

A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS

MARCELLO ESPINOSA¹

RESUMO

O estudo trata da possibilidade de atribuição de responsabilidade subsidiária à Administração Pública nos contratos de terceirização de serviços, na hipótese de inadimplemento das obrigações trabalhistas devidas aos trabalhadores postos à disposição do ente estatal. No primeiro capítulo é apresentado um breve histórico do fenômeno da terceirização no ordenamento jurídico brasileiro, analisando os primeiros diplomas legais que estabeleceram referida possibilidade, inclusive no âmbito da Administração Pública, tais como o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 e a Lei nº 5645, de 10 de setembro de 1970, culminando com a edição da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que previu a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços com relação aos direitos trabalhistas dos empregados terceirizados. Em relação à administração pública, alterações posteriores dos termos da Súmula supra referida possibilitaram a responsabilização subsidiária apenas na hipótese de restar evidenciada a conduta culposa do ente estatal 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. No segundo capítulo, foram analisadas as possibilidades de atribuição de culpa à Administração Pública, consubstanciada na má escolha do prestador de serviços (culpa *in eligendo*) ou na omissão estatal no cumprimento do dever legal de acompanhamento e fiscalização da execução contratual (culpa *in vigilando*). Nas considerações finais, foi analisada a polêmica questão acerca da imputação do ônus da prova da ausência de fiscalização efetiva do correto cumprimento das obrigações contratuais por parte da prestadora do serviço.

Palavras-Chave: Direito do Trabalho. Terceirização. Responsabilidade subsidiária da Administração Pública.

¹ O autor é Procurador do Município de Diadema-SP. Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Gestão Pública pela EAESP da Fundação Getúlio Vargas. Advogado militante na área do contencioso cível no Estado de São Paulo.

1 INTRODUÇÃO

A segurança jurídica e a isonomia estão entre os princípios gerais do Direito, que devem ser observados pelos ordenamentos jurídicos dos estados democráticos de direito.

O princípio da isonomia, ou da igualdade, determina que as pessoas colocadas na mesma situação recebam o mesmo tratamento jurídico, vedando diferenciações arbitrárias ou que não apresentem uma justificativa objetiva e razoável.

Tal princípio deve ser respeitado por todas as autoridades públicas, inclusive pelos integrantes do Poder Judiciário. Como corolário lógico de referida premissa, os indivíduos que recorrem ao Poder Judiciário, quando apresentarem isonomia na situação de fato, devem receber a mesma solução jurídica, evitando-se decisões judiciais antagônicas para casos concretos semelhantes. Neste sentido é a lição do ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes:

O intérprete/autoridade pública não poderá aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias. Ressalte-se que em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto, deverá utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas. (Alexandre de Moraes, p. 63).

Seguindo esta mesma trilha, o princípio da segurança jurídica determina a previsibilidade das decisões judiciais, evitando-se, assim, que o magistrado profira sentenças que extrapolem o limite da razoabilidade, decidindo contrariamente à lei ou a reiterado entendimento jurisprudencial consolidado pelos tribunais.

O princípio da segurança jurídica é de relevância extrema, sendo erigido à categoria de direito natural imprescritível, constando expressamente do artigo 2º da declaração dos direitos do Homem e do Cidadão de 1789

Dito isto, é certo que o próprio ordenamento jurídico apresenta diversos mecanismos para garantir a previsibilidade das decisões judiciais, atendendo-se, assim, aos princípios gerais da isonomia e da segurança jurídica.

Entre eles, podemos citar, na esfera trabalhista, o recurso de revista, que apresenta duas finalidades essenciais, quais sejam, corrigir decisões de segundo grau, proferidas em dissídios individuais, quando as mesmas contrariarem expressamente a letra da lei federal ou da Constituição, e uniformizar o entendimento jurisprudencial dos Tribunais Regionais do Trabalho.

A primeira informação indispensável sobre o **recurso de revista** relaciona-se à sua natureza extraordinária, que o equipara nesse aspecto aos recursos especial (STJ) e extraordinário (STF). Ser classificado como extraordinário significa dizer que não se presta à rediscussão de fatos e provas, como ocorre no recurso ordinário, e sim, apenas ao direito, isto é, à análise sobre violação à norma jurídica. A restrição é imposta pela Súmula nº 126 do TST.

