

22/10/2018

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NA RECLAMAÇÃO 26.491 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
AGTE.(S) : AILTON DOS SANTOS BEZERRA
ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AGDO.(A/S) : COMPANHIA PAULISTA DE TRENS
METROPOLITANOS - CPTM
ADV.(A/S) : CILENE FAZAO
INTDO.(A/S) : PIRES SERVIÇOS DE SEGURANÇA E TRANSPORTE
DE VALORES LTDA
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) : TALENTUM ADMINISTRADORA E CORRETORA DE
SEGUROS LTDA
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) : JHF EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) : TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2A
REGIAO
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

EMENTA: DIREITO DO TRABALHO E ADMINISTRATIVO. RECLAMAÇÃO. ARTIGO 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/1993. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO POR DÍVIDAS TRABALHISTAS EM CASO DE TERCEIRIZAÇÃO.

1. O Supremo Tribunal Federal firmou, no julgamento do RE 760.931, Rel. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, 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”.

2. Nesse contexto, a responsabilização do ente público depende da demonstração de que ele possuía conhecimento da situação de ilegalidade e que, apesar disso, deixou de adotar as medidas necessárias para combatê-la.

3. No caso dos autos, a responsabilidade subsidiária do ente

RCL 26491 AGR / SP

público encontra-se embasada exclusivamente na ausência de prova da fiscalização do contrato de terceirização. Desta forma, foi violada a tese jurídica firmada na ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, à luz da interpretação que lhe foi dada no RE 760.931, Rel. p/ o acórdão Min. Luiz Fux.

4. Viabilidade da reclamação, porquanto ajuizada antes de 02.05.2017, data da conclusão do julgamento do tema 246 da repercussão geral. Inexigibilidade de esgotamento das instâncias ordinárias. Precedentes

5. Agravo interno a que se nega provimento.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual, na conformidade da ata de julgamento, por maioria de votos, em negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Relator, vencida a Ministra Rosa Weber. Afastada a aplicação da multa porquanto não atingida a unanimidade prevista no § 4º do art. 1.021 do CPC.

Brasília, 12 a 19 de outubro de 2018.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - RELATOR

22/10/2018

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NA RECLAMAÇÃO 26.491 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
AGTE.(S) : AILTON DOS SANTOS BEZERRA
ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AGDO.(A/S) : COMPANHIA PAULISTA DE TRENS
METROPOLITANOS - CPTM
ADV.(A/S) : CILENE FAZAO
INTDO.(A/S) : PIRES SERVIÇOS DE SEGURANÇA E TRANSPORTE
DE VALORES LTDA
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) : TALENTUM ADMINISTRADORA E CORRETORA DE
SEGUROS LTDA
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) : JHF EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) : TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2A
REGIAO
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

1. Trata-se de agravo interno contra decisão pela qual julguei procedente reclamação, nos seguintes termos:

“DECISÃO:

1. Trata-se de reclamação, com pedido liminar, ajuizada pela Companhia Paulista de Trens Metropolitanos – CPTM contra decisões do TST e do TRT da 2ª Região, sob alegação de violação à autoridade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, e à Súmula Vinculante nº 10.

RCL 26491 AGR / SP

2. A parte reclamante alega que foi condenada, subsidiariamente, ao pagamento de verbas trabalhistas inadimplidas por empresa contratada, sem que houvesse comprovação de sua atuação culposa. Argumenta que tal condenação afronta o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, cuja constitucionalidade foi declarada, com efeitos vinculantes, na decisão proferida na ADC 16.

3. O pedido liminar foi deferido *“para suspender os efeitos da decisão reclamada, porém exclusivamente em relação à parte reclamante”* (doc. 21).

4. Diante da ausência de manifestação da parte beneficiária do ato reclamado, foi-lhe nomeado curador especial (doc. 49). A Defensoria Pública da União apresentou impugnação à reclamação (doc. 53).

5. É o relatório. Decido.

6. Dispensó as informações, bem como a manifestação da Procuradoria-Geral da República, diante do caráter reiterado da matéria (RI/STF, art. 52, parágrafo único).

7. No julgamento da ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/1993. O dispositivo legal assim prevê: *“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”*.

