

PRINCIPAIS JULGADOS DO STF

Compilação dos Informativos nos 909 a 913¹

DIREITO ADMINISTRATIVO

Concurso Público

Tema: Posse em concurso público e exercício determinados por decisões precárias. Concessão de aposentadoria voluntária.

A Primeira Turma, em face da inaplicabilidade das orientações estabelecidas no RE 608.482, julgado sob o rito da repercussão geral (Tema 476), deu provimento ao agravo interno com vistas a negar seguimento ao recurso extraordinário em que se discutia a validade de portaria que tornou sem efeito ato de nomeação e posse de servidora pública.

O colegiado rememorou que o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar o RE 608.482, decidiu pela inaplicabilidade da “teoria do fato consumado” a candidato que assumiu o cargo em razão de decisão judicial de natureza precária e revogável. Naquele julgado, a Corte entendeu que, em face das disposições constitucionais que regem o acesso a cargos públicos, é incabível justificar a permanência de alguém que tomou posse em razão de decisão judicial de caráter precário, com fundamento nos princípios da boa-fé e da proteção da confiança legítima. Entretanto, no julgamento do precedente, não foram contempladas as hipóteses em que servidor, em razão do decurso do tempo no exercício do cargo, tem a aposentadoria concedida pela administração pública.

Afirmou-se que especificidades — em especial o decurso de mais de 21 anos no cargo e a concessão de aposentadoria voluntária pela Administração Pública — diferem das circunstâncias do indigitado “leading case”. No caso concreto, em razão do elevado grau de estabilidade da situação jurídica, o princípio da proteção da confiança legítima incide com maior intensidade.

A Turma entendeu que a segurança jurídica, em sua perspectiva subjetiva, protege a confiança legítima e preserva fatos pretéritos de eventuais modificações

1 Fonte: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/2018Agosto.htm>

na interpretação jurídica, bem como resguarda efeitos jurídicos de atos considerados inválidos por qualquer razão.

A aplicação do princípio da proteção da confiança, portanto, pressupõe a adoção de atos contraditórios pelo Estado que frustrem legítimas expectativas nutridas por indivíduos de boa-fé. Naturalmente, tais expectativas podem ser frustradas não apenas por decisões administrativas contraditórias, mas também por decisões judiciais.

RE 740029 AgR/DF, rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 14.8.2018. (Informativo 911, Primeira Turma)

DIREITO DO TRABALHO

Terceirização

Tema: Justiça do Trabalho e terceirização de atividade-fim

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.

Ao fixar essa tese de repercussão geral (Tema 725), o Plenário, em conclusão de julgamento conjunto e por maioria, julgou procedente o pedido formulado em arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e deu provimento a recurso extraordinário (RE) para considerar a licitude da terceirização de atividade-fim ou meio (Informativos 911 e 912).

No caso, o pedido de inclusão da ADPF em pauta e o reconhecimento da repercussão geral foram anteriores à edição das Leis 13.429/2017 e 13.467/2017.

Prevaleceram os votos dos ministros Roberto Barroso (relator da ADPF) e Luiz Fux (relator do RE).

O ministro Roberto Barroso advertiu que, no contexto atual, é inevitável que o Direito do Trabalho passe, nos países de economia aberta, por transformações. Além disso, a Constituição Federal (CF) não impõe a adoção de um modelo de produção específico, não impede o desenvolvimento de estratégias de produção flexíveis, tampouco veda a terceirização.

O conjunto de decisões da Justiça do Trabalho sobre a matéria não estabelece critérios e condições claras e objetivas que permitam a celebração de terceirização com segurança, de modo a dificultar, na prática, a sua contratação.

A terceirização das atividades-meio ou das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade.

Por si só, a terceirização não enseja precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos previdenciários. Terceirizar não significa necessariamente reduzir custos. É o exercício abusivo de sua contratação que pode produzir tais violações.

Para evitar o exercício abusivo, os princípios que amparam a constitucionalidade da terceirização devem ser compatibilizados com as normas constitucionais de tutela do trabalhador, cabendo à contratante observar certas formalidades.

É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, de forma que não se configura relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. Porém, na terceirização, compete à contratante verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada e responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias.

A responsabilização subsidiária da tomadora dos serviços pressupõe a sua participação no processo judicial.

A decisão na ADPF não afeta os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada.

Por sua vez, o ministro Luiz Fux consignou que os valores do trabalho e da livre iniciativa são intrinsecamente conectados, em relação dialógica que impede a rotulação de determinada providência como maximizadora de apenas um deles.

