

A ALTERAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TST E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA TERCEIRIZAÇÃO

Dannielle Nayara Maieron¹

Orientador: Abraham Lincoln Barros Ferreira²

RESUMO

Com a Ação de Declaração de Constitucionalidade nº 16 e a consequente alteração a súmula 331 pelo Tribunal Superior do Trabalho, o estado deixou de ter responsabilidade objetiva e passou a ter uma responsabilidade subjetiva, condicionada a comprovação de culpa “in vigilando” e “in eligendo”. Quando falamos em terceirização, a empresa tomadora dos serviços, assume os riscos de adimplir os danos causados ao empregado por parte da empresa prestadora, este sempre foi o entendimento sumular do TST.

Ocorre que com o advento da ADC nº 16, quando o tomador for algum órgão da administração Pública Direta ou Indireta, esta obrigação trabalhista só será transferida a este, se houver alguma conduta culposa por não cumprimento das obrigações elencadas na lei 8.666/2003, especialmente quanto a fiscalização do contrato (culpa in vigilando) ou a má escolha do prestador de serviços (culpa in eligendo).

Palavras-chave: Administração Pública. Terceirização. Culpa in vigilando. Culpa in eligendo.

ABSTRACT

With the Constitutional Declaration of Action 16 and the consequent amendment to the score sheet 331 by the Superior Labor Court, the state no longer has strict liability and now has a subjective responsibility, subject to proof of guilt "in vigilando" and "in eligendo". When we talk about outsourcing, the borrowing firm of services, assumes the risk of adimplir the damage caused to the employee by the providing company, this has always been the sumular understanding of the TST.

It turns out that with the advent of ADC 16, when the borrower is a management body Publishes Direct or Indirect, this labor obligation will only be transferred to this, if there is any culpable conduct by non-compliance with the obligations listed in the Law 8.666 / 2003, especially as contract enforcement (culpa in vigilando) or poor choice of service provider (culpa in eligendo).

¹Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário de Várzea Grande (Univag). Email: <danninayara.m@gmail.com>.

²Professor do Centro Universitário de Várzea Grande (Univag). Especialista. Advogado. Email: <lincolnferreira10@hotmail.com>.

Key-words: Public Administration. Outsourcing. Culpa in vigilando. Culpa in eligendo.

1 INTRODUÇÃO

A terceirização está a anos no meio administrativo, tanto público quanto privado. Tal oportunidade se faz pela necessidade das grandes empresas em contratar mão de obra qualificada, sendo que a Administração Pública acaba por se beneficiar desse instituto, com intuito de evitar a realização dos ditames públicos ou problemas futuros com funcionários, nos casos de empresas privadas.

Objetivando a contratação de mão de obra qualificada para cada tipo de função, na contratação além de preço, o ente vale-se muito de capacidade técnica e boa situação financeira por parte da prestadora, a fim de prestar serviços condizentes com o exigido e efetuar o pagamento de seus colaboradores nas datas certas.

Ocorre, que muitas vezes alguns contratos, principalmente com a administração pública não vigoram por muito tempo, pois muitas empresas prestadoras de serviços não conseguem manter créditos trabalhistas adimplidos, algumas vezes por falta de repasse pela tomadora, ou mesmo pela própria má administração.

Antes da alteração da Súmula 331 do TST, a Administração Pública era responsável de forma subsidiária, em relação aos créditos trabalhistas, quando da inadimplência da empresa terceirizada, por aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana em relação a natureza alimentar do salário, meio de sobrevivência do trabalhador, sendo que a Administração Pública se beneficiou do serviço deste.

A alteração da Súmula 331 do TST, acabou por modificar as relações de terceirização de serviços e mão de obra, na Administração Pública, estabelecendo que o ente público somente seria responsável pelos débitos trabalhistas da empresas prestadoras de serviços, desde que comprovada a sua conduta culposa, quanto ao descumprimento das obrigações estabelecidas na Lei 8.666/93 (lei de licitações), especificamente em relação a fiscalização do contrato (culpa “in vigilando”) e/ou a má escolha da prestadora de serviços (culpa “in eligendo”).