8. Naquela oportunidade, porém, esclareceu o relator que *“isto não significa que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não gere responsabilidade. É outra matéria”*. A partir daí,

RCL 26491 AGR / SP

passou-se a admitir a condenação subsidiária do ente público ao pagamento de verbas trabalhistas inadimplidas por suas contratadas, desde que caracterizada a culpa *in vigilando* ou *in eligendo* da Administração.

9. Assim, alguns precedentes desta Corte negaram seguimento a reclamações ajuizadas contra decisões da Justiça do Trabalho reconhecendo a responsabilidade subsidiária da Administração, desde que fundamentadas em evidências de ausência de fiscalização do contrato. Esta linha foi observada em diversas reclamações sobre o tema, *v.g.*, Rcl 23.282 AgR, Rel. Min. Luiz Fux; Rcl 13.739 AgR, Rel. Min. Rosa Weber; Rcl 12.050 AgR, Rel. Min. Celso de Mello; e Rcl 24.545 AgR, minha relatoria, assim ementada:

Ementa: DIREITO DO TRABALHO E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. PODER PÚBLICO. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. SÚMULA VINCULANTE 10.

1. Decisão reclamada que afirma a responsabilidade subsidiária da Administração por débitos trabalhistas de suas contratadas, quando reconhecida a omissão da contratante na fiscalização da execução do contrato (culpa *in eligendo* ou *in vigilando*).

2. Inexistência de violação à autoridade da decisão proferida na ADC 16.

3. Inexistência de violação à súmula vinculante nº10, devido ao órgão reclamado não efetuar análise de constitucionalidade.

4. Em reclamação, é inviável reexaminar o material fático-probatório dos autos, a fim de rever a caracterização da omissão do Poder Público.

5. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

10. Na prática, contudo, diversas reclamações

RCL 26491 AGR / SP

ajuizadas perante esta Corte indicaram que, diante da decisão proferida nos autos da ADC 16, parte importante dos órgãos da Justiça do Trabalho apenas alterou a fundamentação das suas decisões, mas manteve a postura de condenar automaticamente o Poder Público. Tais decisões invocavam o acórdão proferido na ADC 16 para afirmar que a responsabilidade da Administração não é automática, mas condenavam o ente público por culpa *in vigilando* sem sequer aferirem, em concreto, se a Administração praticou ou não atos fiscalizatórios. A alusão genérica à *culpa in vigilando*, em tais termos, constituía mero recurso retórico por meio do qual, na prática, se continuou a condenar automaticamente a Administração. Nesse sentido: Rcl 20.701, Rcl 20.933, Rcl 21.284, todas sob a minha relatoria.

11. Em outros casos, a Administração Pública é responsabilizada automaticamente, sempre que há inadimplência de obrigações trabalhistas pelas contratadas, a pretexto de que, havendo inadimplência, ou o Poder Público não fiscalizou a contento ou, tendo fiscalizado e tomado ciência da ocorrência de infração à legislação trabalhista, não tomou as providências necessárias a impor a correção, de modo que haveria *culpa in vigilando*. Em todas essas hipóteses, há evidente violação ao precedente proferido na ADC 16.

12. Em razão disso, no julgamento do RE 760.931, Rel. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, propus a seguinte tese de julgamento:

1. Em caso de terceirização, a Administração Pública responde subsidiariamente pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas da empresa contratada, no que respeita aos profissionais que tenham atuado em seu benefício, se restar comprovada falha do Poder Público em seu dever de fiscalizá-la (*culpa in vigilando*) ou em adotar as medidas cabíveis em relação ao inadimplemento. Precedente: ADC 16, rel. Min.

RCL 26491 AGR / SP

Cezar Peluso.

2. Compete à Administração comprovar que houve adequada fiscalização.

3. O dever de fiscalização da Administração acerca do cumprimento de obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas constitui obrigação de meio, e não de resultado, e pode ser realizado através de fiscalização por amostragem, estruturada pelo próprio ente público, com apoio técnico de órgão de controle externo, caso em que gozará de presunção *juris tantum* de razoabilidade.

