

Procuradoria Geral do Estado

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL 7.517 E A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR DÉBITOS TRABALHISTAS

Thiago Luís Santos Sombra

Prêmio “O Estado em Juízo”

2011

Série

Estudos



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

GERALDO ALCKMIN

Governador do Estado

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Elival da Silva Ramos

Procurador-Geral do Estado

José Renato Ferreira Pires

Procurador-Geral do Estado Adjunto

Silvia Helena Furtado Martins

Procuradora do Estado Chefe de Gabinete

Mariângela Sarrubbo Fragata

Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

**Reclamação Constitucional 7.517
e a responsabilidade subsidiária
da Administração Pública por
débitos trabalhistas**

Thiago Luís Santos Sombra

Prêmio “O Estado em Juízo”

2011

Série Estudos n. 20



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

CENTRO DE ESTUDOS

Procuradora do Estado Chefe

Mariângela Sarrubbo Fragata

Assessoria

Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Camila Rocha Schwenck e Luiz Henrique Tamaki

ESCOLA SUPERIOR DA PGE

Diretora

Patrícia Ulson Pizarro Werner

Vice-diretora

Marily Diniz do Amaral Chaves

Comissão Julgadora do Prêmio “O Estado em Juízo” 2011

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Patrícia Faga Iglecias Lemos e Roque Antonio Carrazza

Redação e Correspondência

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo

Procurador responsável: Luiz Henrique Tamaki

Rua Maria Paula, 67 – 10º andar – CEP 01319-906 – São Paulo – SP – Brasil. Telefone:

(11) 3130-9500. Home Page: www.pge.sp.gov.br

E-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

Sombra, Thiago Luís Santos

Reclamação Constitucional 7.517 e a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas

São Paulo - Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, 2011. 96 p. ; 23 cm. – (Série estudos ; n. 20).

Tese Laureada com o Prêmio “O Estado em Juízo” 2011.

1. Reclamação Constitucional 2. Responsabilidade Subsidiária do Ente Público
3. ADC 16/DF - I. Título.

CDD-352.1

CDU-351.9:654.01

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Hercília Maria de Oliveira do Nascimento (CRB-8/7.698), Diretora Técnica de Serviço de Biblioteca e Documentação do CE/PGE.

**PROCURADORIA-GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO
Centro de Estudos**

SÉRIE ESTUDOS
Volumes Publicados

1. Direito Tributário: conferências
2. Ação Direta do Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais em Tese
3. Seminário sobre a Execução da Dívida Ativa, São Paulo, 1980
4. Seminário sobre a Execução da Dívida Ativa, n. 2, São Paulo, 1981
5. Prêmio “O Estado em Juízo” - 1983
6. Prêmio “Procuradoria Geral do Estado” - 1984
7. Prêmio “O Estado em Juízo” - 1985
8. Prêmio “O Estado em Juízo” - 1991
9. Plano Estratégico de Informatização da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo 1992/93
10. Prêmio “Procuradoria-Geral do Estado” - 1992
11. Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade
12. Direitos Humanos: Legislação e Jurisprudência
13. Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: Legislação e Jurisprudência
14. Direitos Humanos no Cotidiano Jurídico
15. Prêmio “O Estado em Juízo” - 2003
16. Prêmio “Procuradoria-Geral do Estado” – 2004
17. Prêmio “Procuradoria-Geral do Estado” – 2008
18. Prêmio “O Estado em Juízo” – 2009
19. Prêmio “Procuradoria-Geral do Estado” - 2010

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| APRESENTAÇÃO | 11 |
| INTRODUÇÃO AO TRABALHO..... | 13 |
| RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL COM PEDIDO DE LIMINAR | 23 |
| I – Da Inobservância da Súmula Vinculante n. 10 do STF – Cláusula de Reserva de Plenário – Artigo 97 da CF..... | 23 |
| II – Do Cabimento da Reclamação..... | 27 |
| III – Da Concessão da Liminar <i>Inaudita Altera Pars</i> | 30 |
| IV – Pedido..... | 32 |
| PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA..... | 34 |
| DECISÃO MONOCRÁTICA | 37 |
| AGRAVO INTERNO | 40 |
| ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL..... | 46 |
| ACÓRDÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO | 83 |

APRESENTAÇÃO

Coube a mim a honrosa missão de redigir a apresentação do prêmio “O Estado em Juízo”, edição de 2011. E a tarefa se mostra deveras gratificante por dois fatores em especial.

O primeiro é o destinatário da premiação: o Procurador do Estado Thiago Luís Santos Sombra é exemplo de dedicação à Instituição. Em sua – ainda curta (ingressou em 2006) – carreira na Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, destacou-se atuando, inicialmente, na Procuradoria de Assistência Judiciária da Capital. Posteriormente, já na área do Contencioso, atuou na Procuradoria Regional da Grande São Paulo tendo, depois, se removido para a Procuradoria do Estado de São Paulo em Brasília (PESP), onde exerce atualmente suas atividades. Registro, ainda, sua realçada atuação, como Conselheiro eleito, junto ao Conselho da PGE (biênio 2007/2008).

O segundo fator de regozijo diz respeito ao próprio trabalho premiado. Não apenas pela relevância do tema tratado, mas, notadamente, pela estratégia processual engendrada, a qual se revelou exitosa, tendo gerado grande repercussão no meio jurídico devido à alteração do posicionamento, até então, sólido dos órgãos da Justiça do Trabalho acerca do assunto.

A Reclamação Constitucional n. 7.517/SP, distribuída ao Min. Ricardo Lewandowski, marcou o início de uma ofensiva contenciosa por parte da Fazenda do Estado de São Paulo que acabou por envolver as Procuradorias de outros Estados e a Advocacia Geral da União e, por fim, influenciou, significativamente, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 16/DF.

O cerne da controvérsia envolve a responsabilidade subsidiária da Administração Pública em relação aos débitos trabalhistas das empresas contratadas, à luz do artigo 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 1993, e do Enunciado 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Por conta das inúmeras Reclamações ajuizadas na esteira da Reclamação 7.517-SP, a ADC nº 16/DF foi conhecida e julgada procedente para declarar a constitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/93. Todas as Reclamações ajuizadas também foram julgadas procedentes acarretando na reformulação do Enunciado 331, IV, pelo TST, o qual responsabilizava subsidiariamente a Administração Pública em relação aos débitos trabalhistas, quando contratante de qualquer serviço de terceiro especializado.