2 TERCEIRIZAÇÃO

Muito requisitada no mundo administrativo atualmente, a terceirização nada mais é do que o fornecimento de serviços e bens, tendo por seus maiores tomadores a Administração Pública, autarquias, empresas privadas de grande porte e etc. Segundo o grande jurista Sérgio Pinto Martins a terceirização se define como prestação de serviços ligados sua atividade-meio:

Consiste a terceirização na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode compreender tanto a produção de bens, como serviços, como ocorre na necessidade de contratação de empresa de limpeza, vigilância ou até de serviços temporários.³

Atualmente , é possível identificarmos duas espécies de terceirização, sendo que a essencial diferença entre elas está no local de trabalho; a primeira trata-se de terceirização de prestação ou fornecimento de bens e serviços, onde o papel principal é da prestadora dos serviços uma vez que executa os trabalhos para a tomadora em seu próprio estabelecimento ou na sede da tomadora disponibilizando além de seus empregados todos os acessórios para produção, entregando um produto pronto para a tomadora, como ocorre nos casos de informática, leiloeiro oficial e etc.

A segunda espécie já trata apenas sobre o fornecimento de mão de obra, isto é, a empresa prestadora, fornece ao tomadora, mão de obra qualificada, onde os serviços são prestados nas dependências da empresa principal mas a fiscalização e a subordinação é exercida diretamente pela prestadora, como nos casos de vigilância e recepção.

Desta forma, a jurisprudência majoritária, vem trazendo entendimento de que a responsabilidade Subsidiária da administração pública decorre da obrigação que esta tem de fiscalizar corretamente o fiel e bom cumprimento do contrato para evitar posterior responsabilização, conforme a alteração da súmula 331 do TST:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

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

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

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem

³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25. Ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 176.

como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.⁴

A regulamentação da Terceirização na área trabalhista, atualmente é feita apenas pela Súmula 331 do TST e de acordo com esta súmula, para se ter uma terceirização lícita são necessários cumprir três requisitos:

O primeiro é que os serviços a serem prestados estejam ligados a atividade meio da empresa tomadora e não ao resultado final. Segundo Sérgio Pinto Martins:

A atividade meio pode ser entendida como a atividade desempenhada pelas empresas, porém que não coincidem com seis fins principais. São exemplos de terceirização na atividade meio: a limpeza, a vigilância, etc. A atividade fim é aquela que a empresa concentra seu mister, isto é, em que é especializada.⁵

O Segundo requisito é a prestação de serviços específicos de uma empresa para uma outra chamada de tomadora, conforme sustenta Vantuil Abdala:

Significa isto que a prestadora de serviços tem que ser uma empresa especializada naquele tipo de serviços; que tenha uma capacitação e uma organização para a realização do serviço a que se propõem. Ou seja, não uma empresa simplesmente de locação de mão- de- obra, mas sim efetivamente uma empresa especializada na execução de determinado serviço.⁶

⁴ BRASIL. Sumulas do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html>. Acesso em 17 de outubro de 2016.

⁵ Martins, Sérgio Pinto. A terceirização e do direito do trabalho. Ed;3. São Paulo. Malheiros,1998, p. 119.

⁶ In: Revista LTr 30-05/588. Apud: SCHIAVI, Mauro. Abrangência da Sumula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. In: Revista do Tribunal Do trabalho da 2. Região, n. 1, São Paulo.2009.

E o terceiro e não menos importante, é a inexistência de pessoalidade e subordinação à empresa tomadora dos serviços, pois caso seja reconhecido alguns destes requisitos a relação passa a ser direta e então teremos uma terceirização ilícita.

3 A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 16

Em 2010, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do artigo 71 da lei de Licitações e Contratos nº 8.666/93 que tem a seguinte redação:

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

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

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.⁷

Como sempre houve conflito entre esta norma e a sumula 331 do TST, ao garantir a constitucionalidade deste artigo o Supremo eximiu a Administração Pública da responsabilidade Subsidiária dos créditos trabalhistas da empresas terceirizadas:

Quanto ao mérito, entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade. Registrou-se que, entretanto, a tendência da Justiça do Trabalho não seria de analisar a omissão, mas aplicar, irrestritamente, o Enunciado 331 do TST. O Min. Marco Aurélio, ao mencionar os precedentes do TST, observou que eles estariam fundamentados tanto no § 6º do art. 37 da CF quanto no § 2º do art. 2º da CLT (“§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou Administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.”). afirmou que o primeiro não encerraria a obrigação solidária do Poder Público quando recruta mão-de-obra, mediante prestadores de serviços, considerado o inadimplemento da prestadora de serviços. Enfatizou que se teria partido, considerado o verbete 331, para a responsabilidade objetiva do Poder Público, presente esse preceito que não versaria essa responsabilidade, porque não haveria ato do agente público causando

⁷ BRASIL. Lei 8.666 de 21 de julho de 1993. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acessado em 17 de novembro de 2016.