4. Constatada, pelo Poder Público, a ocorrência de inadimplemento trabalhista pela contratada, as seguintes providências devem ser tomadas: (i) notificar a empresa contratada, assinando-lhe prazo para sanar a irregularidade; (ii) em caso de não atendimento, ingressar com ação judicial para promover o depósito, a liquidação do valor e o pagamento em juízo das importâncias devidas, abatendo tais importâncias do valor devido à contratada.

5. Não é válida a responsabilização subsidiária da Administração Pública: (i) com afirmação genérica de culpa *in vigilando*, sem indicar, com rigor e precisão, os fatos e as circunstâncias que configuram a sua culpa *in vigilando* ou (ii) se for comprovada, pela Administração, a realização de fiscalização por amostragem e a adoção das medidas mitigadoras antes indicadas.

13. Este entendimento, todavia, embora tenha obtido 5 (cinco) votos, não prevaleceu. Com efeito, em 26.04.2017, o Supremo concluiu o julgamento do RE 760.931, paradigma do Tema 246 da repercussão geral. Naquela decisão, o Supremo afastou a condenação subsidiária da União pelas dívidas decorrentes de contrato de terceirização, embora, segundo o TST, não tenha havido o exercício adequado do poder-dever de fiscalização. Ao final, fixou-se a seguinte tese:

“O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos

RCL 26491 AGR / SP

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.”

14. Como se vê, o entendimento adotado no julgamento da repercussão geral afastou a responsabilidade subsidiária do ente público, quando embasada exclusivamente na ausência de prova da fiscalização do contrato de terceirização pela Administração. Por outro lado, não se afirmou categoricamente a total irresponsabilidade da Administração Pública, já que, de acordo com a tese firmada, somente está proibida a transferência automática dos ônus do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empregadora.

15. Nesse contexto, penso que a responsabilização do ente público depende da demonstração de que ele possuía conhecimento da situação de ilegalidade e que, apesar disso, deixou de adotar as medidas necessárias para combatê-la. É dizer: somente está autorizada a mitigação da regra do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/1993, caso demonstrado que a Administração teve ciência do reiterado descumprimento de deveres trabalhistas relativamente ao mesmo contrato de terceirização e que, a despeito disso, permaneceu inerte.

16. Todavia, no caso dos autos, este requisito não foi cumprido. Com efeito, a responsabilidade subsidiária do ente público encontra-se embasada em alusões genéricas à culpa *in eligendo* e *in vigilando*, sem indicar, no entanto, os elementos probatórios que a comprovam. Desta forma, foi violada a tese jurídica firmada na ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, à luz da interpretação que lhe foi dada no RE 760.931, Rel. p/ o acórdão Min. Luiz Fux.

17. Observo, por fim, que a presente reclamação foi

RCL 26491 AGR / SP

ajuizada com base na ADC 16, e antes mesmo da conclusão do julgamento do RE 760.931, novo paradigma para a tese jurídica relacionada ao art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993. Deste modo, inaplicável, na espécie, a exigência de esgotamento das instâncias ordinárias, prevista art. 988, §5º, II, do CPC/2015.

18. No que diz respeito à alegação de violação à Súmula Vinculante nº 10, destaco que o entendimento nela consubstanciado tem por fundamento o art. 97 da Constituição, que veda a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo por órgão fracionário de Tribunal. O objetivo da norma é preservar a presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, cuja superação é considerada tão grave que depende de decisão tomada pela maioria absoluta dos membros da Corte ou de seu Órgão Especial. Naturalmente, ainda mais ofensiva que a simples declaração de invalidade seria o afastamento dissimulado da lei por invocação da Carta. Por isso, a Súmula Vinculante nº 10 considera igualmente nulo o acórdão *“que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”*.

19. Naturalmente, isso não significa que os órgãos fracionários estejam proibidos de *interpretar* a legislação ordinária, com ou sem referência à Constituição. A aplicação do direito pressupõe a definição do seu sentido e alcance. Essa é a atividade cotidiana dos Tribunais e de seus órgãos fracionários. O que não se admite é o *afastamento* do ato, por força de norma constitucional, sem observância da reserva de plenário. A diferença entre as duas hipóteses nem sempre será clara, mas há uma zona de certeza positiva quanto à incidência do art. 97 da Constituição: se o Tribunal de origem esvaziar a lei ou o ato normativo, *i.e.*, se não restar qualquer espaço para a aplicação do diploma, não haverá dúvida de que o que ocorreu foi um *afastamento*, não uma simples interpretação.

