

## A FISCALIZAÇÃO CONTRATUAL COMO EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

**João Luiz Domingues**

Especialista em Gestão Pública e em Orçamento Público.  
Auditor Federal de Finanças e Controle da CGU.  
Fundador e Colaborador do Portal L&C.

A imputação da responsabilidade subsidiária à Administração Pública pelos encargos trabalhistas não honrados pelas empresas nas contratações de serviços prestados com dedicação exclusiva de mão de obra é tema recorrente no Poder Judiciário, haja vista a quantidade de processos instaurados, assim como a multiplicidade de recursos ao Tribunal Superior do Trabalho (TST) e ao Supremo Tribunal Federal (STF), o que permite concluir que se trata de assunto controverso e não pacificado na esfera judicial.

Em 2011, o Enunciado TST 331 sofreu alteração a partir do julgado da Ação Declaratória de Constitucionalidade 16 (ADC 16) pelo STF, em que ficou assentado que a responsabilidade da Administração Pública não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada, necessitando, portanto, a demonstração de sua conduta culposa no cumprimento de acompanhamento da execução contratual.

Posteriormente, o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931, ([Tema 246](#)), submetido ao regime de repercussão geral, prevaleceu com o entendimento de que a condenação subsidiária da Administração Pública condiciona-se à efetiva demonstração de nexo causal entre a conduta administrativa e o dano sofrido pelo empregado.

Destarte, a condenação subsidiária pressupõe, portanto, fundamentação adequada acerca das circunstâncias de fato e de direito que demonstrem a existência de nexo causal entre o dano e a *faute du service*, sob pena de contrariedade à decisão vinculante proferida na ADC nº 16.

Atualmente, a discussão reside a quem deve o ônus da prova, se ao empregado comprovar eventual falha na fiscalização das obrigações trabalhistas, ou se cabe ao ente público contratante demonstrar que fiscalizou a execução contratual.

Nesse sentido, em 11/11/2020, foi protocolado Recurso Extraordinário nº 1298647 ([Tema 1118](#)), em que se discute a quem cabe o ônus da prova acerca

## *A Fiscalização Contratual como Excludente de Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública*

João Luiz Domingues

de eventual conduta culposa na fiscalização das obrigações trabalhistas de prestadora de serviços, para fins de responsabilização subsidiária da Administração Pública, em virtude da tese firmada no RE 760.931 (Tema 246).

Independentemente do posicionamento a ser adotado pela Suprema Corte, importante destacar que cabe à Administração Pública adotar procedimentos de fiscalização que possibilitem verificar o cumprimento das obrigações contratuais, legais, trabalhistas e previdenciárias pelas empresas contratadas, de modo a mitigar a imputação de responsabilidade subsidiária.

### Breve Histórico

O governador do Distrito Federal propôs a ADC 16 com objetivo de obter a declaração de constitucionalidade pelo STF, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, do §1º, art. 71, da Lei nº 8.666/1993<sup>1</sup>.

De acordo com a orientação assentada pelo Tribunal Superior do Trabalho, o §1º do art. 71 da Lei nº 8.666/1993 somente teria aplicação nos casos em que a Administração Pública comprovasse a sua atuação regular na fiscalização do cumprimento dos encargos trabalhistas pelo contratado. Do contrário, ter-se-ia o afastamento da norma e a respectiva responsabilização subsidiária do órgão ou entidade pública pelo dano causado ao empregado da empresa por ela contratada.

Destarte, tem-se a ressalva na parte final do item IV da Súmula TST 331<sup>2</sup>, no sentido da imprescindibilidade da participação da administração contratante na relação processual formada para a cobrança dos direitos trabalhistas negados, ocasião na qual poderá demonstrar o cumprimento do seu dever de fiscalizar a adimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas,

---

<sup>1</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, inclusive perante o Registro de Imóveis.

<sup>2</sup> Súmula TST 331 Originário (revogado)

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)

*A Fiscalização Contratual como Excludente de Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública*

João Luiz Domingues

mantendo-se, assim, a incidência do disposto no §1º do art. 71 da Lei de Licitações.