prejuízo a terceiros que seriam os prestadores do serviço. No que tange ao segundo dispositivo, observou que a premissa da solidariedade nele prevista seria a direção, o controle, ou a administração da empresa, o que não se daria no caso, haja vista que o Poder Público não teria a direção, a administração, ou o controle da empresa prestadora de serviços. Concluiu que restaria, então, o parágrafo único do art. 71 da Lei 8.666/93, que, ao excluir a responsabilidade do Poder Público pela inadimplência do contratado, não estaria em confronto com a Constituição Federal. ADC 16/DF, rel. Min. Cezar Peluso, 24.11.2010 (ADC – 16).⁸

Defronte a esta decisão podemos entender a total desvinculação da Administração Pública em relação aos créditos trabalhistas em casos de terceirizadas, no entanto, esta apenas restringiu e limitou a responsabilidade do ente nos contratos públicos de prestação de serviços especializados, podendo a Administração Pública, inclusive, exercer seu direito de regresso contra a empresa contratada.

4 PROCESSO INICIAL E A CULPA “IN ELIGENDO”

O inciso IV da súmula 331 do TST, traz dois requisitos para que seja configurada a Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública, são eles: “Culpa In Vigilando” e “In Eligendo”.

Esta segunda e não menos importante trata da obrigação que o ente tem de fazer bem suas escolhas, começando principalmente no processo Licitatório para a contratação.

A maior parte dos juristas trabalhistas entendem que a Administração Pública deve escolher bem seus contratados, dispensando empresas “desqualificadas e despreparadas financeira e administrativamente”, dando preferência a empresas idônea e sólidas no mercado de trabalho para a correta prestação dos serviços.

É bastante interessante este ponto do entendimento, pois podemos concordar que este seria o correto papel da Administração Pública para a contratação, mas a realidade é muito diferente do que se escreve.

Além das muitas corrupções no meio licitatório a administração constantemente trabalha com preços extremamente defasados e praticamente obriga seus prestadores a trabalharem em condições bem difíceis de administrar. Lógico que algumas empresas obtém muito lucro nos contratos públicos, mas sua maioria fica refém de contratos extremamente grandes, com preços geralmente muito abaixo do praticado no mercado apenas para conseguir manter seu quadro de funcionários.

⁸ BRASIL. Ação Declaratória de Constitucionalidade. ADC 16-DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>>. Acessado em 17 de novembro de 2016.

Vale ressaltar também que no processo licitatório e de contratação devem ser observados inúmeros requisitos para a classificação da empresa incluindo a documentação fiscal e a situação financeira da empresa, assim, presume-se que as empresas que contratam com a Administração Pública são financeiramente estáveis, e quando não cumprem com as obrigações contratuais, há sempre alegação de que o inadimplemento decorre de dificuldades da relação própria relação contratual, principalmente em relação a demora nos repasses financeiros

Art. 78, XV: O atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;⁹

Contudo, mesmo com um caixa reserva para manter os gastos da empresa por algum tempo, a maior parte das empregadoras não conseguem “segurar” por muito tempo, o que gera atrito com funcionários, ações trabalhistas, certidões para recebimento vencidas e assim é mais uma empresa que integra a lista de insolventes e/ou em processo de falência.

5 A FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS E A CULPA IN VIGILANDO

Quando tratamos da culpa “in vigilando” entende-se que se fala em vigilância, na obrigação que a administração tem de vigiar” o contrato firmado com a prestadora, devendo esta nomear um representante para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato, competindo-lhe anotar todas as ocorrências e determinar o que for necessário para a regularização das faltas ou defeitos observados, em conformidade com os artigos 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93:

Art, 58: O regime jurídico dos contratos administrativos instituídos por esta lei confere a administração, em relação a eles, a prerrogativa de:
III – Fiscalizar-lhes a execução;

Art 67: A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração Pública especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-los e subsidiá-los de informações pertinentes a essa atribuição.¹⁰

⁹ BRASIL. Lei 8.666 de 21 de julho de 1993. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acessado em 17 de novembro de 2016.

¹⁰ BRASIL. Lei 8.666 de 21 de julho de 1993. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acessado em 17 de novembro de 2016.

Nos dias atuais, esta fiscalização é feita única e exclusivamente por meio de certidões e comprovantes de pagamento e, em muitos poucos casos, por meio de relatórios. O que fragiliza e muito a real e devida fiscalização do contrato. O fiscal, atulhado de processos e trabalhos deixa então de realizar a fiscalização correta e passa apenas a ser um “validador” de notas fiscais.

Vale ainda frisar que o Direito do trabalho preza pelos direitos sociais do trabalhadores terceirizados, garantias fundamentais de nossa Constituição Federal, bem como resguardando o princípio da dignidade da pessoa humana, que deve ser respeitado tanto pela empresa quanto pela tomadora dos serviços, que deve valorizar o trabalho daqueles que agregam conhecimento e mão de obra para o correto funcionamento daquela administração não podendo abster-se de respeitar estes preceitos.