RCL 26491 AGR / SP

20. Portanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que não há desrespeito à Súmula Vinculante nº 10 se houve mera interpretação do texto infraconstitucional, sem o esvaziamento de seu sentido. Confira-se, nessa linha, a Rcl 24.316 AgR, Rel. Min. Edson Fachin; a Rcl 24.368 AgR, Rel. Min. Luiz Fux; e a Rcl 24.317 AgR, sob a minha relatoria, cuja ementa transcrevo:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO.
ALEGADA OFENSA À SÚMULA VINCULANTE 10.
TERCEIRIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA LEI.

1. Não viola a reserva de plenário decisão que realiza interpretação sistemática da legislação infraconstitucional sem esvaziá-la.

2. Agravo regimental desprovido, com aplicação de multa prevista no art. 1.021, § 4º e 5º, do CPC/2015. (grifo acrescentado)

21. No caso em análise, o órgão reclamado afastou a aplicação, no caso concreto, do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, mediante interpretação do próprio texto normativo. Em outras palavras, o Tribunal *a quo* entendeu que as circunstâncias fáticas apresentadas não se enquadravam na moldura normativa, sem, no entanto, torná-la letra morta. A ausência de juízo de inconstitucionalidade, portanto, afasta a obrigatoriedade do quórum qualificado previsto no art. 97 da Constituição. Por conseguinte, não há que se falar em ofensa à Súmula Vinculante nº 10.

22. Diante do exposto, com base no art. 161, parágrafo único, do RI/STF, **julgo procedente o pedido**, para cassar a decisão reclamada e determinar que outra seja proferida, à luz do decidido na ADC 16 e tese firmada no RE 760.931 (paradigma do tema 246 da repercussão geral). A presente decisão alcança apenas a condenação da parte reclamante, não afetando a responsabilidade de terceiros.

RCL 26491 AGR / SP

23. Sem honorários, uma vez que o beneficiário da decisão reclamado é assistido pela Defensoria Geral da União.

Publique-se. Intime-se. Comunique-se.

Brasília, 29 de junho de 2018”.

2. A agravante sustenta a inviabilidade da reclamação, porquanto teria sido ajuizada como sucedâneo recursal. Afirmou, ademais, ter sido comprovada, nos autos de origem, a culpa do ente público, o que viabilizaria a sua condenação subsidiária.

3. É o relatório.

22/10/2018

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NA RECLAMAÇÃO 26.491 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

1. Conheço do agravo interno, presentes os seus pressupostos.

2. Conforme ressaltado na decisão recorrida, no julgamento da ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/1993. O dispositivo legal assim prevê: *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.*

3. Naquela oportunidade, porém, esclareceu o relator que isto não significa que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não gere responsabilidade. É outra matéria. A partir daí, passou-se a admitir a condenação subsidiária do ente público ao pagamento de verbas trabalhistas inadimplidas por suas contratadas, desde que caracterizada a culpa *in vigilando* ou *in eligendo* da Administração.

4. Assim, alguns precedentes desta Corte negaram seguimento a reclamações ajuizadas contra decisões da Justiça do Trabalho reconhecendo a responsabilidade subsidiária da Administração, desde que fundamentadas em evidências de ausência de fiscalização do contrato. Esta linha foi observada em diversas reclamações sobre o tema, v.g., Rcl 23.282 AgR, Rel. Min. Luiz Fux; Rcl 13.739 AgR, Rel. Min. Rosa Weber; Rcl 12.050 AgR, Rel. Min. Celso de Mello; e Rcl 24.545 AgR, sob a

RCL 26491 AGR / SP

minha relatoria.

5. Na prática, contudo, diversas reclamações ajuizadas perante esta Corte indicaram que, diante da decisão proferida nos autos da ADC 16, parte importante dos órgãos da Justiça do Trabalho apenas alterou a fundamentação das suas decisões, mas manteve a postura de condenar automaticamente o Poder Público. Tais decisões invocavam o acórdão proferido na ADC 16 para afirmar que a responsabilidade da Administração não é automática, mas condenavam o ente público por culpa *in vigilando* sem sequer aferirem, em concreto, se a Administração praticou ou não atos fiscalizatórios. A alusão genérica à culpa *in vigilando*, em tais termos, constituía mero recurso retórico por meio do qual, na prática, se continuou a condenar automaticamente a Administração. Nesse sentido: Rcl 20.701, Rcl 20.933, Rcl 21.284, todas sob a minha relatoria.