O Enunciado 331 (1) da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho (TST) foi considerado inconstitucional por violar os princípios da livre iniciativa e da liberdade contratual.

O direito geral de liberdade, sob pena de tornar-se estéril, somente pode ser restringido por medidas informadas por parâmetro constitucionalmente legítimo e adequadas ao teste da proporcionalidade. É necessária argumentação sólida para mitigar liberdade constitucional.

Cumpra ao proponente da limitação o ônus de demonstrar empiricamente a necessidade e a adequação de providência restritiva. A segurança das premissas deve atingir grau máximo quando embasar restrições apresentadas fora da via legislativa.

A terceirização não fragiliza a mobilização sindical dos trabalhadores. Ademais, as leis trabalhistas são de obrigatoria observância pela empresa envolvida na cadeia de valor, tutelando-se os interesses dos empregados.

A dicotomia entre a atividade-fim e atividade-meio é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência 21 possível. Frequentemente, o produto ou o serviço final comercializado é fabricado ou prestado por agente distinto. Igualmente comum, a mutação constante do objeto social das empresas para atender à necessidade da sociedade.

A terceirização resulta em inegáveis benefícios aos trabalhadores, como a redução do desemprego, crescimento econômico e aumento de salários, a favorecer a concretização de mandamentos constitucionais, como a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, sem prejuízo da busca do pleno emprego.

O escrutínio rigoroso das premissas empíricas assumidas pelo TST demonstra a insubsistência das afirmações de fraude e precarização. A alusão, meramente retórica, à interpretação de cláusulas constitucionais genéricas não é suficiente a embasar disposição restritiva ao direito fundamental, motivo pelo qual deve ser afastada a proibição [CF, artigos 1º, IV (2); 5º, II (3); e 170 (4)].

É aplicável às relações jurídicas preexistentes à Lei 13.429/2017 a responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica contratante pelas obrigações trabalhistas não adimplidas pela empresa prestadora de serviços, bem como a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias devidas por esta, mercê da necessidade de se evitar o vácuo normativo resultante da insubsistência do Verbete 331 da Súmula do TST.

O ministro Alexandre de Moraes sublinhou que a intermediação ilícita de mão-de-obra, mecanismo fraudulento combatido pelo Ministério Público do Trabalho, não se confunde com a terceirização de atividade-fim.

Vencidos os ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que julgaram improcedente o pedido formulado na ADPF e negaram provimento ao RE. Para eles, a orientação contida no verbete é compatível com a Constituição, adveio da análise do arcabouço normativo da época, à luz da Consolidação das Leis do Trabalho, antes da reforma de iniciativa legislativa. O ministro Marco Aurélio não se pronunciou quanto à tese.

⁽¹⁾ Enunciado 331 do TST: “I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei 6.019, de 3.1.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7.102, de 20.6.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimple-

mento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.”

- (2) CF: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”
- (3) CF: “Art. 5º (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”
- (4) CF: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)”

ADPF 324/DF, rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 29 e 30.8.2018.

RE 958252/MG, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 29 e 30.8.2018.

(Informativo 913, Plenário)

REPERCUSSÃO GERAL

Direito Constitucional – Administração Pública

Prescritibilidade de ação de ressarcimento por ato de improbidade administrativa

O Plenário iniciou julgamento de recurso extraordinário, no qual se discute a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa praticado por agente público [CF, art. 37, §§ 4º e 5º (1)].

O ministro Alexandre de Moraes (relator) negou provimento ao recurso e manteve o acórdão recorrido, que extinguiu o processo pela prescrição. Ele foi acompanhado pelos ministros Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes.

Como premissa, o relator considerou ser necessária a comprovação da responsabilidade subjetiva, por dolo ou culpa, para a condenação por ato de im-

probidade administrativa [Lei 8.429/1992, artigos 9 a 11 (2)]. A aplicação das sanções previstas no art. 12 (3) da Lei de Improbidade — inclusive a de ressarcimento ao erário — exige também o cumprimento do devido processo legal e a observância da ampla defesa e do contraditório, na ação específica prevista nos artigos 14 a 18 do mesmo diploma legal, e no prazo fixado para seu ajuizamento [Lei 8.429/1992, art. 23 (4)].

Ademais, apontou o equívoco que tem ocorrido, por parte do Ministério Público ou de qualquer outro legitimado, no ajuizamento de ações autônomas de ressarcimento sem observância do rito da Lei de Improbidade, diante da prescrição das demais sanções do referido art. 12, salvo o ressarcimento, em prejuízo para a defesa e baseada na responsabilidade objetiva.