A responsabilidade do ente do Poder Público prevista na Constituição da República<sup>3</sup> exige, como requisito necessário à sua configuração, que o dano tenha origem em ato comissivo ou omissivo de agente público que aja nessa qualidade. Todavia, não é essa a situação disciplinada pelo art. 71, §1º da Lei nº 8.666/1993. De acordo com o dispositivo, o 'dano' considerado seria o inadimplemento de obrigações trabalhistas por empresa que não integra a Administração Pública, logo, não se poderia jamais caracterizar como agente público.

Registra-se, ainda, que o art. 37, §6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração Pública, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiros. Trata-se de responsabilidade patrimonial ou extracontratual, enquanto o art. 71, §1º, da Lei de Licitações, aborda a responsabilidade contratual.

A previsão legal de impossibilidade de transferência da responsabilidade pelo pagamento de obrigações trabalhistas não adimplidas pelo contratado particular transcrita pelo §1º, art. 71, não contraria o princípio da responsabilidade do estado, apenas disciplina a relação entre a entidade da Administração Pública e seu contratado.

Por outro giro, é inegável que, em atenção ao princípio da legalidade, a Administração Pública não pode anuir com o não cumprimento de deveres por entes por ela contratados, o que não importa afirmar que possa ser chamada em juízo para responder por obrigações trabalhistas devidas por empresas por ela contratadas.

Por fim, de modo a pacificar a controvérsia jurídica, o Plenário do STF, em 24/11/2010, proferiu [acórdão](#) nos seguintes termos:

Responsabilidade contratual Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e

---

<sup>3</sup> Art. 37 [...] § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

## *A Fiscalização Contratual como Excludente de Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública*

João Luiz Domingues

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 8.666/1993. 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 da pela Lei nº 9.032, de 1995.

Com a publicação do referido acórdão, o TST reescreveu o Enunciado TST 331 nos seguintes termos:

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

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

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

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

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

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

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

## Recurso Extraordinário 760.931

O Plenário do STF concluiu, no dia 30/03/2017, o julgamento do [Recurso Extraordinário \(RE\) 760931](#), com repercussão geral reconhecida, que discute a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa terceirizada.

Com o voto do ministro Alexandre de Moraes, o recurso da União foi parcialmente provido, confirmando-se o entendimento, adotado na Ação de Declaração de Constitucionalidade (ADC) 16, que veda a responsabilização automática da Administração Pública, só cabendo sua condenação se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos.

O ministro Luiz Fux, relator do voto vencedor, lembrou que a Lei nº 9.032/1995 introduziu o §2º ao art. 71 da Lei de Licitações para prever a responsabilidade solidária do Poder Público sobre os encargos previdenciários, e que, se quisesse, o legislador teria feito o mesmo em relação aos encargos trabalhistas, afirmou. Portanto, prosseguiu, se não o fez, é porque entende que a Administração Pública já afere, no momento da licitação, a aptidão orçamentária e financeira da empresa contratada.

A tese de repercussão geral foi fixada nos seguintes termos:

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

## O Ônus da Prova

A aplicação da tese de repercussão geral fixada pelo STF no RE 760.931 sofreu interpretação por parte Tribunal Superior do Trabalho, mais especificamente pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, que tem condenado a Administração por responsabilidade subsidiária, em virtude da não demonstração de que a entidade pública tenha adotado medidas capazes de impedir o descumprimento das obrigações trabalhistas da empresa contratada.

A questão reside a quem cabe demonstrar os fatos: ao empregado, que alega falhas na fiscalização, ou à tomadora de serviços, que sustenta não ter culpa pelo descumprimento de obrigações pela prestadora.