6. Em outros casos, a Administração Pública é responsabilizada automaticamente, sempre que há inadimplência de obrigações trabalhistas pelas contratadas, a pretexto de que, havendo inadimplência, ou o Poder Público não fiscalizou a contento ou, tendo fiscalizado e tomado ciência da ocorrência de infração à legislação trabalhista, não tomou as providências necessárias a impor a correção, de modo que haveria culpa *in vigilando*. Em todas essas hipóteses, há evidente violação ao precedente proferido na ADC 16.

7. Em 26.04.2017, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do RE 760.931, paradigma do Tema 246 da repercussão geral. Naquela decisão, esta Corte afastou a condenação subsidiária da União pelas dívidas decorrentes de contrato de terceirização, embora, segundo o TST, não tenha havido o exercício adequado do poder-dever de fiscalização. Ao final, fixou-se a seguinte tese:

“O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao

RCL 26491 AGR / SP

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".

8. Como se vê, o entendimento adotado no julgamento da repercussão geral afastou a responsabilidade subsidiária do ente público, quando embasada exclusivamente na ausência de prova da fiscalização do contrato de terceirização pela Administração. Por outro lado, não se afirmou categoricamente a total irresponsabilidade da Administração Pública, já que, de acordo com a tese firmada, somente está proibida a transferência automática dos ônus do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empregadora.

9. Nesse contexto, penso que a responsabilização do ente público depende da demonstração de que ele possuía conhecimento da situação de ilegalidade e que, apesar disso, deixou de adotar as medidas necessárias para combatê-la. É dizer: somente está autorizada a mitigação da regra do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/1993, caso demonstrado que a Administração teve ciência do reiterado descumprimento de deveres trabalhistas relativamente ao mesmo contrato de terceirização e que, a despeito disso, permaneceu inerte.

10. No caso dos autos, todavia, este requisito não foi cumprido. Com efeito, a decisão reclamada não demonstrou o conhecimento do ente público sobre a situação de ilegalidade, fundamentando sua responsabilidade exclusivamente na ausência de prova da fiscalização do contrato de terceirização. Desta forma, foi violada a tese jurídica firmada na ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, à luz da interpretação que lhe foi dada no RE 760.931, Rel. p/ o acórdão Min. Luiz Fux.

11. Observo, por fim, que a presente reclamação foi ajuizada com base na ADC 16, e antes mesmo da conclusão do julgamento do RE 760.931, novo paradigma para a tese jurídica relacionada ao art. 71, § 1º,

RCL 26491 AGR / SP

da Lei nº 8.666/1993. Deste modo, inaplicável, na espécie, a exigência de esgotamento das instâncias ordinárias, prevista art. 988, §5º, II, do CPC/2015.

12. Diante do exposto, nego provimento ao agravo interno, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, em caso de decisão unânime.

22/10/2018

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NA RECLAMAÇÃO 26.491 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
AGTE.(S) : AILTON DOS SANTOS BEZERRA
ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AGDO.(A/S) : COMPANHIA PAULISTA DE TRENS
METROPOLITANOS - CPTM
ADV.(A/S) : CILENE FAZAO
INTDO.(A/S) : PIRES SERVIÇOS DE SEGURANÇA E TRANSPORTE
DE VALORES LTDA
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) : TALENTUM ADMINISTRADORA E CORRETORA DE
SEGUROS LTDA
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) : JHF EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) : TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2A
REGIAO
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

A Senhora Ministra Rosa Weber: Trata-se de agravo regimental em reclamação constitucional interposto em face de decisão do Ministro Roberto Barroso em que julgado procedente o pedido para cassar o acórdão proferido pelo TRT da 2ª Região, que negara provimento ao recurso ordinário da CPTM, mantida a responsabilidade subsidiária pela satisfação de créditos trabalhistas decorrentes de prestação de serviços por meio de terceirização. Determinou o Ministro Relator que outra decisão seja proferida à luz do decidido na ADC 16 e da tese firmada no RE 760.931 em repercussão geral (Tema 246).

