



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.298.647

RELATOR: MINISTRO NUNES MARQUES

RECORRENTE: ESTADO DE SÃO PAULO

RECORRIDO: MARIA CECÍLIA SOARES

ADVOGADO: CAMILA BRAGIA LUPI

RECORRIDO: EMPASERV – EMPRESA PAULISTANA DE SERVIÇOS LTDA

PARECER ARESV/PGR Nº 177204/2021

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRABALHISTA. ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1118. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ENCARGOS TRABALHISTAS. TERCEIRIZAÇÃO. PRESTADORA DE SERVIÇO. INADIMPLEMENTO. ESCOLHA. FISCALIZAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. COOPERAÇÃO. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DA PROVA. APTIDÃO. ATO ADMINISTRATIVO. FORMALIZAÇÃO. DESPROVIMENTO.

1. Recurso extraordinário *leading case* do Tema 1118 da sistemática da Repercussão Geral: “*Ônus da prova acerca 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)*”.

2. As decisões proferidas na ADC 16/DF e no RE 760.931/DF (Tema 246 da Repercussão Geral), no sentido da impossibilidade de responsabilização subsidiária automática do poder público pelo



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

inadimplemento dos direitos trabalhistas pela empresa contratada, permitem o reconhecimento da responsabilidade da Administração Pública quando comprovada sua culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.

3. Conforme entendimento firmado no julgamento da ADC 16 (DJe 9.9.2011), o reconhecimento da culpa da Administração Pública decorrente da omissão na obrigação de bem escolher e fiscalizar o cumprimento de obrigações trabalhistas por parte de empresa contratada é apto a ensejar a responsabilização subsidiária do ente público por direitos inadimplidos, sem que isso signifique juízo de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993.

4. O art. 121, §§ 1º e 2º, da nova lei de licitações – Lei 14.133/2021 –, prevê expressamente que, 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.

5. A gestão dos riscos decorrentes da opção pela terceirização, nos quais se inclui a ocorrência de fraude e corrupção, há de ser considerada, prevista e evitada pela Administração em suas atividades, com mecanismos capazes de identificar, analisar e tratar incidentes com potenciais lesivos ao Poder Público, impedindo ou minimizando seus impactos.

6. É do Poder Público, tomador dos serviços, o ônus de comprovar a efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações decorrentes dos contratos de trabalho firmados entre a empresa prestadora dos



## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

serviços e seus empregados, com base na aplicação do princípio da aptidão da prova e na obrigação da Administração Pública de fiscalização da execução do contrato.

7. A atribuição do *onus probandi* ao trabalhador demandante, quanto à omissão eletiva ou fiscalizatória estatal, imputando-lhe prova de alta dificuldade ou mesmo impossível, vai de encontro aos deveres de cooperação e ao princípio da igualdade, retirando a eficácia prática da obrigação de monitoramento inerente à opção pela terceirização do serviço.

— Parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário e pela fixação das seguintes teses:

Na caracterização da responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos encargos trabalhistas de empresa terceirizada:

I – É ônus do trabalhador que alega o descumprimento de obrigações trabalhistas pela terceirizada demonstrar o vínculo com a empresa contratada pela Administração Pública.

II – É ônus do ente público demonstrar que cumpriu os deveres de boa escolha e fiscalização contratual adequada, periódica, documentada e publicizada, voltados a impedir o inadimplemento trabalhista da empresa contratada, englobando, no mínimo: a existência de regulamentação prevendo o modo e a frequência da fiscalização por seus agentes do cumprimento das obrigações trabalhistas; a efetiva realização das fiscalizações em relação à empresa.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Excelentíssimo Senhor Ministro Nunes Marques,

Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho, mediante o qual se manteve a responsabilidade subsidiária do recorrente por débitos trabalhistas advindos de contratação com empresa prestadora de serviços<sup>1</sup>.

No recurso extraordinário, interposto com arrimo na alínea *a* do permissivo constitucional, o Estado de São Paulo apontou contrariedade aos arts. 5º, II, 37, *caput*, XXI e § 6º, e 97, da Constituição Federal, ao argumento de que a simples presunção de que a parte recorrente teria deixado de fiscalizar e atuado de forma negligente caracterizaria declaração velada de inconstitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993, sem observância do art. 97 da CF e da Súmula Vinculante 10 da Suprema Corte.

Afirma que compete *“à parte reclamante o ônus da prova quanto à demonstração de suposta inexistência de fiscalização”* como *“corolário lógico do princípio da legalidade e legitimidade dos atos administrativos”*.

---

1 Minuta elaborada com o auxílio de subsídios prestados pelos representantes do Ministério Público do Trabalho no âmbito do Grupo Interinstitucional de Apoio para a atuação do Procurador-Geral da República nos temas de Repercussão Geral e edição de Súmulas Vinculantes no âmbito do Ministério Público da União, Dr. Afonso de Paula Pinheiro Rocha e Dra. Ana Cristina Desirée Barreto Fonseca Tostes Ribeiro.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

O Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral da matéria e o Relator delimitou a questão controvertida nos seguintes termos: *“legitimidade da transferência ao ente público tomador de serviço do ônus de comprovar a ausência de culpa na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas devidas aos trabalhadores terceirizados pela empresa contratada, para fins de definição da responsabilidade subsidiária do Poder Público”*<sup>2</sup>.

Em manifestação ofertada nos autos, a Procuradoria-Geral da República reputou oportuno e útil que, nos termos dos arts. 21, XVII, e 154, III, do RISTF, fosse promovida audiência pública para debate e instrução do tema em questão, dada sua complexidade e relevância.

Posteriormente, a PGR manifestou-se novamente nos autos para que (i) fossem admitidos os requerentes na condição de *amici curiae*; e (ii)

---

2 O STF reconheceu a repercussão geral em acórdão assim ementado:  
*RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA ADMINISTRATIVA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ENCARGOS TRABALHISTAS GERADOS PELO INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS CONTRATADA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 16 E RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931. TEMA 246 DA REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIZAÇÃO SUBSIDIÁRIA AUTOMÁTICA DA ADMINISTRAÇÃO. MERA PRESUNÇÃO DE CULPA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. MULTIPLICIDADE DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. PAPEL UNIFORMIZADOR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RELEVÂNCIA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

fosse indeferido o pedido formulado por Estados da federação de suspensão nacional dos processos que versem a questão, limitando-se o sobrestamento aos recursos extraordinários interpostos que tratem especificamente do tema em questão do ônus da prova acerca de eventual conduta culposa na fiscalização das obrigações trabalhistas de prestadora de serviços, para fins de responsabilização subsidiária da Administração Pública.

A Suprema Corte indeferiu os pedidos de suspensão nacional dos processos e de audiência pública. Os autos retornaram à Procuradoria-Geral da República para parecer.

Eis, em síntese, o relatório.

**– EXAME DO TEMA 1118 DA REPERCUSSÃO GERAL**

**1. Delimitação da controvérsia sob análise**

Foi delimitado como tema para exame sob a sistemática da repercussão geral nestes autos a definição acerca do *“ônus da prova acerca 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)”*.

A matéria em questão revela densidade constitucional suficiente para o reconhecimento da existência de repercussão geral, competindo à



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Suprema Corte definir, ante o julgamento da ADC 16<sup>3</sup> e do RE 760.931 (Tema 246-RG)<sup>4</sup>, a validade da imposição de responsabilidade subsidiária à Administração Pública, sob o fundamento de não comprovação da efetiva fiscalização, pela distribuição a esta do *onus probandi* acerca da boa escolha e fiscalização.

Em julgamento de embargos de declaração contra o acórdão proferido no julgamento do RE 760.931, o Plenário do STF, nada obstante tenha rejeitado o recurso, fez constar expressamente que haverá responsabilidade subsidiária do poder público no caso de comprovação da *culpa in eligendo* ou *culpa in vigilando*.

Apesar da impossibilidade de responsabilização automática da Administração, verifica-se a existência de posicionamentos divergentes na Suprema Corte quando, mediante a distribuição do ônus probatório, o

- 3 “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 a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995”. (ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 9. set. 2011).
- 4 No referido julgamento foi firmada a seguinte tese: “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 8.666/1993” (RE 760931, Redator para o acórdão Min. Luiz Fux, Plenário, DJe 2.mai.2017).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

acórdão recorrido tem por caracterizada conduta culposa do Poder Público, por ausência de demonstração da efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas da prestadora de serviços<sup>5</sup>.

Trata-se de temática que, a um só tempo, conduz à reflexão sobre os parâmetros de *compliance* trabalhista que necessita ter a Administração Pública em seus contratos, bem como ao debate relacionado às diligências que os juízos precisam empreender para que reste configurada ou afastada uma obrigação de responsabilização subsidiária.

