

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES (RELATOR):** Neste recurso extraordinário, o cerne da controvérsia está em saber se é constitucional a 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 por empresa contratada, para fins de definição da responsabilidade subsidiária da Administração Pública.

No julgamento da ADC 16, o Plenário declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, com a redação dada pela de n. 9.032/1995 – segundo o qual não se transfere à Administração Pública a responsabilidade pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não adimplidos pelo contratado. O correspondente acórdão recebeu a seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.

(ADC 16, ministro Cezar Peluso, *DJe* de 9 de setembro de 2011)

Posteriormente, ao apreciar o RE 760.931 – Tema n. 246/RG –, complementou o debate acerca da legitimidade da imputação de responsabilidade subsidiária ao poder público por encargos trabalhistas decorrentes do inadimplemento de empresa prestadora de serviço. Na ocasião, firmou 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 8.666/93.

(RE 760.931, Plenário, Redator do acórdão o ministro Luiz Fux, *DJe* de 2 de maio de 2017)

No julgamento de embargos de declaração no recurso extraordinário mencionado, o Colegiado, conquanto tenha rejeitado o recurso, fez constar expressamente que só haverá responsabilidade subsidiária da Administração Pública se comprovada a culpa *in eligendo* ou *in vigilando*. Eis a ementa:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 246 DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EMPRESAS TERCEIRIZADAS. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU ERRO MATERIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Não há contradição a ser sanada, pois a tese aprovada, no contexto da sistemática da repercussão geral, reflete a posição da maioria da Corte quanto ao tema em questão, contemplando exatamente os debates que conduziram ao acórdão embargado.

2. Não se caracteriza obscuridade, pois, conforme está cristalino no acórdão e na respectiva tese de repercussão geral, a responsabilização subsidiária do poder público não é automática, dependendo de comprovação de culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando*, o que decorre da inarredável obrigação da administração pública de fiscalizar os contratos administrativos firmados sob os efeitos da estrita legalidade.

3. Embargos de declaração rejeitados.

(RE 760.931 ED, Plenário, Redator do acórdão o ministro Edson Fachin, *DJe* de 6 de setembro de 2019).

E, aí, surge a controvérsia. Apesar da impossibilidade de responsabilização automática do poder público (art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993), há divergência jurisprudencial nos casos em que, mediante a inversão do ônus probatório, o acórdão recorrido tenha por caracterizada a conduta culposa, uma vez não demonstrada a efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas da prestadora de serviços.

Há precedentes deste Tribunal nos quais afastada a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por ausência de comprovação, nos autos do processo de origem, da culpa *in vigilando*. Cito alguns: Rcl 37.320 AgR, Primeira Turma, Redator do acórdão o ministro Alexandre de Moraes, *DJe* de 18 de junho de 2020; Rcl 26.819 AgR, Primeira Turma, Relator o ministro Luís Roberto Barroso, *DJe* de 23 de junho de 2020; Rcl 16.777 AgR, Primeira Turma, Redator do acórdão o ministro Luiz Fux, *DJe* de 22 de junho de 2020; e Rcl 46.464 AgR, Segunda Turma, Relator o ministro Ricardo Lewandowski, julgamento em 8 de junho de 2021.

Em sentido inverso, atribuindo à Administração o ônus de demonstrar o regular cumprimento de suas obrigações legais, cabe mencionar: Rcl 39.026 AgR, Segunda Turma, Relator o ministro Edson Fachin, julgamento em 20 de outubro de 2020; Rcl 43.496 AgR, Segunda Turma, Relator o ministro Ricardo Lewandowski, julgamento em 16 de novembro de 2020; e Rcl 44.374, ministra Rosa Weber, julgamento em 3 de março de 2021.

Relevante, portanto, **definir de quem é o ônus da prova quanto a eventual conduta culposa na fiscalização das obrigações trabalhistas de prestadora de serviços**. Embora a matéria não tenha sido, em específico, objeto de exame na ADC 16 ou, pela sistemática da repercussão geral, no RE 760.931, há de ser decidida em harmonia com a ótica adotada pelo Tribunal nos paradigmas.

Conforme a ministra Cármen Lúcia realçou no julgamento da ADC 16, a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública, se desacompanhada de demonstração efetiva e suficiente da irregularidade do comportamento, comissivo ou omissivo, quanto à fiscalização do contrato de prestação de serviços, vai de encontro “à Constituição, porque o artigo 37, § 6º, trata de responsabilidade objetiva patrimonial ou extracontratual. Aqui é responsabilidade contratual”, e, “no contrato administrativo, não se transferem ônus à Administração Pública que não são entregues ao contratado” (*DJe* de 9 de setembro de 2011).

Inegável que, em atenção ao princípio da legalidade, à Administração Pública não é dado anuir com o descumprimento de deveres por entes que ela tenha contratado.