Propõe o Ministro Relator o desprovimento do agravo regimental porquanto entende configurada a violação de decisão desta Suprema Corte proferida na ADC 16, ajuizada a reclamação em 02.5.2017¹, antes da conclusão do julgamento do Tema 246 da repercussão geral.

Peço vênias para divergir do Ministro Relator.

1 Recibo de petição eletrônica registra o envio da reclamação em 22.2.2017

RCL 26491 AGR / SP

Extraio da decisão reclamada no exame do caso concreto fundamento alicerçado na conduta omissiva culposa do ente público na fiscalização da prestadora dos serviços:

[...] No caso, não há evidência nenhuma do exercício de fiscalização por parte da CPTM, o que caracteriza culpa. O inadimplemento, obviamente, ocorreu.

Em 26.4.2017, julgado o mérito da repercussão geral no bojo do Recurso Extraordinário 760.931, em que redator designado para o acórdão o Ministro Luiz Fux, esta Suprema Corte, por maioria, fixou a tese de que:

"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". (destaquei)

Reproduzo o teor da ementa do acórdão, publicado em 12.9.2017, proferido no recurso extraordinário paradigma da repercussão geral:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE

RCL 26491 AGR / SP

CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES. (...) 7. O art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ao definir que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, representa legítima escolha do legislador, máxime porque a Lei nº 9.032/95 incluiu no dispositivo exceção à regra de não responsabilização com referência a encargos trabalhistas. 8. Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 já reconhecida por esta Corte em caráter *erga omnes* e vinculante: ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010. 9. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte admitida, julgado procedente para fixar a seguinte tese para casos semelhantes: “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 760931, Tribunal Pleno, DJe-206 12.9.2017 - destaquei)

Nesse sentir, observado o julgamento do RE 760.931, tenho por corroborada a minha compreensão acerca do quanto decidido por esta Suprema Corte já ao exame da ADC 16 – precisamente a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8666/93 e a consequente inviabilidade da imputação automática da responsabilidade subsidiária à Administração Pública, como mera consequência do inadimplemento por parte da prestadora de serviços de direitos trabalhistas.

A tese de repercussão geral fixada por esta Casa, além de reafirmar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8666/93, nos moldes em que decidido ao exame da ADC 16, assenta não a absoluta irresponsabilidade da Administração Pública, na qualidade de tomadora dos serviços, mas, sim, a possibilidade de a ela se imputar - desde que tal não se opere automaticamente - a responsabilidade subsidiária pelos encargos trabalhistas dos empregados.

RCL 26491 AGR / SP

A vedação está, portanto, na imputação “automática” da responsabilidade, sem que reste evidenciada a conduta culposa – na modalidade *in vigilando* - da Administração Pública no cumprimento e/ou na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais (Lei nº 8.666/93), por parte da empresta prestadora.

Obsta a tese da repercussão geral (Tema nº 246) que se impute a responsabilidade à Administração Pública tão somente como corolário do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa contratada, entendimento por mim já adotado inúmeras vezes, à luz das balizas anteriormente firmadas por esta Casa ao exame da ADC 16.

Assim, entendo que o reconhecimento judicial da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, nas hipóteses em que, examinado o caso concreto, restar evidenciada conduta omissiva culposa, opera-se não somente em perfeita harmonia à tese da repercussão geral fixada no bojo do RE 760.931, como também ao quanto decidido na ADC 16, e, nesse sentido, em estrita conformidade com o ordenamento jurídico (Lei nº 8.666/93).

Respeitadas tais premissas, entendo que a decisão reclamada - ao contemplar o exame do caso concreto com base nas provas, bem como a conclusão pela conduta omissiva culposa do ente público na fiscalização da prestadora dos serviços – se encontra em absoluta consonância com o quanto decidido na ADC 16. Nesse sentir, eventual acerto ou desacerto daquela conclusão há de ser apreciado por meio dos remédios processuais adequados, não se prestando a reclamação constitucional a reexame da prova.