O presente estudo propõe-se a analisar o instituto processual do recurso de revista, previsto no artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho

2 BREVE HISTÓRICO DA TERCEIRIZAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Por se tratar de um tema relativamente recente, o legislador pátrio somente preocupou-se em disciplinar o fenômeno da terceirização a partir das últimas décadas do século XX, diante do surgimento das novas formas de organização da atividade produtiva, com a disseminação do referido fenômeno nas relações de trabalho.

O primeiro diploma a tratar de terceirização no serviço público foi o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que, dispondo sobre a organização da Administração Federal, previu, no artigo 10º, §7º, a possibilidade de descentralização da atividade meramente executiva, mediante contrato, “desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução” (BRASIL, 1967).

Referido diploma legal foi complementado pela Lei nº 5645, de 10 de setembro de 1970, que estabeleceu que as atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e assemelhadas deveriam ser prestadas, de preferência, mediante execução indireta, nos termos do citado § 7º do artigo 10 do Decreto-Lei 200/67.

Entretanto, é certo que tal regulamentação, a princípio, limitou-se ao âmbito da Administração Pública, num contexto de descentralização de suas atividades-meio, sobretudo dos serviços meramente executivos ou operacionais.

Para a iniciativa privada, o primeiro diploma legal estabelecendo a possibilidade de terceirização de atividades foi a Lei nº 6019, de 03 de janeiro de 1974, que disciplinou o chamado “trabalho temporário”, assim entendido como aquele prestado por pessoa física contratada por empresa de trabalho temporário, que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, situação autorizada apenas nas hipóteses de necessidade de substituição temporária de pessoal do quadro permanente da empresa tomadora ou de necessidade temporária resultante de acréscimo extraordinário de serviço.

Na sequência, a Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983 estabeleceu normas para a constituição e funcionamento de empresas particulares terceirizadas no segmento bancário da economia, prevendo pela primeira vez a possibilidade de utilização permanente de pessoal terceirizado, para a prestação dos serviços de vigilância e transporte de valores.

No entanto, o próprio desenvolvimento econômico do País acabou por levar à disseminação da prática da terceirização de serviços a outros segmentos econômicos, sobretudo replicando experiências estrangeiras bem sucedidas nesta área, gerando a judicialização dos conflitos, que acabaram desaguando na Justiça do Trabalho.

Para enfrentar tal realidade, o Tribunal Superior do Trabalho editou, em 20 de setembro de 1986, a Súmula nº 256, nos seguintes termos:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços (BRASIL, 1986).

Portanto, o Judiciário trabalhista adotou, de início, uma postura reativa em relação a esta nova forma de organização da força de trabalho, aceitando a legalidade da terceirização apenas nas duas exceções previstas no ordenamento jurídico, determinando que, em todas as demais hipóteses, a terceirização seria considerada ilegal, formando-se o vínculo de emprego diretamente com a empresa tomadora.

A Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988, entretanto, dispôs em seu artigo 37, inciso II, que a investidura em cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, impedindo, desta forma, o reconhecimento de vínculo empregatício diretamente do trabalhador terceirizado com a Administração Pública.

Na sequência, foi editada a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, disciplinando as licitações e os contratos celebrados pela Administração Pública. Referido diploma legal previu expressamente, em seu artigo 71, §1º, que a empresa prestadora de serviços contratada pela Administração é a única responsável pelos encargos trabalhistas resultantes da execução do contrato, excluindo expressamente eventual responsabilidade do ente público em relação a tais verbas, conforme se observa da transcrição do artigo abaixo:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.
§1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos estabelecidos neste artigo, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (BRASIL, 1993)

O Tribunal Superior do Trabalho, por sua vez, alterou seu entendimento anterior, expresso na Súmula nº 256, editando, em dezembro do mesmo ano de 1993, a Súmula nº 331, nos seguintes termos:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

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

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

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

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

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

Portanto, com a edição da nova súmula, o TST passou a considerar legal a terceirização não apenas nas hipóteses de trabalho temporário e serviços de vigilância, possibilitando a atividade terceirizada também nos serviços de limpeza e demais serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, excluindo, portanto, da possibilidade de terceirização, apenas os serviços inerentes à atividade-fim da empresa.