O julgamento da ADC nº 16/DF, como se vê, foi um divisor de águas alterando o entendimento antes consolidado pelo TST e demais órgãos da Justiça do Trabalho no sentido de atribuir, a despeito da legislação vigente, uma responsabilidade objetiva ao tomador do serviço.

Que o exemplo de atuação engenhosa, trazido através da Reclamação 7.517-SP, se reproduza em outras questões e situações enfrentadas pela Procuradoria-Geral do Estado, especialmente na área do contencioso.

Para se triunfar na advocacia pública contenciosa contemporânea, para além do conhecimento profundo da ciência do Direito, há que se ter um planejamento permanente e pontual da ação estratégica.

Essa forma de pensar provavelmente norteou a comissão composta pelos destacados juristas Doutores Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Patrícia Faga Iglecias Lemos e Roque Antonio Carrazza, ao decidir, por unanimidade de votos, indicar o impecável trabalho realizado pelo Procurador do Estado Thiago Luís Santos Sombra para recebimento do prêmio “O Estado em Juízo 2011”.

FERNANDO FRANCO

Subprocurador-Geral do Estado
Área do Contencioso Geral

INTRODUÇÃO AO TRABALHO

Com o escopo de fielmente retratar as diretrizes do trabalho apresentado para concorrer ao Prêmio “O Estado em Juízo”, a saber, a **Reclamação Constitucional n. 7.517/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski**, a qual influenciou significativamente no julgamento da ADC 16/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, e a reformulação do enunciado 331, IV, da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho, serão explicitados alguns aspectos pertinentes à estratégia processual adotada.

O cerne da controvérsia envolve a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas de sociedades empresárias, à luz do §1.º do artigo 71 da Lei n. 8.666/93 e do enunciado sumular 331, IV, do TST.

Ao longo de anos, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho tem sido refratária à esmoreita aplicação do §1.º do artigo 71 da Lei n. 8.666/93, e o que se tem constatado é uma irrestrita e incondicionada imputação de responsabilidade à Administração Pública, com substanciais danos aos cofres públicos. O resultado de tal posicionamento culminou na elaboração do enunciado sumular 331, IV, do TST, a partir de um incidente de uniformização decidido pelo Pleno:

“O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem do título executivo judicial” (antiga redação do enunciado 331, IV, do TST).

Apesar da elaboração do referido enunciado, a Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, assim como outros órgãos de representação judicial da União, dos Estados-membros e Municípios, buscou por diversos meios processuais provocar a manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

No tocante à interposição de recursos extraordinários, a argumentação desenvolvida circunscrevia-se à violação do art. 37, §6.º, da Constituição Federal, na medida em que a responsabilidade objetiva, segundo a teoria do risco administrativo consagrada no ordenamento jurídico brasileiro, abrange somente os danos causados por agentes de pessoas jurídicas prestadoras de serviço público.

No entanto, a par da bem engendrada defesa concebida para os recursos extraordinários e agravos de instrumento interpostos pela PGE-SP, o Supremo Tribunal Federal sempre entendeu que a suposta infringência do art. 37, §6.º, da CF importaria em mera ofensa reflexa, porquanto demandaria o prévio exame da legislação infraconstitucional – artigo 71, §1.º, da Lei n. 8.666/93 (AgRg/AI 557.795/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ. 31.3.2006; AgRg/AI 524.958, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29.4.2005; AgRg/AI 546.775, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 16.12.2005; AgRg/AI 507.214, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 2.12.2005).

A jurisprudência defensiva do Supremo Tribunal Federal estava, portanto, de certo modo consolidada sobre os pressupostos processuais de admissibilidade dos recursos excepcionais. De se observar, por sinal, que em virtude de tal panorama, o Procurador do Estado Chefe da Procuradoria do Estado de São Paulo em Brasília inseriu na Ordem de Serviço PESP n. 3/2004, a qual estabelece as hipóteses de dispensa simplificada de interposição de recursos, o item n. 50:

“Item 50 – decisões que entendam pela responsabilização de forma subsidiária da Fazenda Estadual ou de órgão da sua administração indireta pelos direitos trabalhistas não adimplidos pelos empregadores contratados pelo Estado mediante licitação pública – Enunciado 331, IV, TST. (RESP. SUBSID.)”

Conquanto a situação se demonstrasse praticamente irreversível, em 7 de março de 2007, o Governador do Distrito Federal propôs a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, Rel. Min. Cezar Peluso, em cuja petição inicial apontou diversos acórdãos de tribunais do país com a

pronúncia de inconstitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93 – ora expressa, ora tácita – e, em especial, citou o enunciado n. 331, IV, da Súmula do TST.

A repercussão da ação foi tão expressiva, que vários Municípios, além da União Federal e quase todos os Estados-membros, requereram a admissão no processo na condição de *amicus curiae*. Entretanto, o Ministro Relator, Cezar Peluso, indeferiu o pedido de liminar, pois “*seria por demais precipitado deferir, nesse momento, liminar destinada a suspender o julgamento de todos os processos que envolvam a aplicação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, antes que se dote o processo de outros elementos instrutórios aptos a melhor moldar o convencimento judicial*” (DJ 11.5.2007).

Após um ano, em 10.9.2008, teve início o julgamento pelo Plenário do mérito da ADC 16, ocasião em que o Ministro Cezar Peluso, relator, votou pelo não conhecimento da ação em face da ausência de comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do art. 71, §1.º, da Lei 8.666/93. Caso preponderasse o entendimento do Ministro Peluso fatalmente ter-se-ia a inviabilização do mecanismo mais eficiente de resolução da lide em larga escala.

Entretantes, o Ministro Marco Aurélio optou por adiantar seu voto para atribuir um novo viés ao debate, qual seja, o conhecimento da ação pela comprovação da controvérsia judicial relevante. Sobreveio, em seguida, o pedido de vista do Min. Menezes Direito.

Mas um fato anterior ao início do julgamento da ADC 16 foi extremamente decisivo para a estratégia processual corporificada na presente Reclamação Constitucional 7.517/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski: a edição da súmula vinculante n. 10, em 27.6.2008, isto é, 3 (três) meses antes daquele julgamento.