Além da densidade socioeconômica e litigiosidade da matéria, a questão traz preocupações sobre a efetividade do direito ao trabalho, diz com a probidade da Administração e com possíveis riscos de fraude e corrupção por meio de contratos de terceirização, com lesão ao Poder Público e aos trabalhadores.

A terceirização de serviços na Administração Pública envolve o risco de sua utilização como meio para enriquecimento ilícito, pelo que acarreta a necessidade de medidas de prevenção, detecção, investigação, correção e monitoramento de ilícitos.

---

5 Vide: Rcl. 34.168-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* 17.nov.2020; Rcl. 40.652-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, *DJe* 5.nov.2020; Rcl 35.907-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, *DJe* 19. dez.2019; Rcl. 6.674-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, *DJe* 17.set.2019; Rcl 40.665-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 22.out.2020, Rcl 40.137-AgR, Redator para o acórdão Min. Luiz Fux, *DJe* de 12.ago.2020.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

O risco concreto da ocorrência de fraude e corrupção em contratos de terceirização há que ser considerado pela Administração em suas atividades; a gestão de risco de fraude e corrupção é revelante para identificar, analisar e tratar incidentes com potenciais lesivos ao Poder Público, seja impedindo ou minimizando seus impactos.

A dinâmica contratual da terceirização pode propiciar espaços para a ocorrência de ilícitos. A maior distância decorrente dos contratos terceirizados torna possível, em um cenário de inexistência de transparência ativa e fiscalização constante e efetiva, a ocorrência de desvios de pagamentos, quebra de impessoalidade, nepotismo e uso político de cargos terceirizados, em ferimento ao patrimônio e moralidade públicas.

Esse cenário reflete-se diretamente no tema ora em debate, na medida em que a discussão acerca dos aspectos de produção de prova na perspectiva das fraudes trabalhistas perpassa as próprias obrigações da Administração Pública, decorrentes dos princípios administrativos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, na forma do art. 37, *caput*, da Constituição Federal.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

**2. Os parâmetros já definidos pelo STF na responsabilidade subsidiária da Administração Pública**

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 16 (DJe 9.9.2011), firmou posição de que o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços não transfere à Administração Pública, de forma automática, a responsabilidade pelo pagamento do referido débito.

Contudo, ressaltou ser possível a imputação da responsabilidade quando comprovada a culpa da Administração, decorrente da omissão na obrigação de bem escolher a empresa contratada e de fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.

Ao julgar, com repercussão geral reconhecida, o RE 760.931/DF, confirmou a tese já explicitada na anterior ADC 16, no sentido de que a responsabilidade da Administração Pública não pode ser automática, cabendo a sua condenação apenas se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na escolha e fiscalização dos contratos.

A Suprema Corte entende, pois, que a responsabilização subsidiária da Administração Pública não pode fundamentar-se em mera presunção da



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

culpa, baseada no simples inadimplemento da empresa prestadora de serviços, e desvinculada do exame probatório.

A comprovação da culpa somente pode decorrer do exame dos elementos probatórios existentes no processo, aptos a revelarem a conduta negligente da Administração e o nexo de causalidade com o dano sofrido pelo trabalhador – evidencia-se a conduta culposa pelo descumprimento de normas de observância obrigatória, seja na escolha da empresa prestadora de serviços (*culpa in eligendo*), ou na fiscalização da execução do contrato (*culpa in vigilando*).

Provocado o STF, em sede de embargos de declaração, sobre o alcance da decisão proferida nos autos do RE 760.931/DF, sobretudo quanto ao ônus de prova da fiscalização do adimplemento das obrigações contratuais trabalhistas no curso do pacto celebrado entre o ente privado e a Administração Pública, o recurso foi desprovido.

No caso ora em análise, o Estado pede que o STF defina, em sede de repercussão geral, de quem é o ônus de provar eventual conduta culposa na fiscalização de obrigações trabalhistas: se do ente público contratante ou do empregado terceirizado.

Desde o julgamento da ADC 16, vem se fortalecendo, na jurisprudência da Suprema Corte, a noção de responsabilidade da



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Administração Pública por um padrão de fiscalização racional e eficiente dos seus contratos de prestação de serviços, por imperativo de legalidade e moralidade pública (art. 37, *caput*, CF), mormente em relação ao adimplemento dos direitos dos trabalhadores terceirizados, tendo em vista tratar-se de direitos fundamentais (art. 7º, CF) relacionados à própria dignidade e subsistência do trabalhador.

Importante consignar, por fim, que a Suprema Corte, em 30.8.2018, no julgamento da ADPF 324 e do RE 958.252 (tema de Repercussão Geral 725), firmou as seguintes teses jurídicas, respectivamente:

*“1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada.*

*2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993.”; e*

*“É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.”*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

**3. Os deveres da Administração Pública na escolha e fiscalização de contratos de terceirização na perspectiva trabalhista.**

**3.1 Terceirização e as obrigações de escolha e fiscalização da Administração à luz da legislação sobre licitações.**

No julgamento da ADPF 324 e do RE 958.252, em que fixadas as teses acima transcritas, o Supremo Tribunal Federal esclareceu e enfatizou o caráter especial do contrato de terceirização.

Ressaltou que os valores do trabalho e da livre iniciativa, inculpidos na Constituição (art. 1º, IV), são intrinsecamente conectados, em uma relação dialógica que impede seja rotulada determinada providência como maximizadora de apenas um desses princípios, haja vista ser essencial para o progresso dos trabalhadores a liberdade de organização produtiva dos cidadãos, entendida esta como balizamento do poder regulatório para evitar intervenções na dinâmica da economia incompatíveis com os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade.

Asseverou que *“A Teoria da Administração qualifica a terceirização (outsourcing) como modelo organizacional de desintegração vertical, destinado ao alcance de ganhos de performance por meio da transferência para outros do fornecimento de bens e serviços anteriormente providos pela própria firma, a fim de que esta se concentre somente*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

*naquelas atividades em que pode gerar o maior valor, adotando a função de “arquiteto vertical” ou “organizador da cadeia de valor”<sup>6</sup>.*

Entendeu que a terceirização não ensejaria, por si só, precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos trabalhistas e previdenciários. Contudo, acresceu que o exercício abusivo da contratação poderia produzir tais violações e *“para evitar tal exercício abusivo, os princípios que amparam a constitucionalidade da terceirização devem ser compatibilizados com as normas constitucionais de tutela do trabalhador, cabendo à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias (art. 31 da Lei 8.212/1993)”<sup>7</sup>.*

A Lei 13.429/2017 alterou a Lei 6.019/1974, que passou a vigorar acrescida do art. 5º-A que aduz em seu § 5º: *“A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.”*

O entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 16 – segundo o qual a Administração somente pode ser responsabilizada de forma subsidiária caso fique comprovada sua culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, não

<sup>6</sup> RE 958.252, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 13.set. 2019.

<sup>7</sup> ADPF 324, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 6.set. 2019.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

cabendo a aplicação da responsabilidade automática pelo mero inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa interveniente –, respeitava o disposto no § 1º do art. 71 da antiga lei de licitações (Lei 8.666/1993<sup>8</sup>) e é compatível com o que prevê a atual lei de licitações (Lei 14.133/2021), em seu art. 121, §§ 1º e 2º:

*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.*

Exsurge a responsabilidade subsidiária em face da falha na escolha das empresas prestadoras de serviços públicos (muitas vezes pela não realização do devido processo licitatório) ou na fiscalização dos procedimentos adotados na gestão do contrato.

---

8 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.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

A culpa *in eligendo* é a “proveniente da má escolha de um representante ou preposto, como por exemplo, a pessoa admitir ou manter a seu serviço um empregado sem as aptidões necessárias ao trabalho que lhe é confiado”<sup>9</sup>.

Já a culpa *in vigilando* caracteriza-se pela ausência de fiscalização do cumprimento das obrigações assumidas pela empresa prestadora de serviços. Advém de uma postura passiva da Administração, que deixa de exigir do prestador dos serviços o demonstrativo atinente ao cumprimento das obrigações laborais e de aplicar, em caso de renitência, as devidas sanções.

De se destacar que o art. 137 da nova lei de licitações (Lei 14.133/2021) prevê que “Constituirão motivos para extinção do contrato, a qual deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, as seguintes situações: I – não cumprimento ou cumprimento irregular de normas editalícias ou de cláusulas contratuais, de especificações, de projetos ou de prazos; II – desatendimento das determinações regulares emitidas pela autoridade designada para acompanhar e fiscalizar sua execução ou por autoridade superior”.