Estabeleceu, ainda, no inciso IV, a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços na hipótese de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empregadora, desde que referido tomador tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Iniciou-se, então, uma ampla discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da aplicação do inciso IV da Súmula nº 331 também às entidades estatais, diante da vedação expressa constante do § 1º do artigo 21 da Lei 8.666/93.

Na tentativa de esclarecer a questão, e como uma resposta do Judiciário Trabalhista à recorrente prática da Administração Pública de isentar-se de qualquer obrigação com relação aos trabalhadores terceirizados, invocando a aplicação do §1º do artigo 71 da Lei de Licitações, o Tribunal Superior do Trabalho, ao julgar incidente de uniformização de jurisprudência, promoveu, no ano de 2.000, uma atualização da Súmula nº 331, para deixar expressa a responsabilidade patrimonial do Ente Público, passando o seu inciso IV a vigorar com 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 (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

Referida modificação ocasionou uma grande insatisfação na Administração Pública direta e indireta, em suas três esferas de poder, gerando uma série de contestações judiciais.

Os entes estatais alegavam que a responsabilidade do tomador de serviços quanto às obrigações trabalhistas, prevista no inciso IV da Súmula nº 331, era inaplicável à Fazenda Pública, em virtude da existência do art. 71 da Lei nº 8.666/93, sustentando que a regra jurisprudencial não poderia encontrar campo de ação quando envolvesse entidade submetida à Lei de Licitações, sob pena de ser aplicada contra texto expresso de lei (*contra legem*), situação vedada pelo ordenamento jurídico.

O governo do Distrito Federal levou tal discussão à Suprema Corte, por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 16, pretendendo declarar a constitucionalidade do artigo 71 da Lei das licitações, sob o argumento de que o referido dispositivo legal estaria tendo sua constitucionalidade questionada, de forma difusa, pelas constantes decisões do Judiciário Trabalhista que, com base no inciso IV da Súmula nº do TST, condenava os entes públicos a responder subsidiariamente pelo pagamento das verbas trabalhistas devidas aos trabalhadores terceirizados, violando, desta forma, a Súmula vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe que "viola a cláusula de reserva de Plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência no todo ou em parte" (STF, 2008).

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão de 24/11/2010, por maioria, julgou procedente o pedido formulado pelo governo do Distrito Federal, declarando expressamente a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Assim, a decisão judicial em questão vedou a responsabilização automática do ente público no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços. Entretanto, conforme entendimento exarado pelo presidente do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ação, a declaração de constitucionalidade em questão "não impedirá o Tribunal Superior do Trabalho de reconhecer a responsabilidade, com base nos fatos de cada causa" (STF, 2010).

Diante da referida decisão judicial, o Tribunal Superior do Trabalho, por intermédio da resolução nº 174, de 27 de maio de 2011, alterou novamente a sua Súmula nº 331, dando nova redação ao inciso IV, e inserindo os incisos V e VI, da seguinte forma:

(...)

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. (TST, 2011).

Desde então, a responsabilidade subsidiária da Administração Pública passou a ser reconhecida pela Justiça do Trabalho dependendo da análise de cada caso concreto, com base na apuração da conduta culposa da Administração, consubstanciada pela má escolha do prestador de serviços ou pela ausência da adequada fiscalização da execução contratual.

3. APURAÇÃO DA CULPA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS

É consenso na doutrina e jurisprudência pátria, diante da decisão da ADC nº 16 e da nova redação dada à Súmula nº 331 pelo Tribunal Superior do Trabalho, que o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada pelo ente público não gera, por si só, a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelas verbas trabalhistas devidas ao trabalhador terceirizado.