Com a manifestação do Ministro Marco Aurélio, somada à superveniência da súmula vinculante 10, tomei a iniciativa de propor à Procuradora

do Estado Chefe em Brasília o ajuizamento de reclamações constitucionais para incitar o Supremo Tribunal Federal a compelir o TST a revogar o enunciado 331, IV, do TST ante a inobservância da cláusula de reserva de plenário. Tratava-se de uma medida inédita na Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo e, ao que indicava, nas demais Procuradorias de Estado e Advocacia Geral da União.

Havia considerável risco de que a ADC 16 efetivamente não fosse conhecida, de modo que era imperativo traçar outra estratégia para provocar uma manifestação inequívoca do STF sobre a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas.

Após acurado exame das eventuais consequências e aprovação de minuta, a Procuradora do Estado Chefe da unidade de Brasília autorizou a propositura de um lote de 13 (treze) reclamações como uma tentativa (Rcl. 6969, Rel. Min. Cezar Peluso, Rcl. 6.970/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; Rcl. 7012/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Rcl. 7033/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Rcl. 7035/SP, Rel. Min. Ellen Gracie; Rcl. 7127/SP, Rel. Min. Eros Grau; Rcl. 7128/SP, Rel. Min. Menezes Direito, Rcl. 7403/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, Rcl. 7405/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Rcl. 7.517/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Rcl. 7685, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Rcl. 7686/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Rcl. 7687, Rel. Min. Ellen Gracie).

Desse modo, em 6 de novembro de 2008, propus as duas primeiras: Rcl. 6969/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, e Rcl. 6970/SP, Min. Ricardo Lewandowski. A primeira, pelas mesmas razões que ensejaram o não conhecimento da ADC 16, foi indeferida de plano pelo Min. Cezar Peluso, ao passo que a segunda, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, teve a liminar deferida.

A concessão da referida liminar, na Rcl. 6970, relativa ao DAESP, gerou repercussão em todo o país, conforme matérias publicadas nos sítios eletrônicos dos jornais *Folha de S. Paulo*, *O Estado de S. Paulo*, *Correio Brasiliense*, *O Globo*, *Valor Econômico*, além das páginas da TV Justiça,

do STF, da PGE-SP e outros. E à medida que cada Ministro do Supremo Tribunal Federal concedia uma liminar, uma cópia do seu teor era juntada nos autos daquelas ainda não apreciadas pelos demais.

Incontinênti, as demais Procuradorias de Estado e a AGU contataram a Procuradoria do Estado de São Paulo em Brasília para obter maiores detalhes da liminar deferida na Rcl. 6970/SP e, a partir de então, passaram a se valer do precedente em suas reclamações. Ao ensejo em que determinou a adoção do referido procedimento e o aforamento de novas reclamações pelos demais Procuradores da PESPB, a Procuradora do Estado Chefe comunicou o deferimento da liminar ao Subprocurador-Geral do Contencioso e ao Procurador Chefe PJ-7.

Assim como o Ministro Ricardo Lewandowski inicialmente havia feito, os Ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Eros Grau, Menezes Direito e Dias Toffoli também deferiram os pedidos de liminar nas demais reclamações constitucionais. Apenas o Min. Cezar Peluso as indeferia de plano.

Obtidas algumas liminares, iniciei a segunda fase de trabalho, substanciada na elaboração de memoriais e audiências com cada um dos Ministros do Supremo Tribunal Federal para sedimentar os argumentos que eventualmente influiriam no julgamento de mérito das reclamações pelo Plenário.

Encaminhadas para parecer da Procuradoria-Geral da República, todas as reclamações receberam manifestação no sentido do não conhecimento, visto que a edição do enunciado 331, IV, teria sido resultado de deliberação do Pleno do TST, ainda que sem declaração expressa em incidente de inconstitucionalidade.

Por força do parecer do Procurador-Geral da República e das decisões do Min. Cezar Peluso, o Min. Ricardo Lewandowski inusitadamente optou por revogar a liminar concedida na Rcl. 6970/SP e indeferir o seu seguimento, tal como havia feito com a Rcl. 7.517/SP.

E, nessa terceira fase, a atuação incisiva mediante a interposição de agravos regimentais tornou-se ainda mais necessária, sob pena de comprometer a subsistência das outras liminares deferidas e o trabalho até então desenvolvido. Nos agravos regimentais nas Rcls. 6969, 6970 e 7517 argumentou-se que:

1) O cerne da cláusula de reserva de plenário não se circunscreve à reunião física de magistrados, ainda que em incidente de uniformização decidido pelo Pleno; compreende uma reunião plenária para a finalidade de apreciar a inconstitucionalidade de um determinado dispositivo normativo.

2) O acórdão oriundo da edição do enunciado 331, IV, do TST, por questões temporais, não poderia ser compelido a observar a súmula vinculante n. 10 do STF – ainda que lavrado na vigência do artigo 97 da CF –, porém os acórdãos posteriores que o aplicaram deveriam ter sanado tal mácula mediante a observância da cláusula de reserva de plenário e uma inequívoca apreciação da inconstitucionalidade ou não do artigo 71, §1.º, da Lei n. 8.666/93.

Não obstante os fundamentos jurídicos carreados, a Procuradoria-Geral da República não sufragou o entendimento e manteve os pareceres anteriores. A agravar a situação, o Ministro Ricardo Lewandowski decidiu julgar monocraticamente os agravos regimentais, em manifesta contrariedade à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do julgamento colegiado.

Daí por diante, a Rcl. 7517/SP obteve um andamento processual mais célere que as demais reclamações. Após novo agravo, o Min. Ricardo Lewandowski resolveu se retratar da decisão monocrática de desprovimento monocrático do agravo regimental anterior e determinou a sua inclusão na pauta do Plenário. Nesse momento, o Supremo Tribunal Federal encontrava-se repleto de reclamações constitucionais de idêntica natureza, propostas pelos mais variados Estados, pela União e por órgãos da Administração Pública, todavia com posicionamentos destoantes entre alguns Ministros.

No dia do julgamento do agravo regimental na Rcl. 7517, o Min. Ricardo Lewandowski manteve o seu voto de desprovimento do recurso e não conhecimento da reclamação. Pediu vista, então, a Ministra Ellen Gracie. No retorno do processo à pauta, a Ministra Ellen Gracie citou e empregou os fundamentos dos agravos regimentais interpostos para refutar as premissas do Min. Ricardo Lewandowski, de sorte a provê-lo pela inobservância da súmula vinculante n. 10.