Nos casos em que comprovada a culpa (*in eligendo* ou *in vigilando*) da entidade estatal (incluindo-se nesse conceito os órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta), viável se torna a sua responsabilização

9 LEVENHAGEM, Antônio José de Souza. Código Civil: comentários didáticos 3. Direito das Coisas, São Paulo: Atlas, 1987, p. 240.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

pelos encargos devidos ao trabalhador, tendo em vista que, nessa situação, responderá por sua própria incúria.

A responsabilização subsidiária da Administração pelas obrigações trabalhistas inadimplidas das empresas prestadoras de serviços atende ao desiderato da proteção do salário enquanto corolário do postulado da dignidade humana.

A nova Lei de Licitações impõe à Administração Pública a obrigação de fiscalizar a execução dos contratos administrativos, conforme se depreende dos arts. 104, III, e 117, *caput* e § 1º, da Lei 14.133/2021<sup>10</sup>:

*Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de:*

*III – fiscalizar sua execução;*

*Art. 117. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por 1 (um) ou mais fiscais do contrato, representantes da*

---

10 A antiga lei de licitações (Lei 8.666/1993) já previa a mesma obrigação em seus arts. 58, III, e 67, *caput* e § 1º:

*Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à 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 especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.*

*§ 1º. O representante da Administração anotarà em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.*



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

*Administração especialmente designados conforme requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei, ou pelos respectivos substitutos, permitida a contratação de terceiros para assisti-los e subsidiá-los com informações pertinentes a essa atribuição.*

*§ 1º. O fiscal do contrato anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas à execução do contrato, determinando o que for necessário para a regularização das faltas ou dos defeitos observados.*

A Lei 8.666/1993 já previa a mesma obrigação em seus arts. 58, III, e 67, *caput* e § 1º:

*Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à 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 especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.*

*§ 1º. O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.*

O acompanhamento que se espera da Administração Pública, com base na nova lei, continua sendo o de cumprimento das obrigações trabalhistas rotineiras, como pagamento dos salários, recolhimentos previdenciários e de FGTS, além da quitação das verbas rescisórias descritas



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

no termo de rescisão do contrato de trabalho. Essa é a posição de órgãos de controle, como assente nos pronunciamentos do Tribunal de Contas da União.<sup>11</sup>

Tudo isso pode ser feito mediante a exigência de apresentação e conferência dos documentos obrigatórios relacionados a essas parcelas. Todo

---

11 Ilustram a referida posição, dentre outros, os seguintes julgados: *“É dever do gestor público responsável pela condução e fiscalização de contrato administrativo a adoção de providências tempestivas a fim de suspender pagamentos ao primeiro sinal de incompatibilidade entre os produtos e serviços entregues pelo contratado e o objeto do contrato, cabendo-lhe ainda propor a formalização de alterações qualitativas quando de interesse da Administração, ou a rescisão da avença”* (Acórdão 1450/2011-Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes); *“É obrigação da Administração fiscalizar a obrigatoriedade da empresa contratada arcar com todas as despesas decorrentes de obrigações trabalhistas relativas a seus empregados, de modo a evitar a responsabilização subsidiária da entidade pública.”* (Acórdão 112/2007-Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar); *“A fiscalização do pagamento dos salários indicados na proposta da contratada, pela contratante, tem origem no seu dever de acompanhar e fiscalizar a execução do contrato, exigindo-se a verificação das folhas de pagamento, de cópias das carteiras de trabalho dos empregados, dos recibos e dos respectivos documentos bancários.”* (Acórdão 2647/2009-Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues); *“Nos contratos de prestação de serviço, em que haja disponibilização de mão-de-obra, deve ser exercida fiscalização sobre as informações contidas nos controles de frequência das empresas e de quantidades de horas trabalhadas.”* (Acórdão 2632/2007-Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes); *“A Administração deve exigir de empresas contratadas, periodicamente, a apresentação de relação nominal dos empregados designados para execução dos serviços, com CPF, cargo, valor do salário mensal, carga horária mensal trabalhada, período trabalhado, valor pago do INSS e do FGTS, Número de Identificação do Trabalhador - NIT, entre outras informações que se fizerem necessárias à verificação do efetivo e tempestivo controle do recolhimento, pela contratada, dos encargos trabalhistas e previdenciários (FGTS e INSS) relacionados aos pagamentos de salários dos trabalhadores alocados no contrato.”* (Acórdão 446/2011-Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar); *“Após pronunciamento do STF na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 16, a nova redação da Súmula TST 331 implica responsabilidade subsidiária da Administração pelos débitos trabalhistas na terceirização no setor público, em razão da inobservância do dever legal de*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

contrato possui designação de servidores encarregados da fiscalização de sua regular execução, inclusive com atribuição de responsabilidades de variadas naturezas, o que inclui o adimplemento das obrigações acessórias, neste caso as resultantes do contrato de trabalho.

A obrigação de fiscalização é, portanto, consequência direta da aplicação da Lei 8.666/1993 e da Lei 14.133/2021, esta com previsão de modo expreso nos artigos 104, III, e 117, *caput* e § 1º (acima transcritos).

Vai além da mera exigência de documentos, abrangendo a sua análise, a aplicação de sanções administrativas, a atuação das controladorias internas e a adoção de mecanismos para impedir que eventual inadimplemento ou falência da empresa prestadora de serviços resulte em prejuízos para o trabalhador e, em último caso, dano ao erário e à sociedade.

Acresce que outras regras impõem obrigações ao Poder Público contratante, consoante disposto nos arts. 89, § 2º, 92, XVI, 115, *caput*, e 137 da

---

*fiscalização sobre a empresa contratada (culpa in vigilando)" (Acórdão 1521/2016-Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler); "O pagamento de serviço de fornecimento de mão de obra, inclusive os prestados por OSCIP, exige prévia observância das regras de liquidação de despesas (art. 62 e 63 da Lei 4.320/1964), sendo necessário restar provado, por meio de documentos hábeis, que os recursos federais transferidos foram aplicados nas despesas incorridas com as obrigações trabalhistas e previdenciárias. Notas fiscais genéricas não demonstram, por si sós, a aplicação dos recursos. A omissão culposa na verificação do cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias da contratada sujeita a administração pública à responsabilização subsidiária." (Acórdão 752/2015-Plenário, Rel. Min. Ana Arraes").*



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

mesma Lei 14.133/2021<sup>12</sup>, o que atrai a aplicação também dos arts. 186 e 927 do Código Civil e exige que a questão jurídica posta à apreciação seja analisada a partir de todo esse conjunto normativo:

– Lei 14.133/2021:

*Art. 89. Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.*

*§ 2º. Os contratos deverão estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, as obrigações e as responsabilidades das partes, em conformidade com os termos do edital de licitação e os da proposta vencedora ou com os termos do ato que autorizou a contratação direta e os da respectiva proposta.*

*Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam: XVI – a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições exigidas para a habilitação na licitação, ou para a qualificação, na contratação direta.*

*Art. 115. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, e cada parte responderá pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.*

---

<sup>12</sup> Os correspondentes dos referidos dispositivos na lei anterior (Lei 8.666/1993) são: arts. 54, § 2º, 55, XIII, 66 e 78.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

*Art. 137. Constituirão motivos para extinção do contrato, a qual deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, as seguintes situações:*

*I – não cumprimento ou cumprimento irregular de normas editalícias ou de cláusulas contratuais, de especificações, de projetos ou de prazos;*

*II – desatendimento das determinações regulares emitidas pela autoridade designada para acompanhar e fiscalizar sua execução ou por autoridade superior;*

*III – alteração social ou modificação da finalidade ou da estrutura da empresa que restrinja sua capacidade de concluir o contrato;*

*IV – decretação de falência ou de insolvência civil, dissolução da sociedade ou falecimento do contratado;*

*V – caso fortuito ou força maior, regularmente comprovados, impeditivos da execução do contrato;*

*VI – atraso na obtenção da licença ambiental, ou impossibilidade de obtê-la, ou alteração substancial do anteprojeto que dela resultar, ainda que obtida no prazo previsto;*

*VII – atraso na liberação das áreas sujeitas a desapropriação, a desocupação ou a servidão administrativa, ou impossibilidade de liberação dessas áreas;*

*VIII – razões de interesse público, justificadas pela autoridade máxima do órgão ou da entidade contratante;*

*IX – não cumprimento das obrigações relativas à reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social ou para aprendiz.*

– Código Civil:

*Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

*Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*

***3.2. Boa-fé objetiva, função social do contrato e as redes contratuais na terceirização.***

As exigências relacionadas à escolha e fiscalização dos contratos de terceirização, na perspectiva trabalhista e previdenciária, são também decorrência do exame das obrigações da Administração Pública à luz da boa-fé objetiva e da função social dos contratos no contexto das redes contratuais.