Portanto, não se trata mais de uma responsabilidade direta, automática, fundada na ideia de uma culpa presumida, como defendido no passado por parte considerável da doutrina;

ao contrário, impõe-se, para a responsabilização subsidiária do ente público, a comprovação de sua culpa efetiva pelo não cumprimento das obrigações trabalhistas, consubstanciada na má escolha do prestador de serviços (*culpa in eligendo*) ou na omissão estatal no cumprimento de um dever específico de acompanhamento e fiscalização da execução contratual (*culpa in vigilando*).

3.1 CULPA IN ELIGENDO

O artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal estabelece

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1988).

O artigo 3º da Lei nº 8.666/93, que regulamenta o dispositivo constitucional acima citado, prevê que:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos. (BRASIL, 1993)

Portanto, salvo as exceções legais (hipóteses de dispensa e inexigibilidade), os contratos celebrados pela Administração Pública devem obrigatoriamente ser precedidos do devido processo licitatório, para que seja assegurada igualdade de condições a todos os concorrentes.

O artigo 27 da Lei nº 8.666/93, por sua vez, estabelece que, para a habilitação nas licitações, os interessados devem apresentar documentação relativa à sua habilitação jurídica,

qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal e trabalhista sob pena de não serem abertos os envelopes contendo suas propostas.

O referido diploma legal, em seu art. 29, inciso IV, estabelece, ainda, que o contratante deve solicitar ao contratado a prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), com a finalidade de comprovar o regular cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

Assim, é certo que a documentação exigida para a habilitação no processo licitatório revela uma presunção, ainda que relativa, de plena capacidade e idoneidade do licitante vencedor para arcar com as obrigações decorrentes do contrato a ser firmado.

Por outro lado, a Administração não tem a faculdade de eleger a empresa que vai contratar, dentre as habilitadas, ficando vinculada, de acordo com o instrumento convocatório, à proposta mais vantajosa dentre as apresentadas pelos licitantes.

Na lição de Celso Antonio Bandeira de Melo:

Ao contrário dos particulares, que dispõem de ampla liberdade quando pretendem adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras ou serviços, o Poder Público, para fazê-lo, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido na conformidade da Lei. Tal procedimento denomina-se licitação. (MELLO, 2008, p. 514).

Assim, é certo que a escolha da prestadora de serviços não constitui ato discricionário da Administração Pública.

Portanto, a Administração somente poderá ser responsabilizada por esta modalidade de culpa caso a mesma não venha a observar os requisitos legais do procedimento licitatório, como a verificação de idoneidade do prestador de serviços, inclusive no que pertine aos direitos trabalhistas de seus empregados. Uma vez cumpridas as formalidades legais, por outro lado, não há como lhe atribuir culpa *in eligendo*, no caso de eventual e futura inadimplência do prestador para com seus empregados, que não poderia ser antevista.

3.2 CULPA *IN VIGILANDO*

A responsabilidade subsidiária pode decorrer, também, da ausência da devida fiscalização da execução do contrato pelo ente público, fiscalização esta preponderante para se evitar a inadimplência da empresa contratada quanto às obrigações trabalhistas devidas aos empregados postos à disposição do contratante.

O inciso V da Súmula nº 331 do C. TST é expresso ao estabelecer que a responsabilidade subsidiária da Administração Pública surge 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.

Configura-se a culpa *in vigilando*, portanto, quando não houver a efetiva fiscalização por parte da Administração Pública, do correto adimplemento das obrigações contratadas, incluindo o cumprimento das obrigações trabalhistas devidas aos empregados terceirizados que laboram em benefício do ente estatal.

É importante salientar que é dever legal da Administração Pública fiscalizar de maneira efetiva e adequada o cumprimento das obrigações contratuais por parte da prestadora de serviço, na forma consubstanciada na Lei nº 8.666/93.

De fato, o artigo 58, inciso III do citado diploma legal estabelece, de maneira expressa, a prerrogativa da Administração Pública fiscalizar a execução do contrato, enquanto o mesmo durar, possuindo o contratado, por outro lado, a obrigação de manter, durante toda a execução contratual, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas por ocasião do procedimento licitatório (art. 55, inciso XIII), sob pena inclusive de rescisão unilateral do contrato.