Travou-se um debate acirrado no Plenário, a ponto de o Min. Marco Aurélio observar que o Supremo Tribunal Federal, se negasse provimento ao agravo regimental da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, estaria a cancelar a burla praticada pelo TST ao editar o enunciado 331, IV, do TST. Ademais, observou o Min. Gilmar Mendes que era imperioso o Supremo Tribunal Federal reconhecer a inobservância da súmula vinculante 10 para evitar que uma avalanche de reclamações aportasse no Tribunal. O Min. Dias Toffoli pediu vista dos autos e propôs que diante da enorme quantidade de reclamações, o Supremo Tribunal Federal prosseguisse com o julgamento da ADC 16 e em conjunto examinasse a Rcl. 7517/SP.

Em razão do impedimento do Min. Dias Toffoli na ADC 16, o julgamento foi reiniciado com o voto da Min. Carmen Lúcia pelo conhecimento e pela procedência tanto da ADC 16 quanto do AgRg na Rcl. 7517. Convencido pelos fundamentos reportados pela Min. Ellen Gracie no anterior julgamento do AgRg na Rcl. 7517, o Min. Peluso reformulou seu voto preliminar de não conhecimento da ADC 16 e também passou ao exame do mérito.

Seguiram-se os votos dos Mins. Joaquim Barbosa, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Eros Grau e Cezar Peluso pelo conhecimento e procedência da ADC 16. Diante do quadro majoritário formado, o Min. Ricardo Lewandowski reajustou sua posição para acompanhar a maioria, vencido o Min. Carlos Britto, que a julgava improcedente.

Finalizado o julgado da ADC 16, na sequência o Min. Dias Toffoli retornou ao Plenário para a continuidade do julgamento do AgRg na

Rcl. 7517. Sua Excelência votou no sentido do provimento do agravo para a procedência da reclamação, de maneira a que fosse cassado o acórdão do TST. O Min. Ricardo Lewandowski fez, então, um aparte ao voto do Min. Dias Toffoli para suscitar a perda do objeto de todas as reclamações da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo em virtude do resultado da ADC 16. A partir de elementos constantes dos memoriais distribuídos anteriormente pela PGE-SP, intervieram os Mins. Gilmar Mendes e Marco Aurélio para rememorar que o Supremo Tribunal deveria examinar e julgar procedente cada uma das reclamações, mediante a aplicação do resultado da ADC 16, pois caso contrário se manteriam íntegros os acórdãos do TST, prolatados anteriormente. Com isso, o Min. Ricardo Lewandowski foi novamente forçado a reformular seu voto e prover o agravo.

O resultado útil atingido pela estratégia de se propor várias reclamações constitucionais com amparo na súmula vinculante 10 foi a revisão do enunciado n. 331, IV, pelo Tribunal Superior do Trabalho, além da decisiva interferência no conhecimento e procedência da ADC 16, conforme mencionado expressamente nos votos dos Mins. Marco Aurélio, Celso de Mello e Carmen Lúcia.

A medida demandou empenho, articulação e criatividade na busca de alternativas que pudessem provocar a manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas. A anulação dos acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho e a alteração do enunciado 331, IV, do TST acarretaram uma expressiva economia aos cofres do Estado de São Paulo e aos demais entes públicos das mais variadas esferas da Federação.

A partir de então, somente será admissível a imputação de responsabilidade à Administração Pública mediante a configuração em concreto de *culpa in eligendo* ou *culpa in vigilando*, devidamente comprovada nas instâncias ordinárias, assegurada a observância do contraditório e ampla defesa.

Com estas razões, convicto de ter empreendido todos os esforços para o fiel desempenho das minhas funções de Procurador do Estado de São Paulo, apresento o resultado deste trabalho aos colegas Procuradores.

Brasília-DF, 11 de janeiro de 2012.

THIAGO LUÍS SOMBRA

Procurador do Estado de São Paulo

ANEXO

- 1) Relatório;
- 2) Rcl. 7.517/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski (petição inicial, informações do Presidente do TST, parecer do PGR, decisão de improcedência, agravo regimental, notas taquigráficas dos votos dos Ministros, certidão de trânsito em julgado);
- 3) AIRR 562/2006-089-02-40, Rel. Min. Rosa Weber, acórdão cassado pela Rcl. 7.517/SP;
- 4) Matérias de sítios eletrônicos;
- 5) Acórdão da ADC 16/DF, Rel. Min. Cezar Peluso com menção das reclamações propostas;
- 6) Rcl. 6.970/SP, Rel. Ricardo Lewandowski; Rcl. 6.969/SP, Rel. Cezar Peluso; Rcl. 7.033/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa; Rcl. 7.035/SP, Rel. Min. Ellen Gracie; Rcl. 7.403/SP, Rel. Min. Ellen Gracie; Rcl. 7.127/SP, Rel. Min. Luiz Fux; Rcl. 7.685/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa; Rcl. 7.686/SP, Rel. Min. Dias Toffoli; Rcl. 7.687/SP, Rel. Min. Ellen Gracie.

**Excelentíssimo(a) Senhor(a) Ministro(a) Presidente(a) do
Colendo Supremo Tribunal Federal**

Reclamante: Estado de São Paulo

Reclamado: Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho

Interessado: José Carlos Ribeiro de Carvalho e

Vanguarda Vigilância e Segurança S/C LTDA e Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo – COHAB

Rcl.. 7.517/SP

Rel. Min. Ricardo Lewandowski

O Estado de São Paulo, por meio do Procurador do Estado de São Paulo subscritor, comparece, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento no artigo 102, I, “I”; artigo 103-A, *caput* e §3.º, ambos da Constituição da República; artigo 156 do RISTF; artigo 13 da Lei n. 8.038/90 e artigos 2.º e 7.º da Lei n. 11.417/2006, para propor

**RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL
COM PEDIDO DE LIMINAR**

em face do v. acórdão da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que negou provimento ao AIRR – 562/2006-089-02-40.6, sem a observância da súmula vinculante n. 10 do STF, a teor dos fatos e fundamentos jurídicos a seguir explicitados.