A boa-fé objetiva funciona como um elo entre a autonomia privada e as obrigações legais expressas. Ela impõe obrigações que vão além da lei expressa ou de termos pactuados no contrato subjacente, englobando a complementação doutrinária e jurisprudencial do que é entendido pelas Cortes como comportamento contratual de probidade e cuidado.

Intimamente ligado à boa-fé, há também o princípio da função social do contrato. Previsto expressamente no art. 421 do Código Civil, aponta que o Direito há de considerar os efeitos de relação contratual para a coletividade, levando em conta os ônus impostos para a sociedade e induzindo as partes contratantes a internalizar esse ônus social na sua pauta de conduta.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

A liberdade de contratar será exercida: 1) em razão; e 2) nos limites da função social.

Na lição de Judith Martins Costa, *“A expressão ‘em razão da’ indica, concomitantemente: a) que a função social do contrato integra, constitutivamente, o modo de exercício do direito subjetivo (liberdade contratual); b) que é o seu fundamento, assim reconhecendo-se que toda e qualquer relação contratual possui, em graus diversos, duas distintas dimensões: uma, intersubjetiva, relacionando as partes entre si); outra, transsubjetiva, ligando as partes a terceiros determinados ou indeterminados. Assim, a função social não opera apenas como um limite externo, é também um elemento integrativo do campo de função da autonomia privada no domínio da liberdade contratual.”*<sup>13</sup>

A função social do contrato relaciona-se com a relevância e os efeitos do contrato em face de outros, externos à relação contratual. A boa-fé objetiva, por sua vez, diz com as obrigações anexas para as partes contratantes.

É possível a existência de obrigações anexas de partes contratantes em face de terceiros afetados pelo contrato, e o nível de intensidade da consideração dos efeitos em face de terceiros é dado a partir do fenômeno dos contratos coligados e das redes contratuais.

<sup>13</sup> COSTA, Judith Martins. A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.50.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Os terceiros relevantes são aqueles que integram a rede de contratos que permitem a existência da própria atividade na qual se desenvolve o contrato. A complexidade das relações sociais evidencia a existência de estreita correlação entre diversos tipos contratuais que se acumulam para a consecução dos diversos fins.

Rede contratual é entendida como a reunião de contratos direcionados a determinada finalidade econômica e com nexos sistemáticos de interação entre esses diversos contratos, que acaba por imantar a atuação de diversos agentes para o atingimento de determinado fim.

É possível derivar algumas obrigações dos integrantes, notadamente: a) conduta voltada para a manutenção do sistema; b) observância da reciprocidade das diversas obrigações dentro do sistema; c) obrigação de proteção das diversas relações internas mediante um compromisso de lealdade e transparência.

Os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva interagem para determinar um conjunto de obrigações anexas dos diversos integrantes da rede, uns para com os outros e para a rede como um todo, mesmo que não vinculados por relações contratuais diretas. Chama-se essa interação de função social do contrato em perspectiva dinâmica.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

A conjugação dos três pilares (boa-fé objetiva, função social do contrato e redes contratuais) autoriza pretensões obrigacionais específicas em face da Administração, notadamente nas obrigações de cuidado e proteção da própria rede.

A Administração Pública é o polo central da rede contratual que abrange os trabalhadores terceirizados, situação especialmente marcante nas realidades municipais.

Ao celebrar contratos de serviços, o Poder Público, tal como o particular que contrata serviço de terceiros, desencadeia a formação de contratos de trabalho indispensáveis à execução do contrato principal.

A contratação de empresa para realização de serviços que demandam mão de obra é causa determinante necessária do entabulamento de vínculos de emprego que, por sua vez, constituem fonte matriz de incidência do estatuto de proteção jurídica do trabalhador, cujo arcabouço mínimo se ampara no rol dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores.

No contrato de prestação de serviços o trabalhador terceirizado tem empregada sua mão de obra e nele encontra sua única fonte de garantia financeira de adimplemento.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

A satisfação dos salários e demais direitos patrimoniais trabalhistas, de caráter essencialmente alimentar, depende da fiel execução do contrato principal, que compreende a realização do serviço pela contratada, o pagamento do preço pelo contratante e a garantia de remuneração do trabalho.

Nessa relação de interdependência contratual (entre contrato de serviço e contrato de emprego), interessa igualmente à ordem constitucional, tanto a garantia de satisfação do objeto contratado, para realização de interesse imediato da administração pública, quanto a satisfação das obrigações trabalhistas, fiscais e comerciais, decorrentes do contrato.

O implemento das obrigações trabalhistas, nesse plano, constitui condição de satisfação de direitos fundamentais sociais, cuja promoção e garantia compete precipuamente ao Estado, como razão essencial de sua existência.

A fiscalização do cumprimento de direitos trabalhistas, pelo Poder Público contratante, para além do interesse imediato de proteção à higidez contratual, também constitui elemento de preservação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, como fator de coesão social.

A fiscalização adequada, inclusive quanto ao adimplemento trabalhista da empresa contratada, vai além de uma obrigação contratual assumida pelo Poder Público. O poder-dever de fiscalização constitui prerrogativa da administração pública contratante (art. 104, III, da Lei 14.133/2021) e, ao mesmo



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

tempo, obrigação jurídica a serviço da fiel execução do contrato (art. 117 da referida lei) e da preservação de direitos fundamentais sociais. É obrigação que precede e permeia o contrato.

É de vulnerabilidade a situação do trabalhador terceirizado que labora em prestação de serviços contratados pela administração pública. A empresa contratada, sua empregadora, em contraponto à posição privilegiada da administração no contrato administrativo, dispõe de garantia contratual de equilíbrio econômico-financeiro.

Já o trabalhador, para fazer face à inadimplência da empresa contratada, ampara-se na obrigação jurídica de fiscalização imputada ao ente público, especialmente por ocasião do pagamento das faturas do serviço, como garantia essencial de adimplemento de suas verbas trabalhistas.

Sem esse vínculo de responsabilidade, ao particular (trabalhador) seria imposto encargo excessivo ao empregar sua mão de obra em benefício da máquina pública, por meio de contrato justificado na realização do interesse público, sem garantia de recebimento de suas verbas salariais.

Cabe ao ente público demandado realizar fiscalização contratual eficiente, voltada a impedir o dano ao direito social do trabalhador.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Há de demonstrar a promoção eficaz de todos os procedimentos de controle disponíveis para evitar a lesão, indispensáveis ao resultado fiscalizatório, em observância ao princípio da eficiência administrativa que rege a atuação da administração pública.

A mesma lei (14.133/2021) que estabelece a ausência de responsabilização automática da Administração Pública pela falta de cumprimento da obrigação, contém, em seu art. 104, III, a prerrogativa e a obrigação que lhe são atribuídas de fiscalização do contrato, como também prevê, em seu art. 115, a obrigação de fiscalização, a cargo de pessoa especialmente designada, além de indicar como causa de extinção do contrato o desatendimento das determinações da autoridade designada para fiscalizar o contrato (art. 137, II).

A referida lei manteve, no novo contexto licitatório, as obrigações de fiscalização da Administração Pública já presentes na Lei 8.666/1993, pelo que, independentemente do regime legal que se tome por referência, persistem as obrigações de fiscalização em relação ao cumprimento dos encargos trabalhistas das terceirizadas.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

***3.3 A necessidade de fiscalização adequada, periódica, documentada e publicizada: a densificação contextualizada, sob a óptica trabalhista, das obrigações da Administração Pública.***

Analisando-se todas essas normas, vê-se que é da Administração Pública a obrigação ordinária de fiscalização contratual, que há de ser adequada, periódica, documentada e publicizada.

Na perspectiva da adequação, cumpre à Administração Pública, na efetivação desse desiderato, disciplinar, mediante o uso do poder regulamentar, como se dará essa fiscalização da maneira mais apropriada ao contexto e à atividade que optou-se por terceirizar, disciplinando os modos e a frequência desse monitoramento, tendo em conta as balizas legais do Direito Administrativo e dos Direitos do Trabalho e Previdenciário.

A gestão dos riscos decorrentes da opção pela terceirização, nos quais se inclui a ocorrência de fraude e corrupção, há de ser considerada, prevista e evitada pela Administração em suas atividades, com a regulamentação de mecanismos capazes de identificar, analisar e tratar incidentes com potenciais lesivos ao Poder Público, impedindo ou minimizando seus impactos.