O artigo 67 da Lei de licitações, por outro lado, determina que a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado para tal fim, sendo certo que referido representante deverá anotar em registro próprio qualquer tipo de irregularidade que porventura vier a ocorrer, determinando as medidas necessárias para a regularização das faltas ou defeitos observados. O artigo 68 do referido diploma legal estabelece, ainda, a obrigatoriedade da empresa contratada manter

preposto no local da obra ou serviço, para representá-la na execução do contrato, e atender às solicitações elaboradas pelo gestor público.

Portanto, para que o Estado não incorra na denominada culpa *in vigilando*, e não seja responsabilizado subsidiariamente nos termos da Súmula nº 331 do TST, deverá manter um controle concomitante à execução contratual, na busca da integral consecução dos termos contratuais ajustados, inclusive em relação ao adimplemento dos direitos dos trabalhadores terceirizados, por imperativo de legalidade e moralidade pública, principalmente tendo em vista tratar-se de direitos fundamentais, cuja promoção e fiscalização incumbe ao Estado. Tomadas todas as precauções e cumpridas as determinações legais, a Administração não incorrerá na responsabilidade subsidiária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A possibilidade de responsabilização subsidiária da Administração Pública, como tomadora de serviços, pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte das empresas terceirizadas, está amplamente corroborada pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais nenhum questionamento embasado quanto a esta possibilidade.

Entretanto, é certo que, nos termos do inciso V da Súmula nº 331 do C. TST, referida responsabilização não pode ser automática, decorrente tão somente do mero inadimplemento por parte da empregadora direta.

Para que ocorra a responsabilização subsidiária, torna-se necessária a investigação de cada situação concreta, para que seja apurado, caso a caso, eventual culpa da Administração por referido inadimplemento, consubstanciada na má escolha do prestador de serviços (culpa *in eligendo*), ou na falta de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços (culpa *in vigilando*), impedindo, assim, o repasse dos prejuízos aos trabalhadores, parte hipossuficiente da relação terceirizada de trabalho.

A culpa *in eligendo* é afastada pela realização do procedimento licitatório, onde as empresas interessadas a contratar com o setor público devem apresentar farta documentação

comprovando sua regularidade fiscal e sua capacidade econômica para assumir os encargos decorrentes do contrato de prestação de serviços.

Assim, para que seja possível a responsabilização subsidiária nos termos da Súmula nº 331 do TST, é necessária a comprovação efetiva da culpa *in vigilando* da Administração, ou seja, deve restar demonstrado, pelo conjunto probatório carreado aos autos, que a mesma não cumpriu adequadamente o seu dever legal de fiscalizar a correta execução do serviço contratado, sobretudo o cumprimento das obrigações trabalhistas dos empregados colocados à sua disposição.

A polêmica surge na hipótese em que, ao final da instrução processual, não for produzida qualquer prova da fiscalização ou, ao contrário, da ausência de fiscalização do ente público durante a execução do serviço contratado.

Nesta situação, a questão central que deve ser analisada pelos órgãos julgadores, para determinar a ocorrência ou não da responsabilização subsidiária, consiste em determinar a qual dos litigantes incumbe o ônus de provar a ocorrência, ou não, da culpa *in vigilando* da Administração Pública, consubstanciada na fiscalização deficiente do contrato de prestação de serviços.

De fato, para uma correta decisão judicial nesta matéria, é de fundamental importância estabelecer, *a priori*, se o ônus de referida prova compete ao trabalhador, que alega a falta de fiscalização, ou ao ente estatal, que afirma que o inadimplemento ocorreu apesar da fiscalização realizada.

Sob este aspecto, é importante destacar que o artigo 373 do Código de Processo Civil, aplicável supletiva e subsidiariamente ao processo do trabalho, estabelece, em seu inciso I, que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito. Por outro lado, o artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho determina que a prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

Assim, considerando-se que, nos termos do já citado inciso V da Súmula nº 331 do TST, a responsabilização da Administração Pública não é mais automática, ou seja, não decorre do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas, mas necessita da comprovação de sua

conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora, é certo que a falta de fiscalização de referido cumprimento é fato constitutivo do direito do autor, no caso o reclamante, razão pela qual, nos termos dos já citados artigos 373, I do Código de Processo Civil e 818 da C.L.T, é seu o ônus legal de provar a alegada ausência de fiscalização.

