de modo eficaz os contratos pactuados com as empresas prestadoras de serviços terceirizados, com intuito de cumprir rigorosamente as obrigações laborais dos trabalhadores por elas contratados. Caso contrário, estimularia uma realidade lamentável, na qual se aumentaria ainda mais o já elevado passivo trabalhista, sem, contudo, que as respectivas empresas ou a Administração pública se responsabilizassem por ele.

Assim, atribuir à Administração Pública o ônus de provar a execução adequada de seus deveres de observar o preceito do devido processo legal no procedimento licitatório, em especial, na celebração do contrato com a empresa interposta e fiscalizar se as verbas trabalhistas estão sendo adimplidas pela prestadora dos serviços é, sobretudo, um método processual inteiramente admissível em total harmonia com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, e, também, em sintonia com as garantias constitucionais do processo, equiparando-se a um instrumento essencial na procura de um padrão processual eficaz e capaz de realizar uma tutela jurisdicional satisfatória, justa e proficiente.

## REFERÊNCIAS

BELMONTE, Alexandre Agra; MUNHOZ, Andréa Rodrigues de Oliveira. Os efeitos da declaração de constitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações) sobre a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST). *In*: COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coord.). **O STF e a interpretação da Constituição: casos paradigmáticos em direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 113/125.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Jurisprudência. Consulta Unificada. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso entre 15 e 19 jul. 2016.

CÂMARA, Viviane Miranda da. A responsabilidade trabalhista da Administração Pública nos contratos de terceirização: a repercussão do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16. **Revista Fórum Trabalhista – RFT**. Belo Horizonte, ano 3, n. 13, julho/agosto. 2014, p. 139/164.

CASARIL, Alessandra; PEREIRA, Aline Fabiana Campos. Responsabilidade patrimonial da administração pública pelos débitos trabalhistas de suas contratadas: novas premissas para uma antiga discussão – ADC 16 e a nova redação da súmula 331 do TST. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região**. Natal, v. 17, n.1, jun. 2012, p. 72/110.

DAURA, Samir Alves. A terceirização trabalhista como forma de subverter a lógica protetiva do direito do trabalho. **Revista trabalhista: direito e processo**. Rio de Janeiro, v. 14, n. 53, jan./mar. 2015, p. 179/192.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra; GUSTI, Paula Corrêa. A (ir)responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações diante da ADC 16 e da nova redação da Súmula 331 do TST. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 917, março – 2012, p.1/11.

ALTINI NETO, Alexandre. Responsabilidade da Administração Pública na Terceirização. Repercussão da decisão do STF na ADC 16 e da nova redação da Súmula 331 do TST. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região**. Campo Grande – MS, edição nº 19, 2014, p. 103/119.



PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. Terceirização na Administração Pública: uma leitura da jurisprudência à luz dos princípios constitucionais. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. Porto Alegre, ano XII, nº 71, mar-abr 2016, p. 84/101.

PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista LTr**. São Paulo, ano 75, nº 7, julho de 2011, p. 775/791.

REIS, Luciano Elias. Terceirização na Administração Pública: Breves reflexões críticas. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo, ano XXV, n. 311, maio 2015, p. 15/27.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. Terceirização no âmbito da administração pública e a demonstração da Culpa *In Eligendo* ou *In Vigilando* do tomador dos serviços pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas. **Revista Magister de direito do trabalho**, Porto Alegre, v. 11, n. 66, maio/jun. 2015, p. 41/61.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da terceirização na Administração Pública**. Coleção Temas de Direito Administrativo n. 33. São Paulo, Malheiros Editores, 2014.