Há que se ter parâmetros claros para que não se favoreça fraudes por parte dos contratados, considerada a possibilidade da transferência da responsabilidade por obrigações trabalhistas ao Poder Público.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

No âmbito institucional e corporativo, *compliance* é o conjunto de disciplinas a fim de cumprir e se fazer cumprir as normas legais e regulamentares, as políticas e as diretrizes estabelecidas para o negócio e para as atividades da instituição ou empresa, bem como evitar, detectar e tratar quaisquer desvios ou inconformidades que possam vir a ocorrer. Trata-se aqui de um aspecto das obrigações que recaem sobre a Administração a fim de estimular e cobrar uma cultura de respeito aos direitos sociais, notadamente aos trabalhistas.

À Administração cabe fiscalizar a escolha do contratado e a execução regular do contrato, inclusive no que diz respeito ao cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo vencedor da licitação, entre as quais se inclui as decorrentes da legislação laboral e previdenciária.

Os agentes públicos não de observar, sob pena de responsabilização pessoal, o princípio da legalidade estrita e a obrigação de fiscalização e cuidado com o patrimônio público, buscando combater as práticas de ilicitude, corrupção e evasão indevida de recursos públicos.

Esses deveres positivos são impostos especialmente pela Lei 14.133/2021 e se traduzem na prática de atos administrativos vinculados, decorrentes dos princípios da legalidade, da eficiência e da publicidade.



## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

O princípio e a obrigação de legalidade estrita, regentes do agir da Administração Pública, abrangem a fiscalização do próprio contrato, seja quanto à obrigação principal, a execução do serviço propriamente dito, seja quanto às obrigações secundárias, resultantes dos contratos firmados com aqueles que a concretizaram. Por conseguinte, é obrigação jurídica do órgão público tomador do serviço.

Como leciona Justen Filho:

*Outra faculdade da Administração é a fiscalização da execução da prestação. No direito comum, cada parte tem o direito de verificar se a prestação foi executada adequadamente pela outra. Esse direito se exerce, de regra, no momento em que a prestação é entregue ao credor. Nada impede, porém, que as partes pactuem o direito do credor acompanhar permanentemente o devedor. Desse modo, verificará se a realização da prestação faz-se nos termos devidos.*

*(...) A Administração tem o poder-dever de acompanhar atentamente a atuação do particular. O dever de promover os direitos fundamentais não se coaduna com um a atuação passiva da Administração. Se o particular não executar corretamente a prestação contratada, a Administração deverá atentar para isso de imediato. A atividade permanente de fiscalização permite à Administração detectar, de antemão, práticas irregulares ou defeituosas.*

*Poderá verificar, antecipadamente, que o cronograma previsto não será cumprido. Enfim, a Administração poderá adotar com presteza as providências necessárias para resguardar os interesses fundamentais. A Administração, contrariamente ao que se verifica nos contratos privados, tem o poder de impor e executar sanções pelo inadimplemento contratual.*

*Essa prerrogativa deriva da autoexecutoriedade dos atos administrativos. A autoexecutoriedade indica a possibilidade de a*



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

*Administração Pública, sem a interferência do Poder Judiciário, obter a satisfação de uma pretensão própria ou solucionar um litígio de que participa, produzindo os atos materiais necessários a tanto.*

*A autoexecutoriedade retrata um modo de autotutela administrativa que obedece estritamente ao princípio da legalidade e, em virtude de sua lesividade potencial, obedece ao princípio da proporcionalidade. Assim, não há autoexecutoriedade sem lei que a preveja e, mais ainda, não há autoexecutoriedade quando existir alternativa<sup>14</sup>.*

Maria Sylvia Zanella Di Pietro fornece elementos que evidenciam como há de ser analisada a prova da efetiva fiscalização e o faz já sob a égide das Leis 13.429/2017 e 13.467/2017:

*O fato é que, diante da decisão do STF, incorporada no item V da Súmula nº 331, do TST, a Administração Pública deve tomar algumas cautelas:*

- a) colocar nos instrumentos convocatórios e nos contratos cláusula em que fique clara a aplicação da norma do artigo 71 da Lei nº 8.666/93;*
- b) inserir nos instrumentos convocatórios de licitação e nos contratos cláusula prevendo a aplicação de penalidade pelo descumprimento da norma do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, sem prejuízo da rescisão do contrato com fundamento no artigo 78, I e II, da mesma lei;*
- c) na atividade de fiscalização do cumprimento do contrato, verificar se a contratada está cumprindo as obrigações trabalhistas, previdenciárias, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato; em caso de inadimplemento, aplicar as penalidades cabíveis;*
- d) exigir a atualização, a cada 180 dias, da Certidão Negativa de Débito Trabalhista (CNDT) referida na Lei nº 12.440, de 7-7-11.*

---

14 Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993. 18ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 1230-1232.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

*Sem a adoção dessas cautelas, a Administração Pública, acionada perante a Justiça do Trabalho, poderá ser responsabilizada subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas. Se tomadas essas cautelas, ainda assim o TST decretar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública com fundamento na Súmula nº 331, cabe reclamação administrativa ao STF<sup>15</sup>.*

Vários entes federados possuem diplomas próprios que observam o poder-dever legal e regulamentar de fiscalização ativa e efetiva das empresas contratadas, incluindo gerenciamento de riscos com a terceirização.

Como exemplo, as disposições da Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017, do antigo Ministério do Planejamento, sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, em que se dispõe:

*Art. 18. Para as contratações de que trata o art. 17, o procedimento sobre Gerenciamento de Riscos, conforme especificado nos arts. 25 e 26, obrigatoriamente contemplará o risco de descumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e com FGTS da contratada.*

*§ 1º Para o tratamento dos riscos previstos no caput, poderão ser adotados os seguintes controles internos:*

*I - Conta-Depósito Vinculada - bloqueada para movimentação, conforme disposto em Caderno de Logística, elaborado pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão; ou*

---

15 Direito Administrativo. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 393.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

*II - Pagamento pelo Fato Gerador, conforme disposto em Caderno de Logística, elaborado pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.*

*§ 2º A adoção de um dos critérios previstos nos incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser justificada com base na avaliação da relação custo-benefício.*

*§ 3º Só será admitida a adoção do Pagamento pelo Fato Gerador após a publicação do Caderno de Logística a que faz referência o inciso II do § 1º deste artigo.*

*§ 4º Os procedimentos de que tratam os incisos do § 1º deste artigo estão disciplinados no item 1 do Anexo VII-B.*

A mesma lógica de fiscalização e monitoramento ativo dos contratos se faz presente no Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018, que dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

*Disposições contratuais obrigatórias*

*Art. 8º Os contratos de que trata este decreto conterão cláusulas que:*

*I - exijam da contratada declaração de responsabilidade exclusiva sobre a quitação dos encargos trabalhistas e sociais decorrentes do contrato;*

*II - exijam a indicação de preposto da contratada para representá-la na execução do contrato;*

*III - estabeleçam que o pagamento mensal pela contratante ocorrerá após a comprovação do pagamento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e para com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS pela contratada relativas aos empregados que tenham participado da execução dos serviços contratados;*

*IV - estabeleçam a possibilidade de rescisão do contrato por ato unilateral e escrito do contratante e a aplicação das penalidades*



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

*cabíveis, na hipótese de não pagamento dos salários e das verbas trabalhistas, e pelo não recolhimento das contribuições sociais, previdenciárias e para com o FGTS;*

*V - prevejam, com vistas à garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra:*

*a) que os valores destinados ao pagamento de férias, décimo terceiro salário, ausências legais e verbas rescisórias dos empregados da contratada que participarem da execução dos serviços contratados serão efetuados pela contratante à contratada somente na ocorrência do fato gerador; ou*

*b) que os valores destinados ao pagamento das férias, décimo terceiro salário e verbas rescisórias dos empregados da contratada que participarem da execução dos serviços contratados serão depositados pela contratante em conta vinculada específica, aberta em nome da contratada, e com movimentação autorizada pela contratante;*

*VI - exijam a prestação de garantia, inclusive para pagamento de obrigações de natureza trabalhista, previdenciária e para com o FGTS, em valor correspondente a cinco por cento do valor do contrato, limitada ao equivalente a dois meses do custo da folha de pagamento dos empregados da contratada que venham a participar da execução dos serviços contratados, com prazo de validade de até noventa dias, contado da data de encerramento do contrato; e*

*VII - prevejam a verificação pela contratante, do cumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e para com o FGTS, em relação aos empregados da contratada que participarem da execução dos serviços contratados, em especial, quanto:*

*a) ao pagamento de salários, adicionais, horas extras, repouso semanal remunerado e décimo terceiro salário;*

*b) à concessão de férias remuneradas e ao pagamento do respectivo adicional;*

*c) à concessão do auxílio-transporte, auxílio-alimentação e auxílio-saúde, quando for devido;*

*d) aos depósitos do FGTS; e*



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

*e) ao pagamento de obrigações trabalhistas e previdenciárias dos empregados dispensados até a data da extinção do contrato.*