Seguindo este mesmo raciocínio, o ônus de referida prova jamais poderia ser atribuído à Administração, considerando-se que os atos administrativos gozam de presunção legal de legitimidade, e, nos termos do artigo 334, IV do Código de Processo Civil, não dependem de prova os fatos em cujo favor milita a presunção legal de veracidade.

Portanto, a única conclusão a que o julgador ou interprete deve chegar diante das disposições legais atinentes à espécie, é a de que a atribuição de responsabilidade subsidiária depende da existência de efetiva prova nos autos de que o ente público não fiscalizou o cumprimento das obrigações assumidas pela empresa contratada. Em caso contrário, o referido pedido de responsabilização deve ser julgado improcedente.

Deve ser destacado, ainda, que referido posicionamento está totalmente de acordo com o entendimento mais recente do Supremo Tribunal Federal, que sistematicamente tem reformado decisões oriundas da Justiça do Trabalho que atribuem ao ente público a responsabilidade subsidiária em razão da ausência de prova da efetiva fiscalização da execução contratual. Referidas decisões salientam que a Administração Pública não pode ser responsabilizada sem prova de sua conduta culposa, na medida em que seus atos se presumem válidos até prova taxativa e cabal em sentido contrário.

Por fim, é importante salientar que o tema foi objeto do Recurso Extraordinário nº 760931, que foi julgado pela excelsa corte no último dia 30 de março de 2017, restando vencido o entendimento da relatora Rosa Maria Weber, de que o ônus probatório deveria recair sobre a Administração Pública, prevalecendo o entendimento manifestado no voto vencedor redigido pelo Ministro Luiz Fux, acompanhado pelos Ministros Marco Aurélio de Melo, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Alexandre de Moraes, todos no sentido de que compete ao reclamante o ônus da prova do não cumprimento, pela Administração, do dever de fiscalização da empresa contratada.

Portanto, diante do referido entendimento, que inclusive teve repercussão geral reconhecida (tema 246), compete à Justiça do Trabalho modificar suas reiteradas decisões em sentido contrário, adequando-se, assim, à determinação superior da mais alta corte do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13/06/2017.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em: 13/06/2017

_____. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. *Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em: 13/06/1970.

_____. Lei nº 5645, de 10 de setembro de 1970. *Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em: 13/06/1970.

_____. Lei nº 6.019, de 03 de janeiro de 1974. *Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em: 13/06/2017.

_____. Lei nº 7.102, de 20 de julho de 1983. *Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em: 13/06/2017.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e*

dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13/06/2017.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13/06/2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmulas do tribunal superior do trabalho*. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256>. Acesso em: 13/06/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 16. ADC Nº 16/DF*. Tribunal Pleno. Requerente: Governador do Distrito Federal. Relator (a): Min. Cezar Peluso. Brasília, 24 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2497093>>. Acesso em 13/06/1970

AGUIAR, Maurício Sanchotene de. *Terceirização: alguns aspectos jurídicos*. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/terceirizaçãovalguns-aspectos-jurídicos>>. Acesso em: 13/06/1970.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso do Direito do Trabalho*. 10.ed. São Paulo: LTR, 2016.

CAFFARO, Leonardo de Mello. *A terceirização na Administração Pública e as Consequências do Atual Posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a Matéria – A ética Administrativa e a Possível Atuação da Advocacia Pública*. In: Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC). Curitiba: Zênite, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTR, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

_____, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria pública-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FERRARI, Irany, NASCIMENTO, Amauri Mascaro, FILHO, Ives Gandra Martins da Silva. *História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho: Homenagem a Armando Casimiro Costa*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 11ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

OLIVEIRA, Rodrigo Montenegro de. *A Terceirização na Administração Pública: Súmula 331 do TST versus julgamento da ADC 16/DF*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2849, 20 abr. 2011

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2011

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*, 3ª ed. rev. e atualiz., Rio de Janeiro: Renovar, 2010.