Limitado, outrossim, o julgamento da ADC 16 a obstaculizar a responsabilização subsidiária automática da Administração Pública - como mera decorrência do inadimplemento da prestadora de serviços -, não resultou enfrentada a questão da distribuição do ônus probatório, tampouco estabelecidas balizas para a apreciação da prova ao julgador, a inviabilizar o manejo da reclamação com espreque em alegada afronta à ADC 16 sob tais enfoques, conforme já decidido em várias reclamações:

RCL 26491 AGR / SP

Rcl 14832/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 19.11.2012 , Rcl 15194/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 18.3.2013, Rcl 15385/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 15.3.2013.

No ponto, cumpre igualmente assentar que, ao julgamento do RE 760.931, esta Suprema Corte, muito embora tenha debatido aspectos acerca das regras de distribuição do ônus da prova na espécie, culminou por não fixar balizas, respeitada, a meu juízo, a soberania das instâncias ordinárias no exame do acervo fático-probatório, cujo revolvimento é de todo vedado na instância extraordinária, assim como no bojo da reclamação constitucional.

De outra parte, conforme se extrai dos precedentes que deram origem à Súmula Vinculante nº 10, o seu fundamento reside na necessária observância pelos órgãos fracionários dos tribunais do postulado da reserva de plenário (art. 97 da Constituição Federal) como condição de validade e eficácia da declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos, seja no controle abstrato, seja no controle incidental.

É sabido que, expressa ou implicitamente, a atividade hermenêutica, própria dos órgãos jurisdicionais, é iluminada pela Constituição da República, ápice da pirâmide normativa. Fixada tal premissa, entendo que a mera interpretação de determinada norma à luz da Lei Fundamental, por órgão fracionário de tribunal, não configura violação da reserva de plenário, tampouco afronta à Súmula Vinculante 10.

Diferentemente é a situação em que a interpretação conferida a determinada norma pelo órgão julgador acaba por deixá-la à margem do ordenamento jurídico, sem qualquer aplicabilidade. Isso pode ocorrer de forma direta – com o reconhecimento da inconstitucionalidade – ou indireta – com o completo esvaziamento do conteúdo da norma –, a eliminar suas hipóteses de incidência.

Anoto, pela pertinência, o seguinte pronunciamento acerca dos pilares da Súmula Vinculante 10/STF:

“6. O fundamento da Súmula Vinculante nº 10 é o art. 97 da Constituição, que veda a *declaração de inconstitucionalidade* de lei ou ato normativo por órgão fracionário de tribunal. O

RCL 26491 AGR / SP

objetivo da norma é preservar a *presunção de constitucionalidade* dos atos do Poder Público, cuja superação é considerada tão grave que depende de decisão tomada pela maioria absoluta dos membros da corte ou de seu órgão especial. Naturalmente, ainda mais ofensiva que a simples declaração de invalidade seria o afastamento dissimulado da lei por invocação da Carta. Por isso é que a Súmula Vinculante nº 10 considera igualmente nulo o acórdão '*que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte*'. 7. Naturalmente, isso não significa que os órgãos fracionários estejam proibidos de *interpretar* a legislação ordinária, com ou sem referência à Constituição. A aplicação do direito pressupõe a definição do seu sentido e alcance. Essa é a atividade cotidiana dos tribunais e – diga-se – de seus órgãos fracionários. O que não se admite é o *afastamento* do ato, por força de norma constitucional, sem observância da reserva de plenário. 8. A diferença entre as duas hipóteses nem sempre será clara, mas há uma zona de certeza positiva quanto à incidência do art. 97: se o tribunal de origem esvaziar a lei ou o ato normativo – *i.e.*, se não restar qualquer espaço para a aplicação do diploma –, não haverá dúvida de que o que ocorreu foi um *afastamento*, e não uma simples interpretação" (Rcl 16.903 MC/PE, Rel. Min Roberto Barroso, DJe 05.2.2014).

Por outro lado, consabido que a via estreita da reclamação não pode ser utilizada para reexame do ato reclamado, porquanto não se presta à substituição de espécie recursal, não compete ao STF, na presente ação, aferir o acerto, ou não, da interpretação conferida pelo órgão fracionário do Tribunal reclamado aos aspectos fáticos constantes dos autos.