*§ 1º Na hipótese de não ser apresentada a documentação comprobatória do cumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e para com o FGTS de que trata o inciso VII do caput deste artigo, a contratante comunicará o fato à contratada e reterá o pagamento da fatura mensal, em valor proporcional ao inadimplemento, até que a situação esteja regularizada.*

*§ 2º Na hipótese prevista no § 1º e em não havendo quitação das obrigações por parte da contratada, no prazo de até quinze dias, a contratante poderá efetuar o pagamento das obrigações diretamente aos empregados da contratada que tenham participado da execução dos serviços contratados.*

*§ 3º O sindicato representante da categoria do trabalhador deve ser notificado pela contratante para acompanhar o pagamento das verbas referidas nos § 1º e § 2º.*

*§ 4º O pagamento das obrigações de que trata o § 2º, caso ocorra, não configura vínculo empregatício ou implica a assunção de responsabilidade por quaisquer obrigações dele decorrentes entre a contratante e os empregados da contratada.*

*Art. 9º Os contratos de prestação de serviços continuados que envolvam disponibilização de pessoal da contratada de forma prolongada ou contínua para consecução do objeto contratual exigirão:*

*I - apresentação pela contratada do quantitativo de empregados vinculados à execução do objeto do contrato de prestação de serviços, a lista de identificação destes empregados e respectivos salários;*

*II - o cumprimento das obrigações estabelecidas em acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalentes das categorias abrangidas pelo contrato; e*

*III - a relação de benefícios a serem concedidos pela contratada a seus empregados, que conterà, no mínimo, o auxílio-transporte e o auxílio-alimentação, quando esses forem concedidos pela contratante.*



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

*Parágrafo único. A administração pública não se vincula às disposições estabelecidas em acordos, dissídios ou convenções coletivas de trabalho que tratem de:*

*I - pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou nos resultados da empresa contratada;*

*II - matéria não trabalhista, ou que estabeleçam direitos não previstos em lei, tais como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários; e*

*III - preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade.*

*Gestão e fiscalização da execução dos contratos*

*Art. 10. A gestão e a fiscalização da execução dos contratos compreendem o conjunto de ações que objetivam:*

*I - aferir o cumprimento dos resultados estabelecidos pela contratada;*

*II - verificar a regularidade das obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas; e*

*III - prestar apoio à instrução processual e ao encaminhamento da documentação pertinente para a formalização dos procedimentos relativos a repactuação, reajuste, alteração, reequilíbrio, prorrogação, pagamento, aplicação de sanções, extinção dos contratos, entre outras, com vistas a assegurar o cumprimento das cláusulas do contrato a solução de problemas relacionados ao objeto.*

*Art. 11. A gestão e a fiscalização de que trata o art. 10 competem ao gestor da execução dos contratos, auxiliado pela fiscalização técnica, administrativa, setorial e pelo público usuário e, se necessário, poderá ter o auxílio de terceiro ou de empresa especializada, desde que justificada a necessidade de assistência especializada.*

Além das normas da União que implementam medidas para estruturação de *compliance* na fiscalização de seus contratos que envolvam prestação de serviços, também Estados e Municípios editaram normas



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

específicas de fiscalização dos contratos em face de empresas terceirizadas e prestadoras de serviços<sup>16</sup>.

Como reconhecido por órgãos de controle e por dispositivos regulamentares das três esferas federativas, a obrigação de fiscalização há de ser tomada em sentido material e substancial, pressupondo as condições efetivas para o desenvolvimento de um acompanhamento eficiente e transparente dos contratos.

Exemplo dessa postura está nos pronunciamentos em que o Tribunal de Contas da União tem registrado a necessidade de um dimensionamento adequado dos fiscais de contrato para que possa existir uma fiscalização efetiva, bem como a necessidade de formação continuada e treinamento efetivo dos fiscais de contrato<sup>17</sup>.

Em face do exposto, consoante a moldura legal e a interpretação conferida pelo STF, é possível afirmar que a Administração possui obrigações específicas visando à boa escolha e fiscalização do cumprimento pela terceirizada de suas obrigações, incluídas aí as de natureza trabalhista e previdenciária.

---

16 Como exemplos de atos normativos que representam práticas de fiscalização ativa dos órgãos estaduais e municipais, citem-se o Decreto nº 33.903/2021, do Estado do Ceará, o Decreto nº 26881/2017, do Estado do Rio Grande do Norte, e o Decreto nº 9.963/2013 do Município de Natal/RN.

17 Nesse sentido, vide os Acórdãos nº 839/2011-Plenário e nº 2.917/2010-Plenário.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Para tanto, há de regulamentar explicitamente como tais obrigações se efetivam no contexto de cada atividade que se optou por terceirizar, bem como efetivamente fazer observar por meio de seus agentes as normas de cautela na escolha e eficiente fiscalização.

A fiscalização adequada envolve necessariamente todo o curso do contrato, de forma permanente e periódica, notadamente naqueles momentos em que comumente ocorrem mais habitualmente o abandono dos encargos, como os meses que antecedem o encerramento do pacto.

Por fim, o monitoramento também há de ser documentado e publicizado, atestando a observância dos deveres funcionais por parte dos agentes públicos que apresentam a administração e permitindo o acompanhamento pelos terceiros interessados no bom cumprimento dos direitos sociais e dos encargos financeiros – órgãos fiscais da Administração, sindicatos e os próprios empregados no contexto da terceirização.

Os parâmetros e previsões legais de fiscalização e os padrões de probidade nas condutas recaem tanto sobre os agentes da Administração Pública como daqueles por ela contratados. Sua inobservância pode ensejar responsabilização e sanções de várias naturezas, consoante a gravidade da conduta, inclusive eventual enquadramento nos ilícitos previstos na Lei de



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) e na Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013).

**4. A distribuição do ônus da prova na responsabilidade subsidiária**

O objetivo das regras sobre ônus da prova é garantir que o máximo de informações sejam trazidas ao Judiciário com o mínimo de custos, a fim de gerar a redução mais eficiente possível de erros judiciários.

A definição da parte a quem compete, a princípio, a produção probatória, há que atentar para os seguintes fatores: (i) qual parte possui maior facilidade para produzir elementos de prova; (ii) como será o comportamento estratégico das partes em termos de colheita de informações e transmissão ao Juízo, considerando os ônus que lhes são imputados; e (iii) qual o impacto do erro judiciário no comportamento social dos agentes, ou seja, quais os benefícios ou prejuízos experimentados pela sociedade em razão dos atos benéficos ou nocivos que são estimulados ou desestimulados pelo exercício imperfeito da jurisdição.

Tendo em conta tais fatores é essencial que a temática seja analisada considerando-se o direito à tutela jurisdicional efetiva em situação de assimetria fática entre as partes envolvidas e os parâmetros de *compliance* trabalhista que necessita ter a Administração Pública em seus contratos.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

**4.1 Ônus da prova no novo CPC e no Direito do Trabalho – obrigação de cooperação e distribuição dinâmica da prova**

Eventual responsabilidade do ente público passa pela conclusão acerca de fatos específicos que demonstrem atuação ou omissão culposa da Administração.

Eis o que preveem o novo Código de Processo Civil e a Consolidação das Leis do Trabalho (após o advento da Lei 13.467/2017) sobre a questão do ônus da prova, respectivamente:

*Art. 373. O ônus da prova incumbe:*

*I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;*

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

*§ 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.*

*§ 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.*

*§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:*

*I – recair sobre direito indisponível da parte;*

*II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.*

*§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.*



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

*Art. 818. O ônus da prova incumbe: (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)*

*I – ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)*

*II – ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)*

*§ 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 deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo 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. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)*

*§ 2º. A decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)*

*§ 3º. A decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)*

A redação do § 1º de cada dispositivo leva ao que se conhece hoje como “distribuição dinâmica do ônus da prova”, técnica por meio da qual se pretende dar uma resposta adequada aos casos em que as particularidades do direito material em debate ou a condição das partes diante das alegações a serem provadas evidenciam uma desigualdade nas respectivas capacidades probatórias.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

A técnica em questão tem sua origem no direito consumerista<sup>18</sup>. Com o intuito de viabilizar a adequada tutela dos direitos, o Código de Defesa do Consumidor conferiu deveres–poderes ao juiz para que, ao considerar o caso concreto, e dentro dos critérios legais (verossimilhança da alegação ou da hipossuficiência do consumidor), possa inverter ou distribuir o ônus da prova.

Tal técnica significou um *“giro epistemológico fundamental no modo de observar o fenômeno probatório, em que o mesmo é visto da perspectiva da finalidade do processo e do valor da justiça, e não sob o ângulo do mero cumprimento das formas processuais abstratas”*<sup>19</sup>.