**I – Da Inobservância da Súmula Vinculante n. 10 do STF –
Cláusula de Reserva de Plenário – Artigo 97 da CF**

Cuida-se de reclamação constitucional, com pedido de liminar, contra v. acórdão da TERCEIRA TURMA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, que negou provimento ao AIRR – 562/2006-089-02-40.6, por força

do enunciado sumular 331, IV, do TST, sem a conseqüente pronúncia de inconstitucionalidade do artigo 71, §1.º, da Lei n. 8.666/93, mediante a observância da reserva de plenário – artigo 97 da Constituição Federal e súmula vinculante n. 10 do STF (regra do *full bench*).

A despeito dos fundamentos jurídicos em que amparado o v. provimento jurisdicional, impende consignar que o Tribunal Superior do Trabalho não poderia ter aplicado o enunciado sumular 331, IV, do TST, sem a arguição de inconstitucionalidade do artigo 71, §1.º, da Lei n. 8.666/93, observada a cláusula da reserva de plenário (súmula vinculante n. 10 do STF).

Ora, se a redação do §1.º do artigo 71 da Lei n. 8.666/93 é manifestamente oposta e divergente do texto do enunciado sumular n. 331, IV, do TST, somente por meio da declaração de inconstitucionalidade, observado o artigo 97 da Constituição Federal e a súmula vinculante n. 10 do STF, poderia o Tribunal Superior do Trabalho reconhecer a responsabilidade subsidiária do Estado de São Paulo por débitos trabalhistas. A título de aclarar a argumentação supraexpendida, é pertinente a realização de um cotejo analítico entre o §1.º do artigo 71 da Lei n. 8.666/93, na redação da Lei n. 9.032/95, e o inciso IV do enunciado 331 do TST, *verbis*:

“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. (Redação dada pela Lei n. 9.032/95)”

“O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem do título executivo judicial” (Enunciado 331, IV, do TST).

A rigor, não se concebe razoavelmente como a aplicação do aludido enunciado sumular possa ocorrer em consonância com a manutenção da redação do §1.º do artigo 71 da Lei n. 8.666/93. Com efeito, ao Juízo não se atribui a discricionariedade de aplicar ou não determinado ato normativo; se refutar a sua cominação, inevitavelmente deverá fazê-lo mediante a pronúncia de inconstitucionalidade, incidental e difusa.

Adverte Pontes de Miranda que “*o juiz não tem o arbítrio de deitar de lado a questão constitucional, ou as questões constitucionais, que as partes ou os membros do Ministério Público levantarem. É missão sua. É dever seu. Ele mesmo as pode suscitar e resolver. Rigorosamente, é obrigado a isso. A Constituição é lei, e não é dado desconhecer as leis (...)*” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VI. São Paulo: Forense, 1975, pp.55-56).

Data maxima venia, afigura-se equivocado o provimento jurisdicional que simplesmente recusa aplicabilidade a determinado preceito normativo, sem a correspondente declaração de inconstitucionalidade, difusa e incidental, observada a cláusula da reserva de plenário do artigo 97 da Constituição Federal e a súmula vinculante n. 10 do STF.

A propósito, avulta sempre salutar o recurso à lição do preclaro Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, tal como feito pelo eminente Ministro Gilmar Ferreira Mendes, segundo o qual “*sempre que, legitimamente, o exame da constitucionalidade se apresente útil ou conveniente para a decisão da causa, não devem os tribunais fugir à tese*” (*Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 373). Neste sentido, oportuna a colação de precedente da lavra do eminente Ministro Celso de Mello, *verbis*:

“A estrita observância, pelos Tribunais em geral, do postulado da reserva de plenário, inscrito no art. 97 da Constituição, atua como pressuposto de validade e de eficácia jurídicas da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público.

A inconstitucionalidade de leis ou de outros atos estatais somente pode ser declarada, quer em sede de fiscalização abstrata (método concen-

trado), quer em sede de controle incidental (método difuso), pelo voto da maioria absoluta dos membros integrantes do Tribunal, reunidos em sessão plenária ou, onde houver, no respectivo órgão especial.

Nenhum órgão fracionário de qualquer Tribunal, em consequência, dispõe de competência, no sistema jurídico brasileiro, para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos emanados do Poder Público. Essa magna prerrogativa jurisdicional foi atribuída, em grau de absoluta exclusividade, ao Plenário dos Tribunais ou, onde houver, ao respectivo Órgão Especial. Essa extraordinária competência dos Tribunais é regida pelo princípio da reserva de plenário inscrito no artigo 97 da Constituição da República. Suscitada a questão prejudicial de constitucionalidade perante órgão meramente fracionário de Tribunal (Câmaras, Grupos, Turmas ou Seções), a este competirá, em acolhendo a alegação, submeter a controvérsia jurídica ao Tribunal Pleno” (AgRg/AI 472.897/PR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 26.10.2007).

Por sinal, ao ensejo do julgamento do RE n 179.170/CE, DJ 30.10.1998, consignou o eminente Ministro Moreira Alves, com sua notável percuciência, que *“a declaração de inconstitucionalidade de norma incidenter tantum, e, portanto, por meio do controle difuso de constitucionalidade, é o pressuposto para o Juiz, ou o Tribunal, no caso concreto, afastar a aplicação da norma tida como inconstitucional”*.

Ainda que objeto de interpretação conforme ou declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, *“a regra do full bench deve ser observada, isto é, a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo escrutinado só pode ser pronunciada pela manifestação da maioria absoluta dos membros do tribunal julgador”* (AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 96).

Observe-se que tampouco se deverá perquirir pela aplicabilidade do artigo 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil, visto que efetivamente não ocorreu, até o presente momento, nenhuma manifestação inequívoca em torno da inconstitucionalidade do artigo 71, §1.º, da Lei n. 8.666/93, seja pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, seja pelo órgão especial do Tribunal Superior do Trabalho.

Convém esclarecer, ademais, que a pertinência da expressa manifestação do órgão especial do Tribunal Superior do Trabalho, acerca da suposta inconstitucionalidade do artigo 71, §1.º, da Lei n. 8.666/93, em virtude da aplicação do inciso IV do enunciado 331 do TST, se evidencia imperativa por força da súmula vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal:

“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

A par do *decisum* proferido, evidencia-se imprescindível seja anulado o acórdão, de sorte que o egrégio Tribunal Superior do Trabalho se manifeste, assegurada a observância da cláusula de reserva de plenário e da súmula vinculante n. 10 do STF, no sentido da aplicação, ou não, do inciso IV do enunciado 331 do TST, em detrimento da eventual inconstitucionalidade do §1.º do artigo 71 da Lei n. 8.666/93.