No caso concreto, [Processo E-ED-RR-62-40.2017.5.20.0009](#), de acordo com o relator, o STF, ao examinar o Tema 246 de repercussão geral, “não emitiu tese jurídica de efeito vinculante em relação ao ônus da prova” e, sendo assim, caberia à administração pública provar a fiscalização dos contratos de prestação de serviços, por se tratar de fato impeditivo da responsabilização subsidiária, com fundamento no dever ordinário de fiscalização da execução do contrato e de obrigações outras impostas por diversos dispositivos da Lei de Licitações. Acrescentou, ainda, que “não se pode exigir do trabalhador a prova de fato negativo ou que apresente documentos aos quais não tenha acesso, em atenção ao princípio da aptidão para a prova”.

Entretanto, tal posicionamento tem acarretado apresentação de reclamações ao Supremo Tribunal Federal (STF), com objetivo de garantir a autoridade de sua decisão no julgamento de recurso com repercussão geral (Tema 246).

A [Primeira Turma](#) decidiu pelo afastamento da responsabilidade subsidiária da União em obrigações trabalhistas. A decisão seguiu a jurisprudência do STF de que a inadimplência da prestadora de serviço não transfere automaticamente a responsabilidade para a administração pública.

No julgamento do [AG.REG. na Reclamação 41.516 São Paulo](#), a Primeira Turma decidiu que a responsabilização da Administração depende da demonstração de que ela possuía conhecimento da situação de ilegalidade e que, apesar disso, deixou de adotar as medidas necessárias para combatê-la.

Nessa linha, citou recente julgamento da Primeira Turma, nos agravos nas Reclamações 36.958 e 40.652, em que a responsabilidade do município não foi pautada em provas concretas da ausência de fiscalização e do notório conhecimento da inadimplência trabalhista da empresa gestora, violando a tese jurídica firmada na ADC 16 e à luz da interpretação que lhe foi dada no RE 760.931.

Nesse sentido, [conforme noticiado em 14/12/2020](#), tendo em vista a necessidade de que o STF pacifique, em definitivo, a controvérsia, o Plenário

## *A Fiscalização Contratual como Excludente de Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública*

*João Luiz Domingues*

discutirá a quem compete o ônus da prova para responsabilização de entes públicos em casos de terceirização, reconhecendo a repercussão geral do tema tratado no [Recurso Extraordinário \(RE\) 1298647 \(Tema 1118\)](#), em que o Estado de São Paulo questiona decisão do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que lhe impôs a responsabilidade subsidiária por parcelas devidas a um trabalhador contratado por empresa prestadora de serviço.

No recurso, o estado argumenta que o entendimento do TST tem causado impacto aos cofres públicos, mesmo quando não está evidenciada qualquer conduta culposa do ente público na fiscalização dos contratos de prestação de serviço.

O ente federativo pede que o STF defina de quem é o ônus de provar eventual conduta culposa na fiscalização de obrigações trabalhistas nesses casos, se do ente público contratante ou do empregado terceirizado, pois a prova da falha da Administração Pública é fato constitutivo do direito em discussão, tendo em vista que se afastou a possibilidade de responsabilização automática da Administração Pública, pois a condenação depende da existência de prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos.

Assevera, ainda, que as decisões proferidas pelas instâncias ordinárias não individualizam, concretamente, nenhuma conduta de agente da administração passível de ser tida como culposa.

Em sua manifestação, o ministro Fux afirmou que compete ao Supremo definir, em razão do julgamento da ADC 16 e do RE 760931, a validade da imposição de responsabilidade subsidiária à Administração com fundamento na não comprovação da efetiva fiscalização, isto é, pela inversão do ônus da prova.

Em consulta ao andamento do processo, verificou-se que se encontra concluso ao relator desde o dia 28/06/2021, o que permitirá ao Plenário do STF definir se cabe ao empregado ou ao ente público contratante comprovar eventual falha na fiscalização das obrigações trabalhistas.

### **Previsão da Responsabilidade Subsidiária na Lei nº 14.133/2021**

Diferentemente do que estabelece a Lei nº 8.666/1993, a nova Lei de Licitações e Contratações, Lei nº 14.133/2021, prevê a responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na

## A Fiscalização Contratual como Excludente de Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública

João Luiz Domingues

fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado, nos seguintes termos:

Art. 121. Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§1º A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, ressalvada a hipótese prevista no § 2º deste artigo.