O mecanismo da distribuição dinâmica das cargas probatórias determina que o ônus da prova sobre determinado fato há de recair sobre a parte que se encontra em melhores condições fáticas, econômicas, técnicas e jurídicas de demonstrá-lo no caso concreto. É neutro o lugar que o litigante

---

18 Lei 8.078/1990:

– Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

– Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

19 RAMBALDO, Juan Alberto. Cargas probatórias dinâmicas; um giro epistemológico. In: PEYRANO, Jorge W. Cargas probatórias dinâmicas. Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 33.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

ocupe no processo (autor ou réu), a natureza dos fatos (constitutivos, extintivos, impeditivos ou modificativos), ou qual dos litigantes alega os fatos como fundamento de sua pretensão, defesa ou exceção.

A adoção da técnica é legítima quando a aplicação estática, prevista no art. 373, I e II, do CPC, se revelar em desconformidade com os valores que conformam o modelo constitucional do processo, acarretando um obstáculo ao acesso útil à tutela jurisdicional. Dentro desse contexto, também se reconhece ao juiz a possibilidade de tomar iniciativas para garantir a igualdade substancial entre as partes (art. 139, I, do CPC), inclusive no plano probatório.

O litigante dinamicamente onerado há de estar em posição de vantagem em relação ao material probatório em face da outra parte – por estar na posse de coisa ou instrumento probatório ou por ser o único que dispõe da prova, se encontra em melhor posição de revelar a verdade e, portanto, sua obrigação de colaboração é maior, no contexto das obrigações mútuas de cooperação<sup>20</sup>.

A impossibilidade ou dificuldade de se desincumbir do ônus distribuído estaticamente é insuficiente, por si só, para a incidência de

---

<sup>20</sup> Art. 6º, CPC: *Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

dinamização; há de estar presente a maior facilidade de a outra parte produzir a prova.

O ônus dinâmico não pode ser aplicado para simplesmente compensar a inatividade processual do litigante inicialmente onerado, mas, única e tão-somente, para evitar a formação da *probatio diabolica* diante da impossibilidade material que recai sobre uma das partes.

A prova há de ser produzida pela parte mais apta à sua produção. O princípio da aptidão da prova decorre diretamente das obrigações de colaboração e de informação. Nenhuma das partes pode subtrair as informações de que disponha para a análise dos fatos apresentados em Juízo.

**4.2. Os atos administrativos e a legalidade pública – a formalização dos atos administrativos e os princípios da publicidade e da transparência.**

Os princípios fundamentais orientadores de toda a atividade da Administração Pública encontram-se, explícita ou implicitamente, no texto da Constituição de 1988.

Dentre os princípios norteadores da atividade administrativa, avultam em importância os expressos no *caput* do art. 37 da CF. Após a



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Emenda Constitucional 19/1998, cinco passaram a ser explícitos: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência<sup>21</sup>.

O princípio da legalidade é o postulado basilar de todos os Estados de Direito, consistindo no cerne da própria qualificação destes – o Estado é dito de Direito porque sua atuação está integralmente sujeita ao ordenamento jurídico; vigora o império da lei.

Tendo em conta o fato de que a Administração Pública está sempre sujeita ao princípio da indisponibilidade do interesse público – e não é o agente quem determina o que é de interesse público, mas somente a lei (e a própria Constituição) –, é insuficiente a ausência de proibição em lei para que a Administração Pública possa agir; é necessária a existência de uma lei que imponha ou autorize determinada atuação administrativa.

Há ainda cinco condições indispensáveis para a validade do ato administrativo: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

---

21 A nova lei de licitações e contratos administrativos, Lei 14.133/2021, traz em seu art. 5º a seguinte disposição:

*Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).*



## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

A forma é a maneira pela qual o ato se exterioriza e constitui requisito vinculado e imprescindível à sua perfeição<sup>22</sup>. A formalização dos atos administrativos relaciona-se diretamente com os princípios da publicidade e da transparência.

A necessidade de tornar visíveis as relações entre Administração e cidadãos é decorrência do Estado de Direito, e nessa máxima se inspira o artigo 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: *“a sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração”*.

A luta pela submissão do Estado ao Direito é também a luta por um poder visível e previsível, que se comporte de acordo com as leis previamente aprovadas pelos representantes do povo.

Por trás da exigência de visibilidade estão a necessidade de segurança do direito e a proibição da “política do segredo”, entendida esta última proibição não somente como uma vedação ao arbítrio, mas como uma obrigação de informar por parte do Estado – a ausência de visibilidade torna

---

22 A forma mais comum do ato administrativo é a escrita, embora existam atos consubstanciados em ordens verbais e até mesmo em sinais não convencionais, como ocorre com as instruções momentâneas de superior a inferior hierárquico, com as determinações de polícia em casos de urgência e com a sinalização do trânsito. Não obstante a forma escrita ser a mais utilizada pela Administração Pública em contratos administrativos, há possibilidade de contratação verbal prevista § 2º do art. 95 da Lei 14.133/2021, de modo excepcional.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

nulas as possibilidades de controle popular e de participação do cidadão no exercício das atividades da administração.

O princípio da publicidade possui, pois, um substrato positivo — a obrigação estatal de promover amplo e livre acesso à informação como condição necessária ao conhecimento, à participação e ao controle da administração —, e outro negativo — salvo no que afete à segurança da sociedade e do Estado e o direito à intimidade, é defeso que as ações administrativas se desenvolvam em segredo.

A legalidade, a forma, a segurança jurídica, a publicidade e a transparência são princípios ligados entre si e conectados ao Estado de Direito.

O princípio da publicidade é algo distinto da regra que impõe a publicidade oficial. A publicidade na imprensa oficial é requisito de eficácia dos atos da administração pública, mas é insuficiente, por si só, para cumprir as demais exigências do princípio da publicidade, quais sejam, a difusão e o conhecimento da informação.

A difusão da informação há de ser feita da forma mais ampla possível e assegurada com a utilização dos meios adequados, dependendo de seu objetivo e de seus destinatários. E para que uma informação possa ser efetivamente conhecida e apreendida, é necessário que seja transmitida em



## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

linguagem adequada ao pleno entendimento por parte do receptor da informação – é preciso que haja transparência.

O princípio da publicidade está, pois, relacionado ao da transparência, o qual é ofendido quando a disponibilização de informações se dá em linguagem hermética, confusa, tecnicizada além do necessário para a sua correta compreensão. As informações não de ser públicas e compreensíveis.

### *4.3 A distribuição do ônus da prova na perspectiva dinâmica*

A conclusão sobre a distribuição do ônus na responsabilidade subsidiária é possível a partir da aplicação dos conceitos trazidos, relativos à aptidão da prova e ao dever de publicidade e transparência da Administração Pública.

A partir de uma perspectiva de carga dinâmica da prova, tem-se que cabe ao trabalhador que alega o descumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa terceirizada demonstrar que havia um vínculo com a empresa terceirizada.

Também com base na aptidão da prova e na perspectiva dinâmica, é, por sua vez, a Administração Pública a mais apta a demonstrar que havia,



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

sim, mecanismos regulamentados de fiscalização contratual e que eles foram aplicados em relação ao contrato do reclamante.

É uma consequência da formalização dos atos administrativos que a Administração produza essa prova de existência de tais mecanismos, uma vez que é seu dever formalizar e disponibilizar os atos de fiscalização, que não de ser adequados, periódicos, documentados e publicizados.

Cumprida à Administração regulamentar e disponibilizar a regulamentação dos mecanismos de fiscalização (especialmente o modo e a frequência do monitoramento), que há de se dar da maneira mais apropriada ao contexto e à atividade que optou-se por terceirizar, considerando-se as balizas legais do Direito Administrativo e dos Direitos do Trabalho e Previdenciário. Também incumbe à Administração comprovar a efetiva aplicação desses mecanismos de fiscalização pelo gestor do contrato.

No contexto das obrigações mútuas de cooperação<sup>23</sup>, é obrigação da Administração, por ser a parte que dispõe do material probatório, colaborar com o Poder Judiciário, fornecendo toda e qualquer informação necessária ao deslinde do caso – a distribuição dinâmica do ônus da prova a vincula a quem possui mais e melhores condições de fazê-lo, tal como expressamente previsto no §1º do art. 818 da CLT e no § 1º do art. 373 do novo CPC.

<sup>23</sup> Art. 6º, CPC: *Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.*



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Do contrário, indisponível a documentação, a prova se tornará impossível ao trabalhador, que sequer terá acesso à documentação relativa à fiscalização das obrigações contratuais.