Neste sentido, julgou a 2ª Turma do C. TST, em um acórdão, que bem elucida a questão, de relatoria do Exmo. Ministro José Roberto Freire Pimenta:

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

da mesma Lei nº 8.666/93 e os artigos 186 e 927 do Código Civil, todos subsidiariamente aplicáveis no âmbito trabalhista por força do parágrafo único do art. 8º da CLT), não se possa identificar a presença de culpa *in vigilando* na conduta omissiva do ente público contratante, ao não se desincumbir satisfatoriamente de seu ônus de comprovar ter fiscalizado o cabal cumprimento, pelo empregador, daquelas obrigações trabalhistas, como estabelecem aquelas normas da Lei de Licitações e também, no âmbito da Administração Pública federal, a Instrução

Normativa nº 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), alterada por sua Instrução Normativa nº 3/2009. Nesses casos, sem nenhum desrespeito aos efeitos vinculantes da decisão proferida na ADC nº 16-DF e da própria Súmula Vinculante nº 10 do STF, continua perfeitamente possível, à luz das circunstâncias fáticas da causa e do conjunto das normas infraconstitucionais que regem a matéria, que se reconheça a responsabilidade extracontratual, patrimonial ou aquiliana do ente público contratante autorizadora de sua condenação, ainda que de forma subsidiária, a responder pelo adimplemento dos direitos trabalhistas de natureza alimentar dos trabalhadores terceirizados que colocaram sua força de trabalho em seu benefício. Tudo isso acabou de ser consagrado pelo Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, ao revisar sua Súmula nº 331, em sua sessão extraordinária realizada em 24/5/2011 (decisão publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 27/5/2011, fls. 14 e 15), atribuindo nova redação ao seu item IV e inserindo-lhe o novo item V, nos seguintes e expressivos termos: -SÚMULA Nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. (...)IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada- (grifou-se). Na hipótese dos autos, verifica-se que o Tribunal de origem, com base no conjunto probatório, consignou ter havido culpa do ente público, o que é suficiente para a manutenção da decisão em que foi condenado a responder, de forma subsidiária, pela satisfação das verbas e dos demais direitos objeto da condenação. Agravo de instrumento desprovido. (Processo: AIRR - 403-81.2013.5.10.0010 Data de Julgamento: 05/11/2014, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/11/2014).¹¹

Destarte, apura-se que atualmente a corrente majoritária entende que a alteração da sumula 331 do TST apenas limitou a culpa da Administração Pública para com os créditos trabalhistas em contratos de terceirização. Não há falar em culpa *in vigilando* quando a administração cumpre corretamente as cláusulas definidas em leis, não respondendo subsidiariamente por verbas laborais requeridas por meio de Reclamações Trabalhistas.

¹¹ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão no Agravo de Instrumento Disponível em: <>. Acessado em 17 de novembro de 2016

Contrariamente, deixando a Administração Pública de fiscalizar o contrato, não realizar corretamente os repasses e não cumprir com as demais obrigações contratuais, tem por dever atuar no polo passivo da lide trabalhista juntamente com a prestadora, em consequência da má gestão do contrato por culpa, concorrente ou exclusiva, da Administração pública.

Há entendimento no sentido de que ônus de prova da culpa “in vigilando” e “in eligendo” é daquela que não teve suas verbas trabalhistas adimplidas, porém posicionamento divergente, decorrente da dificuldade que o trabalhador terá em conseguir informações, defende que o ônus de prova, nos casos de Terceirização que envolvam a Administração Pública, é da tomadora dos serviços, aplicando-lhe o princípio da aptidão para provar no processo do trabalho.

É muito interessante ressaltar que ao firmar contrato com uma empresa terceirizada para prestação de serviços, sendo esta contratante de trabalhadores em regime de CLT, a administração acaba saindo do Direito Público e entrando na esfera do direito Privado quanto às responsabilidades trabalhistas e cíveis, conforme posicionamento do TST em 2011:

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADC 16. CULPA IN VIGILANDO. OMISSÃO DO ENTE PÚBLICO NA FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. DESPROVIMENTO. Confirma-se a decisão que, por meio de despacho monocrático, negou provimento ao agravo de instrumento, por estar a decisão recorrida em consonância com a Súmula 331, IV, do c. TST. Nos termos do entendimento manifestado pelo E. STF, no julgamento da ADC-16, em 24/11/2010, é constitucional o art. 71 da Lei 8666/93, sendo dever do judiciário trabalhista apreciar, caso a caso, a conduta do ente público que contrata pela terceirização de atividade-meio. Necessário, assim, verificar se ocorreu a fiscalização do contrato realizado com o prestador de serviços. No caso em exame, o ente público não cumpriu o dever legal de vigilância, registrada a omissão culposa do ente público, ante a constatada inadimplência do contratado no pagamento das verbas trabalhistas, em ofensa ao princípio constitucional que protege o trabalho como direito social indisponível, a determinar a sua responsabilidade subsidiária, em face da culpa in vigilando. Agravo de instrumento desprovido. (TST, Ag-AIRR – 153040-61.2007.5.15.0083. Relator Ministro: Aloysio Correa da Veiga, Data de Julgamento: 15/12/2010, 6ª Turma, Data de Publicação: 28.01.2011).¹²

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

¹² BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão no Agravo de Instrumento Disponível em: <>. Acessado em 17 de novembro de 2016

Com a pesquisa realizada, podemos então, avançar que a responsabilidade do ente público quanto a antiga redação da Súmula 331 do TST visava garantir ao trabalhador, de uma forma incisiva, as devidas verbas trabalhistas devidas pelos desempenhos de suas funções junto ao órgão tomador dos serviços. E que este sempre teria esta responsabilidade por assumir um risco ao realizar a contratação terceirizada para determinado serviço. No entanto, esta alteração não veio para sacrificar mais o trabalhador e deturpar o direito deste. Esta reformulação veio pra restringir, colocar limite em algo que já estava saturado e defasado, trazendo garantias também para a Administração Pública que adquiriu o direito de exercer seu direito de regresso e fazer jus ao princípio da aptidão da prova no processo do trabalho, eximindo - se da responsabilidade quando comprovar a devida fiscalização do contrato. Desta forma, com a reformulação, o ente sai da obrigação de figurar no polo passivo da lide e entra na opção de ser chamado ao processo ou não uma vez que apenas será responsabilizado subsidiariamente se restar provado sua culpa naquela situação específica, por deixar de fiscalizar corretamente o contrato ou por acabar contratando empresa despreparada para assumir as obrigações de tais serviços.

Vale ainda ressaltar aqui que, na maior parte dos casos a administração é falha, por isso muitos magistrados ainda optam pela condenação subsidiária do ente. O que se busca em uma lide é o contato, a vigilância a um contrato para que seja executado fielmente as suas cláusulas, mais que isso, busca-se uma preocupação daquela servidor público em fiscalizar, em verificar aonde esta sendo injetado o dinheiro público, o imposto que cada cidadão paga. Não apenas se ater a papeis, não que estes não sejam importantes, mas a fiscalização, nada mais é do que o interesse em fazer a máquina girar e fazer o mundo andar pra frente, o pelo menos fazer a sua parte para tudo isso acontecer.

7 BIBLIOGRAFIA

BRASIL. **Ação Declaratória de Constitucionalidade**. ADC 16-DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>>. Acessado em 17 de novembro de 2016

BRASIL. Lei 8.666 de 21 de julho de 1993. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acessado em 17 de novembro de 2016.

BRASIL. **Sumulas do Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html>. Acesso em 17 de outubro de 2016.

BRASIL, **Tribunal Superior do Trabalho**. Acórdão no Agravo de Instrumento. Disponível em: <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/204212551/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-ag-airr-5634420125190058/inteiro-teor-204212569> Acessado em: 17 de outubro de 2016.

BRASIL, **Tribunal Superior do Trabalho**. Agravo de Instrumento em recurso de revista. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/116210060/tst-judiciario-19-05-2016-pg-846>> Acessado em: 17 de outubro de 2016.

FREITAS, Raquel Hochmann de. Licitações e Sustentabilidade sob a ótica da terceirização de serviços públicos. *In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4. Região*, n. 39, Porto Alegre: HS Editora, 2011

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Art. 70 da lei n. 8666/93 e sumula n. 331 C.TST: poderia ser diferente?. *In: Revista Trabalhista: Direito e Processo*, v. 1, n. 37, Rio de Janeiro ; Anamatra, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25. Ed. – São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e do direito do trabalho**. 3 Ed. - São Paulo. Malheiros, 1998.

PIMENTA, José Roberto Freire. A Responsabilidade da Administração Pública nas Terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. *In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. V. 77, n. 2, Rio de Janeiro: Magister, abr / jun 2011.

SCIAVI, Mauro. Abrangência da Sumula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. *In: Revista Do Tribunal do Trabalho da 2. Região*. n. 07, São Paulo, 2011.