II – Do Cabimento da Reclamação

A teor do artigo 103-A da Constituição Federal, acrescentado pela EC n. 45/04, “o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

Com o escopo de regulamentar o aludido preceito normativo, sobreveio a edição da Lei n. 11.417/06, cujo artigo 2.º reproduz o comando supratranscrito. Em perspectiva, a conferir tutela às súmulas editadas com efeito vinculante, a EC n. 45/04, por meio da inserção do §3.º do artigo 103-A, regulamentado pelo artigo 7.º da Lei n. 11.417/06, previu o cabi-

mento de reclamação constitucional para assegurar a autoridade da decisão anteriormente proferida pelo Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

“§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

Ora, na medida em que o Tribunal Superior do Trabalho afastou a aplicabilidade do §1.º do artigo 71 da Lei n. 8.666/93, mediante a invocação do enunciado sumular 331, IV, do TST, sem a arguição de inconstitucionalidade e a observância do artigo 97 da Constituição Federal, afrontou a autoridade da súmula vinculante n. 10 do STF.

Por outro lado, ressalte-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de que a recorribilidade ou a efetiva interposição de recurso extraordinário contra o provimento jurisdicional impugnado não elide o cabimento da reclamação; mas, ao revés, é um pressuposto para o seu conhecimento (Rcl. 655, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 27.06.1997; Rcl. 603, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 01.02.1999), conforme elucida o eminente Min. Sepúlveda Pertence, na Rcl. 329, DJ 30.05.1990:

“A reclamação cabe contra decisões judiciais, quaisquer que sejam elas, se se alega que invadiram a competência ou desrespeitaram a autoridade da decisão do Supremo Tribunal.

A recorribilidade da decisão não ilide o cabimento da reclamação. Ainda, segundo me parece, que dela caiba recurso para o próprio STF: a cognição mais ampla que propicia a simplicidade do rito e a eficácia mais pronta, de que está dotada, tornam, de regra, a reclamação, um remédio insubstituível pelo recurso, particularmente, pelo recurso extraordinário, de âmbito restrito de admissibilidade, procedimento mais complexo e efeitos limitados e meramente devolutivos.

Aliás, sobre não impedir o uso paralelo dela, a interposição do recurso cabível a muitos aparecerá como pressuposto necessário do cabimento da reclamação, a evitar que a preclusão termine a instância e torne definitiva a decisão reclamada (essa, parece, seria a conclusão do saudoso Ministro Amaral Santos, segundo a doutrina exposta, sobre a natureza do

instituto, na Rec. 831, 11.11.70, RTJ 55/539, 546), o problema, no entanto, não está em causa, pois o reclamante interpôs o recurso extraordinário contra o acórdão de que reclama.”

Tal orientação jurisprudencial foi consagrada na súmula n. 734/STF, segundo a qual “*não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal.*”

A rigor, isso ocorre porque “*a pendência da reclamação deixa a coisa julgada que alhures se formar subordinada ao que se vier a decidir na reclamação*”. Logo, “*ajuzada a reclamação antes do trânsito em julgado da decisão reclamada, e não suspenso liminarmente o processo principal, a eficácia de tudo quanto nele se decidir ulteriormente, incluído o eventual trânsito em julgado do provimento que se tacha de contrário à autoridade de acórdão do STF, será desconstituído pela procedência da reclamação*” (RCL. 509, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 04.08.2000). Em resumo, como bem ponderou o eminente Ministro Célio Borja, na Rcl. 221, DJ 04.09.1987, “*não pode haver trânsito em julgado contra trânsito em julgado*”.

Destarte, a interposição de recurso extraordinário contra o provimento jurisdicional da lavra do egrégio Tribunal Superior do Trabalho, tal como feito pelo Estado de São Paulo (cf. anexo), atende ao disposto na súmula 734/STF, uma vez que impede o trânsito em julgado da decisão reclamada.

Não se olvide, por suposto, que, não apenas a negativa ou dificuldade no cumprimento de decisão judicial comporta o cabimento da reclamação, visto que o desrespeito à autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal pode ocorrer por via oblíqua ou por omissão (Rcl. 644, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28.05.1998; Rcl. 276, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ 05.06.1995).

Para o ilustre Procurador da República Alexandre Moreira Tavares dos Santos, “*a afronta ocorre por via oblíqua quando um ato praticado*

aparentemente dentro das regras processuais tem por finalidade acarretar a ineficácia de uma decisão do STF ou do STJ, e por omissão quando a autoridade judicial que tem o dever de dar cumprimento ou cumprir uma decisão do STF e do STJ injustificadamente se queda inerte em tal afazer” (Da Reclamação, RT 808/121).

Com efeito, quando o Tribunal Superior do Trabalho afasta a aplicabilidade do §1.º do artigo 71 da Lei n. 8.666/93, mediante a invocação do enunciado sumular 331, IV, do TST, por via oblíqua declara a inconstitucionalidade, sem a observância do artigo 97 da Constituição Federal e súmula vinculante n. 10 do STF.

III – Da Concessão da Liminar *Inaudita Altera Pars*

É cediço que além das condições genéricas, a saber, possibilidade jurídica do pedido, legitimidade *ad causam* e interesse processual, o Código de Processo Civil determina a observância dos requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, como forma de atestar a verossimilhança do alegado risco de lesão.

Ao requerer a concessão de medida liminar, o Estado de São Paulo expôs e, sobretudo, comprovou, pormenorizadamente, o direito ameaçado, bem como risco de dano irreparável. O receio de dano está notoriamente resguardado – *fumus boni iuris* –, porquanto a súmula vinculante n. 10 do STF e o artigo 97 da Constituição Federal conferem ampla guarida à pretensão do requerente. Destarte, não paira nenhum óbice à procedência do provimento liminar, nos moldes da lição de Galeno Lacerda, *litteris*:

“Para procedência da ação, porém, exige-se algo mais. Não basta o perigo. Indispensável se faz que a aparência do direito socorra ao postulante. O fumus boni iuris, portanto, não constitui condição da ação cautelar, mas representa-lhe, na verdade, a própria avaliação do mérito. Se o autor satisfaz às três condições e se sua pretensão se apresenta revestida da aparência de direito, o pedido merece provimento. Trata-se, porém, de juízo provisório, que não representa prejulgamento definitivo da demanda principal. E nisto reside, precisamente, a característica do mérito da sen-

tença cautelar: em ser juízo de mera verossimilhança dos fatos. Por isto, se distingue da sentença de conhecimento, que é juízo de realidade e de certeza.”(LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. VIII, Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 166).