Se as sanções estão prescritas, nos termos da lei, sendo inviável o ajuizamento da ação de improbidade, seria também incabível a formulação de uma demanda apenas com o pedido de ressarcimento, sem comprovação do ato de improbidade e em desrespeito ao rito legal.

Para o relator, também inexistente previsão constitucional expressa de imprescritibilidade da sanção de ressarcimento ao erário pela prática de ato de improbidade administrativa. As únicas exceções à prescritibilidade estão contidas nos incisos XLII e XLIV do art. 5º (5) e no § 3º do art. 183 da CF (6). Portanto, a CF adotou, como regra, a prescritibilidade da pretensão punitiva do Estado: a imprescritibilidade fere os princípios da segurança jurídica e da ampla defesa.

Exatamente em respeito ao devido processo legal, o legislador consagrou o mandamento do § 4º do art. 37 da CF e editou a Lei 8.429/1992, que previu os prazos prescricionais em seu art. 23. O relator reputou não ser razoável que, considerando-se as mesmas condutas geradoras tanto de responsabilidade civil quanto de responsabilidade penal, houvesse a imprescritibilidade implícita de uma única sanção pela prática de um ilícito civil definido como ato de improbidade, e não a houvesse na esfera penal, que é de maior gravidade.

Frisou, ademais, o fato de a Assembleia Nacional Constituinte ter retirado, da redação original do § 4º do art. 44 (7), correspondente ao atual § 5º do art. 37 da CF, a expressão final “que serão imprescritíveis”, como demonstração de clara e consciente opção em privilegiar a segurança jurídica.

A permanência da referida ressalva, mesmo depois da retirada dessa expressão, se deu para permitir a recepção dos prazos prescricionais existentes para as ações de ressarcimento decorrentes de graves condutas de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública pela legislação então em vigor, até que fosse editada a lei específica exigida pelo § 4º do referido artigo. Não foi estabelecida, dessa forma, hipótese implícita de imprescritibilidade.

Concluiu não haver qualquer previsão de imprescritibilidade nos §§ 4º e 5º do art. 37 em relação à sanção de ressarcimento ao erário por condenação pela prática de ato de improbidade administrativa, que deve seguir os mesmos prazos prescricionais do art. 23 da Lei 8.249/1992, com a complementação de que, se o ato também for capitulado como crime, deverá ser considerado o prazo prescricional estabelecido na lei penal.

Em divergência, o ministro Edson Fachin deu provimento ao recurso para restabelecer a sentença de primeiro grau, que assegurou o ressarcimento integral do dano causado ao erário. Para ele, a ressalva contida no § 5º do art. 37 da CF teve por objetivo decotar do comando contido na primeira parte as ações cíveis de ressarcimento.

Reconheceu haver solidez no argumento de que essa ressalva diz respeito a dois regramentos distintos relativos à prescrição. Um para os ilícitos praticados por agentes, sejam eles servidores ou não, e outro para as ações de ressarcimento decorrente de atos de improbidade, dotada de uma especialidade ainda maior.

Asseverou que a matéria diz respeito à tutela dos bens públicos e que não há incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito, ou com o Estado de Direito Democrático, sustentar a imprescritibilidade das ações de ressarcimento em matéria de probidade, eis que não raras vezes a prescrição é o biombo por meio do qual se encobre a corrupção e o dano ao interesse público.

Para o ministro Fachin, a segurança jurídica não leva a autorizar a proteção pelo decurso do lapso temporal a quem causar prejuízo ao erário e locupletar-se da coisa pública. A imprescritibilidade constitucional não implica uma injustificada e eterna obrigação de guarda pelo particular de elementos probatórios aptos à conclusão de que inexistente o dever de ressarcir, mas da afirmação de importante proteção da coisa pública.

A ministra Rosa Weber também deu provimento ao recurso, mas pelo fundamento de que a imprescritibilidade a que se refere o § 5º diz respeito apenas às ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como improbidade administrativa e como ilícitos penais, numa interpretação sistemática dos §§ 4º e 5º do art. 37 da CF.

Em seguida, o julgamento foi suspenso.

⁽¹⁾ CF: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. § 5º A lei estabelecerá os prazos

de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”

- (2) Lei 8.429/1992: “Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...); Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...); Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: (...)”
- (3) Lei 8.429/1992: “Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (...)”
- (4) Lei 8.429/1992: “Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego. III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei.”
- (5) CF: “Art. 5º XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;”
- (6) CF: “Art. 183. (...) § 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.”
- (7) Projeto de Constituição (A): “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento, que serão imprescritíveis.”

RE 852475/SP, rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 2.8.2018. (RE-852475)