Acresço, por fim, decisões desta Suprema Corte posteriores à fixação da tese da repercussão geral sobre a matéria (Tema nº 246), nos quais mantida a decisão reclamada, ao entendimento de que imputada a responsabilidade subsidiária ante o efetivo reconhecimento da culpa *in vigilando* da Administração Pública. No âmbito 2ª Turma, colho os

RCL 26491 AGR / SP

seguintes julgados:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. ADC 16. ART. 71, § 1º, DA LEI 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 1. É improcedente a reclamação quando o ato reclamado não contraria a decisão proferida na ADC 16. 2. Não é cabível o manejo de reclamação para se obter o reexame do conjunto fático-probatório dos autos. 3. Agravo regimental, interposto em 15.08.2016, a que se nega provimento.” (Rcl 24708 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, julgado em 12/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-116 DIVULG 01-06-2017 PUBLIC 02-06-2017)

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. ADC 16. ART. 71, § 1º, DA LEI 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 1. É improcedente a reclamação quando o ato reclamado não contraria a decisão proferida na ADC 16. 2. Não é cabível o manejo de reclamação para se obter o reexame do conjunto fático-probatório dos autos. 3. Agravo regimental, interposto em 24.2.2017, a que se nega provimento.” (Rcl 26240 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, julgado em 01/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-210 DIVULG 15-09-2017 PUBLIC 18-09-2017)

E, em sede de juízo monocrático, destaco as seguintes decisões pela improcedência da reclamação, não acolhida a tese da “transferência automática da responsabilidade” ao Poder Público - rigorosamente assentado na decisão reclamada o detido exame da moldura fática, a comprovar a culpa *in vigilando* da Administração -, em total consonância com a jurisprudência firmada por esta Suprema Corte ao julgamento do Tema 246 da repercussão geral (RE 760931): Rcl 28107, Relator Min. EDSON FACHIN, DJe-214 21.9.2017; Rcl 25408, Relator Min. CELSO DE MELLO, DJe-208 14.9.2017; Rcl 20895, Relator Min. CELSO DE MELLO,

RCL 26491 AGR / SP

DJe-207 13.9.2017; Rcl 25888 MC, Relator Min. CELSO DE MELLO, DJe-207 13.9.2017; Rcl 27381 MC, Relator Min. CELSO DE MELLO, DJe-207 13.9.2017; Rcl 26578 MC, Relator Min. CELSO DE MELLO, DJe-207 13.9.2017; Rcl 25549 MC, Relator Min. CELSO DE MELLO, DJe-206 12.9.2017; Rcl 24111, Relator Min. CELSO DE MELLO, DJe-207 13.9.2017; Rcl 27864, Relator Min. EDSON FACHIN, DJe-206 PUBLIC 12.9.2017; Rcl 25622, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe-174 08.8.2017; Rcl 27387, Relator Min. EDSON FACHIN, DJe-168 1º.8.2017; Rcl 27468, Relator Min. EDSON FACHIN, DJe-168 1º.8.2017; e Rcl 26289, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe-111 26.5.2017.

Ante o exposto, divirjo do Ministro Relator para dar provimento ao agravo regimental e julgar improcedente o pedido.

É o meu voto.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NA RECLAMAÇÃO 26.491

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

AGTE.(S) : AILTON DOS SANTOS BEZERRA

ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AGDO.(A/S) : COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS - CPTM

ADV.(A/S) : CILENE FAZAO (180553/SP)

INTDO.(A/S) : PIRES SERVIÇOS DE SEGURANÇA E TRANSPORTE DE VALORES
LTDA

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S) : TALENTUM ADMINISTRADORA E CORRETORA DE SEGUROS LTDA

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S) : JHF EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S) : TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2A REGIAO

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

Decisão: A Turma, por maioria, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Relator, vencida a Ministra Rosa Weber. Afastada a aplicação da multa porquanto não atingida a unanimidade prevista no § 4º do art. 1.021 do CPC. Primeira Turma, Sessão Virtual de 12.10.2018 a 19.10.2018.

Composição: Ministros Alexandre de Moraes (Presidente), Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Luís Roberto Barroso.

Cintia da Silva Gonçalves
Secretária da Primeira Turma