Reitere-se que, no tocante ao *fumus boni iuris*, resulta incontestado a contrariedade à súmula vinculante n. 10 do STF, pois o Tribunal Superior do Trabalho por via oblíqua declarou a inconstitucionalidade do §1.º do artigo 71 da Lei n. 8.666/93, sem a observância do artigo 97 da Constituição Federal.

Obtempere-se, ademais, que o Supremo Tribunal Federal, em diversas Reclamações Constitucionais do Estado de São Paulo, cujos pressupostos são idênticos aos dos autos, tem deferido pedidos de liminar para suspender acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho, em virtude da inobservância da súmula vinculante n. 10, no tocante ao artigo 71, §1.º, da Lei n. 8.666/93. Nesse sentido: Rcl. 6.970/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; Rcl. 7035/SP, Rel. Min. Ellen Gracie; Rcl. 7128/SP, Rel. Min. Menezes Direito; Rcl. 7033/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Rcl. 7127/SP, Rel. Min. Eros Grau; Rcl. 7.218/AM, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

Conforme exaustivamente demonstrado, a pretensão ora submetida à apreciação, além de amparada pelo direito, goza também do atributo relativo ao fundado receio de dano irreparável, de modo que imperiosa a concessão de liminar *inaudita altera pars* para assegurar a suspensão dos efeitos da decisão reclamada. À guisa de escoreita delimitação da *quaestio juris*, preciso o escólio de José Frederico Marques, *verbis*:

“A pretensão cautelar tem de ser objetivamente razoável, sem o que faltará interesse processual para propor a ação de igual nome.

Por outro lado, essa razoabilidade está na dependência da afirmativa de que existe periculum in mora e de que há o fumus boni iuris, afirmativa que consistirá na especificação desses pressupostos, quando a lei processual expressamente os prevê, ou na invocação genérica dos mencionados pressupostos tendo em vista a situação jurídica do processo cujo resultado se procura assegurar.

O pedido, que é objeto da ação cautelar, deve, portanto, ser adequado à situação que se procura tutelar e basear-se em afirmativa razoável de sua necessidade, pois só assim existirá o interesse processual em propor a referida ação.” (Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. VIII, Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 405).

Sob o prisma do *periculum in mora*, é oportuno advertir que o recurso extraordinário interposto contra a decisão reclamada somente possui efeito devolutivo, a teor do artigo 542, § 2º, do Código de Processo Civil.

A decisão reclamada, portanto, permitirá que as sociedades empresárias se eximam incontinenti dos débitos trabalhistas perante seus empregados (artigo 186 do Código Tributário Nacional c/c o artigo 83, inciso I, da Lei n. 11.101/2005), o que inevitavelmente importará no comprometimento e dilapidação de seus patrimônios com outras dívidas, bem como a participação em certames licitatórios em manifesta concorrência desleal.

As sociedades empresárias inadimplentes receberão um verdadeiro incentivo à participação em licitações, porquanto terão a segurança de que a Administração Pública arcará com todo o passivo trabalhista, na condição de seguradora universal (MENDES, Gilmar Ferreira. *Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: “União seguradora universal”?* Revista Jurídica da Presidência da República. Brasília, Vol. 2, n. 13, junho/1999), o que, indubitavelmente, fere o princípio da livre concorrência – artigo 170, IV, da Constituição Federal.

IV - Pedido

Diante dos fatos e fundamentos anteriormente explicitados, requer o Estado de São Paulo:

- a) a concessão de medida liminar *inaudita altera pars* para a suspensão da decisão proferida pela Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, no AIRR – 562/2006-089-02-40.6, que contrariou a autoridade da súmula vinculante n. 10 do STF;
- b) no mérito, a cassação definitiva da decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho;

- c) a intimação do reclamado para prestar informações no prazo de 10 dias;
- d) a intimação da Procuradoria-Geral da República;
- e) acaso Vossa Excelência entenda necessária, a intimação dos interessados para apresentar impugnação (AgRg/Rcl. 449, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 21.02.1997; Rcl. 126/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 17.06.1981; art. 15 da Lei n. 8.038/90 e artigo 159 do RISTF);
- f) a juntada dos documentos anexos.

À causa atribui-se o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Brasília-DF, 07 de janeiro de 2009.

THIAGO LUÍS SOMBRA

Procurador do Estado de São Paulo

PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Nº 7709/2009-WM

Reclamação Nº 7517/DF

Rcl.te.: Estado de São Paulo

Rcl.do.: Tribunal Superior do Trabalho

Relator: Ministro Presidente / STF

Reclamação. Desafio à autoridade da jurisprudência da Suprema Corte não configurado. Pela improcedência da iniciativa.

Esta reclamação, com pedido de liminar, volta-se contra decisão da 3ª Turma do TST, proferida nos autos do AIRR nº 562/2006-089-02-40.6, que reconheceu a responsabilidade subsidiária do Estado por débitos trabalhistas, com base no Enunciado 331, IV, do TST.

O reclamante sustenta que o Tribunal teria afastado a aplicação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, sem a correspondente pronúncia de inconstitucionalidade declarada pelo voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal ou, quando houver, dos integrantes do respectivo órgão especial, desrespeitando, assim, a Súmula vinculante nº 10 dessa eg. Corte Suprema.

As informações foram prestadas às fls. 67/74.

Vêm os autos para manifestação do *custos legis*.

A iniciativa não merece prosperar.

Com efeito, a reclamação é tipo específico de instrumento destinado a preservar a autoridade do Tribunal, cujos julgados tenham sido desrespeitados.