Tampouco a falta de fiscalização do adimplemento de obrigações trabalhistas gera, por si só, automática responsabilidade subsidiária do poder público. Com efeito, tal fato, **se e quando** existente, não é capaz de gerar vínculo de natureza trabalhista entre a Administração e o empregado da empresa particular.

**Entendo que o cerne desse tipo de contrato está na transmissão de diversos ônus e responsabilidades, como, por exemplo, a manutenção da estrita obediência à lei no que toca às obrigações trabalhistas. Logo, não faz sentido a Administração Pública contratar empresa e delegar-lhe determinada prestação de serviço, após prévio, regular e rigoroso certame com o preciso objetivo de aferir a higidez da contratada, para depois continuar com os mesmos ônus que teria se não o houvesse feito.**

Quanto a essa questão, na apreciação da ADC 16, integrantes deste Tribunal, já atentos à necessidade de se esclarecerem as balizas pelas quais a Administração Pública poderia vir a ser, excepcionalmente, responsabilizada pela “inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais”, assim se pronunciaram:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – É bem verdade que os pontos que têm sido suscitados pelo TST fazem todo o sentido e talvez exijam dos órgãos de controle, seja TCU, seja Tribunal de Contas do Estado, aqueles responsáveis pelas contas do município, que haja realmente a fiscalização, porque, realmente, o pior dos mundos pode ocorrer para o empregado que prestou o serviço, a empresa recebeu da Administração, mas não cumpriu os deveres elementares. Então, essa questão continua posta e foi o que o TST, de alguma forma, tentou explicitar ao não declarar a inconstitucionalidade da lei e resgatar a ideia da súmula, para que haja essa culpa *in vigilando*, fundamental. Nós tivemos esses casos aqui mesmo na administração do Tribunal e tivemos de fiscalizar, porque pode ocorrer que a empresa terceirizada receba, como sói acontecer, em geral, o Poder Público é adimplente, pelo menos no plano federal essa questão não se coloca, mas não cumpre esses deveres elementares. Talvez, aqui, reclamem-se normas de organização e procedimento por parte dos próprios órgãos que

têm de fiscalizar, inicialmente são os órgãos contratantes e, depois, os órgãos fiscalizadores. De modo que haja talvez até uma exigência de demonstração de que se fez o pagamento, o cumprimento pelo menos das verbas elementares: pagamento de salário, recolhimento da Previdência Social e do FGTS.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Mas já há. A legislação brasileira exige. Só se pode pagar *a posteriori*, por exemplo, nesses casos dos contratos, e se está quitada com a Previdência, porque inclusive a empresa não pode mais contratar. É que talvez ela não esteja sendo cumprida, o que não significa ausência de lei.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) – Vossa Excelência está acabando de demonstrar que a Administração Pública é obrigada a tomar atitude que, quando não toma, configura inadimplemento dela!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Claro, não discordo disso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Na verdade, apresenta quitação em relação à Previdência, aos débitos anteriores.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) – Dela. Isso é que gera responsabilidade que vem sendo reconhecida pela Justiça do Trabalho. Não é a inconstitucionalidade da norma. A norma é sábia. Ela diz que o mero inadimplemento não transfere a responsabilidade. O mero inadimplemento deveras não transfere, mas a inadimplência da obrigação da Administração é que lhe traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho eventualmente pode reconhecer a despeito da constitucionalidade da lei.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – O que estava acontecendo, Presidente, é que, na quadra que se desenhou, a Justiça do Trabalho estava aceitando, de forma irrestrita, a responsabilidade do ente estatal.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) – Agora há de ser no sentido de que ela vai ter de examinar os fatos. Estou de acordo. Vai ter de examinar os fatos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, sabemos o que ocorre quando se edita verbete sobre certa matéria. A tendência é partir-se para a generalização.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE – É muito

pouco provável que a Justiça do Trabalho tenha examinado a responsabilidade desses administradores para definir se houve, ou não, culpa *in eligendo*, se houve, ou não, falta de fiscalização. É bem pouco provável.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) – Se todos estiverem de acordo, eu também supero a preliminar e julgo a ação procedente, porque não tenho dúvida sobre a constitucionalidade.

Depreende-se desse debate que o reconhecimento da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, que veda a transferência ao poder público da responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas e fiscais resultantes da execução de contrato, decorre de entendimento segundo o qual os atos administrativos são presumidamente válidos, legais e legítimos.

Pois bem. Uma vez presumidos válidos, legais e legítimos, os atos da Administração Pública são contestáveis e extinguíveis somente se comprovada ruptura ou afronta ao Direito.

Em outros termos, a autoridade administrativa não está dispensada do ônus da prova, mas cabe ao autor da impugnação demonstrar as irregularidades alegadas, de modo que a presunção de legalidade prevalece até que se prove, de forma idônea e irrefutável, o contrário.