Em paralelo, a legislação trabalhista atribui ao empregador a obrigação de produzir e de armazenar vários documentos relativos ao contrato de trabalho. São ilustrativas de tais previsões os registros da jornada de trabalho em estabelecimentos com mais de 20 trabalhadores (artigo 74, §2º, da CLT) e os recibos de salário e respectivos comprovantes bancários de quitação (artigo 464 da CLT).

Atribuir ao trabalhador a obrigação de formular periodicamente pedido à contratante para que lhe forneça cópia de documentos vai de encontro aos princípios da eficiência e da publicidade em viés positivo. A obrigação de produção, guarda e disponibilização de documentos é da Administração Pública, que há de zelar pelo máximo acesso à informação no contexto de fiscalização de atos com impacto direto nos direitos de terceiros.

Esse é o entendimento que tem sido adotado no Tribunal Superior do Trabalho.

A Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, no E-RR-925-07.2016.5.05.0281, de Relatoria do Exmo. Min. Cláudio Brandão, em exame sobre o alcance e a dimensão da tese fixada



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

no Tema 246, considerou, com base na aplicação do princípio da aptidão da prova, que incumbe ao ente público o ônus de comprovar a efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações decorrentes dos contratos de trabalho firmados entre a empresa prestadora dos serviços e seus empregados<sup>24</sup>.

Incumbe à Administração demonstrar a vigilância e afastar a sua responsabilização subsidiária. Essa conclusão decorre da impossibilidade de prova de fato negativo, bem como por deter a obrigação de guarda dos documentos comprobatórios do monitoramento do contrato.

Destacou o Ministro Relator, *verbis*:

*(...) a distribuição dinâmica do ônus da prova a vincula a quem possui mais e melhores condições de fazê-lo, tal como expressamente previsto no artigo 818, § 1º, da CLT (“excessiva dificuldade de cumprir o encargo”), o que certamente não é o trabalhador, que sequer consegue ter acesso à documentação relativa à regularização das obrigações regulares decorrentes do contrato.*

*Em apoio a essa afirmação, não se pode transferir para o empregado essa obrigação, nem mesmo sob o fundamento de que poderia ter acesso à documentação por meio de requerimento dirigido ao ente público contratante, com fundamento na Lei de Acesso à Informação – Lei nº 12.527/2011.*

*Nesse caso, é ignorar a realidade admitir que, a cada mês, o empregado da empresa contratada tivesse que formular o mencionado pedido à entidade contratante para que lhe fornecesse cópia dos*

---

<sup>24</sup> Entendimento reafirmado no âmbito da SBDI-1, em sua composição plena, no julgamento do Processo n.º EEDRR-62-40.2017.5.20.0009, em 10.9.2020 (*DJe* 29.10.20).



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

*citados documentos, ao qual se acresceria o dever de guarda que lhe seria transferido, obrigação ordinária inerente à gestão do contrato celebrado com a Administração Pública, que, aliás, não constitui ônus excessivo, mesmo porque dele faz parte a obrigação de designação de servidor para atuar como fiscal de sua execução, com inúmeras prerrogativas e diversos deveres.*

O tema ultrapassa o espectro do contrato individual de trabalho e diz com a boa gestão da coisa pública.

A atribuição ajustada do ônus da prova fomenta o *compliance* administrativo, visando a evitar condutas irregulares e ilícitos. Contribui para que os entes aperfeiçoem o monitoramento do cumprimento das obrigações trabalhistas pelas contratadas, para que a atuação fiscalizatória possa identificar e prevenir possíveis atos de fraude e de corrupção.

É de fato do Poder Público o ônus processual de comprovar seu pleno zelo quanto ao adimplemento de sua obrigação fiscalizatória (art. 818, II e § 1º, CLT; art. 373, II, CPC/2015), comprovando, perante o juízo, os procedimentos que adota para a referida fiscalização e sua efetiva realização em relação ao contrato de terceirização de que resultaria a responsabilização subsidiária.

Se o ente público não demonstra a realização do efetivo controle sobre o contrato, há de ser responsabilizado subsidiariamente pela satisfação das obrigações trabalhistas inadimplidas pela empregadora. Se, contudo,



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

fizer prova razoável e consistente de que exerceu adequadamente a sua obrigação fiscalizatória, restará afastada a responsabilização.

**5. Aplicação do direito ao processo**

No caso, o Tribunal Regional reputou concretamente caracterizada a conduta culposa do ente público, que não logrou demonstrar a efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas da prestadora de serviços, encargo que lhe competia.

A Corte de origem responsabilizou subsidiariamente a Administração por entender concretamente caracterizada sua culpa *in vigilando*. Eis os fundamentos da decisão da Corte Regional:

*Restou incontroverso que a reclamante foi contratada pela primeira reclamada em 11/11/2013, como auxiliar de limpeza, para trabalhar em favor do segundo reclamado, em razão do contrato de prestação de serviços firmado entre as demandadas e que verbas básicas do seu contrato de trabalho não foram adimplidas. Tivesse o segundo reclamado cuidado de fiscalizar o contrato, a reclamante teria recebido o salário de maio de 2014, as verbas rescisórias e o FGTS. Não há provas nos autos de que o recorrente tenha fiscalizado o adimplemento das obrigações laborais e rescisórias referentes ao pacto de trabalho da autora. Os diversos documentos que o segundo reclamado acredita se prestarem como prova da fiscalização empreendida se referem, basicamente, ao edital de licitação, ao contrato de prestação de serviços e aos depósitos de FGTS devidos durante a vigência contratual.*



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

*Não se prestam, por conseguinte, para demonstrar a efetiva fiscalização relativa ao pagamento dos haveres deferidos em sentença. Encontra-se caracterizada, assim, a culpa do segundo reclamado, razão pela qual se aplica ao caso o entendimento disposto na Súmula n.º 331 do C. TST, já pacificado no sentido de consagrar a responsabilidade subsidiária dos entes públicos pelos haveres trabalhistas devidos em razão de regular contratação. Sendo do ente público a prova da adoção de medidas que obstem o inadimplemento das obrigações trabalhistas, não ilidida, remanesce seu dever de responder a prejuízos causados a terceiros, no caso, a trabalhadora, fato que não ofende, ainda que minimamente, o inciso II do art. 5º da CF/88, porque em caso de culpa in elegendo e in vigilando incide a responsabilidade civil das acionadas, que abrange a integralidade da condenação, nos termos do inciso VI da Súmula mencionada, sobretudo porque poderá se valer de ação de regresso.*

Consoante a moldura fática fixada pelo Tribunal Regional, não foi indicado qualquer mecanismo de fiscalização que se voltasse a fiscalizar o cumprimento das obrigações vinculadas às parcelas que restaram inadimplidas.

O Tribunal Superior do Trabalho, em duas oportunidades, manteve tal decisão ressaltando que “entendimento diverso demandaria o revolvimento do conjunto probatório trazido aos autos, procedimento vedado nesta instância extraordinária, a teor da Súmula n.º 126 do TST”.

A decisão da Corte de origem, ao reconhecer a responsabilidade do 2º reclamado (Administração Pública), foi além do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa contratada e indicou a conduta



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

culposa do ente público de deixar de fiscalizar adequadamente o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da 1ª reclamada.

Foram observados o art. 97 da Constituição Federal e o enunciado 10 da Súmula Vinculante da Suprema Corte, porque o acórdão em questão não se fundamentou na declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, mas na definição do alcance da norma inscrita no citado dispositivo e na interpretação sistemática dos arts. 186 e 927 do Código Civil e dos arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93, tendo em conta os precedentes do Supremo Tribunal Federal<sup>25</sup>.

Em face do exposto, opina o PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA pelo desprovimento do recurso extraordinário.

Considerados a sistemática da repercussão geral e os efeitos do julgamento deste recurso em relação aos demais casos que tratem ou venham a tratar do mesmo tema, sugere a fixação das seguintes teses:

Na caracterização da responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos encargos trabalhistas de empresa terceirizada:

I – É ônus do trabalhador que alega o descumprimento de obrigações trabalhistas pela terceirizada demonstrar o vínculo com a empresa contratada pela Administração Pública.

---

<sup>25</sup> A inteligência de tais artigos da antiga lei de licitações encontra-se nos arts. 104, III, e 117, *caput*, e § 1º da Lei 14.133/2021.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

II – É ônus do ente público demonstrar que cumpriu os deveres de boa escolha e fiscalização contratual adequada, periódica, documentada e publicizada, voltados a impedir o inadimplemento trabalhista da empresa contratada, englobando, no mínimo: a existência de regulamentação prevendo o modo e a frequência da fiscalização por seus agentes do cumprimento das obrigações trabalhistas; a efetiva realização das fiscalizações em relação à empresa.

Brasília, data da assinatura digital.

*Augusto Aras*  
Procurador-Geral da República  
*Assinado digitalmente*

FRS/LF