**§2º Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado.**

Portanto, verifica-se alinhamento entre o novel normativo e o posicionamento do STF, ADC 16 e RE 760.931, em que condiciona a imputação de responsabilidade subsidiária da Administração Pública à necessidade de comprovação de falha no acompanhamento da execução contratual.

No entanto, deve-se aguardar o julgamento do STF, Tema 1118, em que se definirá a quem compete o ônus da prova, se ao empregado comprovar eventual falha na fiscalização das obrigações trabalhistas, ou se cabe ao ente público contratante demonstrar que fiscalizou a execução contratual e, portanto, não se poderia imputar a responsabilização subsidiária à Administração Pública.

### Fiscalização Contratual e a Excludente de Responsabilização Subsidiária

O cerne central da responsabilização subsidiária reside na demonstração ou na omissão da Administração Pública no efetivo acompanhamento da execução contratual.

Nesse sentido, cabe ao ente público adotar procedimentos que os resguardem que as empresas contratadas estão adimplindo com as obrigações contratuais, legais, trabalhistas e previdenciárias. São exemplos de medidas a serem adotadas visando evidenciar a atuação fiscalizatória:

- a) Autuação do processo de fiscalização contratual;



- b) Elaboração de manual de gestão e fiscalização contratual;
- c) Elaboração plano de fiscalização contratual;
- d) Capacitação dos servidores;
- e) Fiscalização com base em gestão de riscos; e
- f) Definição de critérios para indicação e designação de servidores para acompanhamento da execução contratual.

Acerca de tais medidas, o processo de fiscalização contratual se reveste na principal ferramenta na exclusão da responsabilidade da Administração Pública, tendo em vista que o fiscal do contrato deve anotar todas as ocorrências e determinar o que for necessário para a regularização das faltas ou dos defeitos observados relacionadas à execução do contratual.

Nesse sentido, tendo como referência a prestação de serviços terceirizados com dedicação exclusiva de mão de obra, a autuação de processo de fiscalização deve conter, dentre outros, os seguintes documentos:

- a) Ato convocatório;
- b) Termo de referência;
- c) Termo de contrato;
- d) Proposta da contratada;
- e) Cópia da garantia;
- f) Convenção Coletiva de Trabalho;
- g) Planilha de custos;
- h) Portaria de designação do gestor e fiscal do contrato ; e
- i) Descrição das atribuições e responsabilidades dos servidores designados para o acompanhamento da execução contratual.

## Conclusão

Os atos de gestão e fiscalização requerem conhecimento técnico para orientar a tomada de decisão pela Administração Pública, com o objetivo de resguardar que as empresas contratadas estão adimplindo com suas obrigações contratuais, legais, trabalhistas e previdenciárias, mitigando a possibilidade de imputação de responsabilidade subsidiária por débitos trabalhistas não honrados junto aos empregados alocados na prestação de serviços.

*A Fiscalização Contratual como Excludente de Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública*

João Luiz Domingues

Portanto, cabe ao ente público adotar procedimentos para o adequado acompanhamento da execução contratual, resguardando, assim, o atendimento do interesse público e dos objetivos estabelecidos com a contratação.

Quer saber mais sobre gestão e fiscalização contratual? Siga o [Portal L&C](#) e acompanhe as publicações nas redes sociais e venha participar do curso “Direto ao ponto: A Gestão e Fiscalização Contratual no Atual Regime e na Nova Lei de Licitações”.

Para maiores informações sobre o curso, clique [aqui](#).

**Publicado em 03/08/2021.**

**As referências a este L&C Comenta deverão ser feitas da seguinte maneira:**

DOMINGUES, João Luiz. A Fiscalização Contratual como Excludente de Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública. DISPONÍVEL em: [www.licitacaocontrato.com.br](http://www.licitacaocontrato.com.br). Acesso em: dd/mm/aaaa.