Logo, a responsabilização subsidiária da Administração Pública exige objetiva e cabal comprovação de que ela deixou de observar normas referentes à validade do contrato firmado ou descumpriu o dever de fiscalizar sua execução.

Para afirmar a responsabilidade subsidiária de ente público, é imprescindível prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta daquele e o dano sofrido pelo trabalhador. Do contrário, subsiste o ato administrativo e exime-se a Administração Pública da responsabilidade por obrigações trabalhistas em relação àqueles que não compõem seus quadros.

Reforça esse entendimento a Instrução Normativa n. 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, alterada pela de n. 3/2009, que disciplina a conduta esperada dos gestores responsáveis pela

execução e fiscalização dos contratos administrativos, a repercutir na esfera contratual trabalhista, determinando-se o adimplemento das obrigações acordadas entre a empresa contratada e seus empregados.

Referidas normas refletem a preocupação do poder público em impedir que venha o trabalhador particular a ser prejudicado pela irresponsabilidade da empresa contratada. Esse o motivo para a excepcionalidade da responsabilização subsidiária da Administração Pública, que não se pode dar por mera presunção.

Portanto, descabe transferir para a Administração Pública, por presunção de culpa, a responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, fiscais e previdenciários devidos a empregado de empresa terceirizada. Não lhe é atribuído nem mesmo o dever de provar que não falhou em seus deveres legais.

A demonstração da culpa somente pode decorrer do exame dos elementos probatórios existentes no processo, aptos a revelarem o procedimento culposo do ente público. É, pois, inadmissível a inversão do ônus da prova, com o objetivo de imputar-lhe responsabilização, ainda que subsidiária.

Assim, entendo cabível a responsabilização da Administração Pública apenas nos casos em que houver prova inequívoca de conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos, de modo que é imprescindível comprovar tanto o conhecimento da situação de ilegalidade como a inércia em adotar providências para saná-la.

Ressalte-se que haverá comportamento negligente quando a Administração Pública permanecer inerte após o recebimento de notificação formal e fundamentada de que a empresa contratada está descumprindo suas obrigações trabalhistas, notadamente o pagamento, enviada pelo trabalhador, sindicato, Ministério do Trabalho, Ministério Público do Trabalho, Defensoria Pública ou outro meio idôneo. Ou seja, quando a administração, diante de conhecimento inequívoco de que houve descumprimento das obrigações trabalhistas, ela não toma nenhuma medida para regularização.

Por fim, para evitar comportamento negligente por parte da

administração nos contratos de terceirização, a Administração Pública deverá: (i) exigir da contratada a comprovação de capital social integralizado compatível com o número de empregados, na forma do art. 4º-B da Lei nº 6.019/1974; e (ii) adotar medidas para assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas pela contratada, na forma do art. 121, § 3º, da Lei nº 14.133/2021, tais como condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas do mês anterior.

Essas medidas reforçam obrigações legais específicas que a Administração deve cumprir para mitigar os riscos de inadimplemento. São medidas preventivas eficazes para evitar o inadimplemento por empresas terceirizadas. Embora previstas em lei, tais medidas nem sempre têm sido devidamente exigidas. A exigência de capital social integralizado (efetivamente aportado) compatível com o número de empregados, incluída pela Reforma Trabalhista, bem como a vinculação do pagamento mensal à comprovação de quitação de encargos trabalhistas favorecem a verificação da capacidade econômica da empresa antes e durante a contratação. Isso é especialmente importante para evitar empresas que são constituídas apenas para participar de licitações e não possuem recursos financeiros suficientes para arcar com as obrigações trabalhistas.

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso extraordinário** para, reformando o acórdão recorrido, afastar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública.

Proponho, ainda, a seguinte tese:

1. *Não há responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviços contratada, se amparada exclusivamente na premissa da inversão do ônus da prova, remanescendo imprescindível a comprovação, pelo empregado, da efetiva existência de comportamento negligente ou nexos de causalidade entre o dano por ele invocado e a conduta comissiva ou omissiva do poder público.*

2. *Haverá comportamento negligente quando a Administração Pública permanecer inerte após o recebimento de notificação formal e fundamentada de que a empresa contratada está descumprindo suas obrigações trabalhistas, notadamente o pagamento, enviada pelo*

*trabalhador, sindicato, Ministério do Trabalho, Ministério Público do Trabalho, Defensoria Pública ou outro meio idôneo.*

*3. Nos contratos de terceirização, a Administração Pública deverá: (i) exigir da contratada a comprovação de capital social integralizado compatível com o número de empregados, na forma do art. 4º-B da Lei nº 6.019/1974; e (ii) adotar medidas para assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas pela contratada, na forma do art. 121, § 3º, da Lei nº 14.133/2021, tais como condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas do mês anterior.*

É como voto.