No caso concreto, todavia, não se vislumbra afronta a comando dessa eg. Corte, na medida em que, conforme se extrai das informações prestadas pelo Ministro Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, à fl. 70, “*o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 de fato foi objeto de apreciação pelo Tribunal Pleno desta Corte, quando da edição da Súmula 331 do TST*”, resultando de entendimento consolidado pela maioria dos membros da Corte Superior Trabalhista, em observância à cláusula de reserva de plenário, objeto da súmula vinculante nº 10 desse Pretório Excelso.

A propósito, confira-se precedente desse STF, em caso semelhante:

“DECISÃO: 1. Trata-se de reclamação ajuizada pelo Estado de São Paulo contra acórdão prolatado pelo Tribunal Superior do Trabalho, nos autos do AIRR n.º 1.206/2005-026-15-40.5. O reclamante assevera que o Tribunal Superior do Trabalho negou provimento ao seu agravo de instrumento em recurso de revista (AIRR) e manteve a sua condenação subsidiária ao pagamento de débitos trabalhistas devidos por empresa privada que lhe prestou serviços. Afirma que o ato do Tribunal a quo violou a orientação fixada na súmula vinculante nº 10, porque, ao manter a condenação subsidiária, deixou de aplicar ao caso o art. 71, § 1º da Lei nº 8.666/1993, conforme a orientação do TST, firmada no item IV do enunciado nº 331. Requer o reclamante, em caráter liminar, a suspensão da decisão proferida pela Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho no AIRR nº 206/2005-026-15-40.5 (fls.12). 2. Inviável a reclamação. O pedido tem como causa de pedir alegação de ofensa à súmula vinculante nº 10, do seguinte teor: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.” Não há, todavia, qualquer ofensa à súmula vinculante nº 10. É que a redação atual do item IV do Enunciado nº 331 do TST resultou do julgamento, por votação unânime do pleno daquele tribunal, do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº TST-IUJ-RR-297.751/96, em sessão de 11/09/2000. Além disso, ainda que assim não fosse, o referido acórdão do pleno do TST e o item IV do Enunciado nº 331 daquele tribunal foram publicados em data anterior à vigência do enunciado da súmula vinculante nº 10 (DJe de 27/6/2008). É velha e aturada a jurisprudência desta Corte sobre a inadmissibilidade de reclamação, quando

a decisão impugnada seja anterior à pronúncia do Supremo Tribunal Federal, revestida de eficácia vinculante (Rcl.-AgR-QO nº 1.480, DJ de 08.06.2001; Rcl. nº 1.114, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ de 19.03.2002; Rcl. nº 2.834-MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 06.10.2004; Rcl. nº 2.716, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJ de 06.12.2004). 3. Ante o exposto, nego seguimento à reclamação, com fundamento nos arts. 21, §1º, do Regimento interno do Supremo Tribunal Federal e 267, VI do Código de Processo Civil. Publique-se. Brasília, 17 de novembro de 2008. Ministro CEZAR PELUSO – Relator

(Reclamação nº 6969, publicada no DJ 223, de 24/11/2008)

Do exposto, opina o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL pela improcedência da reclamação.

Brasília-DF, 02 de fevereiro de 2009.

WAGNER DE CASTRO MATHIAS NETTO

Subprocurador-Geral da República

(Autos recebidos no Gabinete em 23/01/2009)

ASD/ass.

DECISÃO MONOCRÁTICA

Trata-se de reclamação, com pedido de medida liminar, proposta pelo Estado de São Paulo, contra acórdão da 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho que, ao negar provimento no Agravo de Instrumento no Recurso de Revista 562/2006-089-02-40.2, teria ofendido a Súmula Vinculante 10, deste Tribunal.

Sustenta o reclamante que o Tribunal *a quo* teria afastado a aplicação do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, sem a devida pronúncia de inconstitucionalidade declarada pelo voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal.

Aduz cabível a presente reclamação e alega estarem presentes os requisitos ensejadores da concessão da medida liminar.

Pugna pela sua concessão para que se proceda

“(...) a suspensão da decisão proferida pela TERCEIRA TURMA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, no AIRR – 562/2006-089-02-40.6, que contrariou a autoridade da súmula vinculante n. 10 do STF”(grifos no original).

No mérito, requer a procedência do pedido.

Às fl. 62, o Ministro Gilmar Mendes requisitou informações e o parecer da Procuradoria-Geral da República.

O TST as prestou às fls. 67-74.

A Procuradoria-Geral da República, por sua vez, manifestou-se pela improcedência da reclamação às fls. 76-78.

É o relatório.

Passo a decidir.

Bem examinados os autos, vê-se que a pretensão não merece acolhida, pois o pedido formulado pelo reclamante não se enquadra em nenhuma das duas hipóteses permissivas inscritas no art. 102, I, I, da Constituição Federal, seja para preservar a competência desta Suprema Corte, seja para garantir a autoridade de suas decisões.

A presente reclamação utiliza como paradigma o verbete da Súmula Vinculante 10, *in verbis*:

“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

Verifico, no entanto, que o acórdão reclamado não afrontou o verbete da Súmula Vinculante 10/STF, pois a redação atual do item IV do Enunciado 331 do TST resultou do julgamento, por votação unânime do pleno daquele tribunal, do Incidente de Uniformização de Jurisprudência TST-IUJ-RR-297.751/96, em sessão de 11/09/2000.

Assim, diante da ausência de identidade material entre os fundamentos do ato reclamado e aqueles emanados da súmula vinculante ora invocada, não merece seguimento a pretensão do reclamante.

Menciono, nesse sentido, a decisão prolatada pelo Rel. Min. Cezar Peluso na Rcl. 6.969/SP, que recebeu a seguinte fundamentação:

“Inviável a reclamação. O pedido tem como causa de pedir alegação de ofensa à súmula vinculante nº 10, do seguinte teor: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.” Não há, todavia, qualquer ofensa à súmula vinculante nº 10. É que a redação atual do item IV do Enunciado nº 331 do TST resultou do julgamento, por votação unânime do pleno daquele tribunal, do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº TST-IUJ-RR-297.751/96, em sessão de 11/09/2000. Além disso, ainda que assim não fosse, o referido acórdão do pleno do TST e o item IV do Enunciado nº 331 daquele tribunal

foram publicados em data anterior à vigência do enunciado da súmula vinculante nº 10 (DJe de 27/6/2008). É velha e aturada a jurisprudência desta Corte sobre a inadmissibilidade de reclamação, quando a decisão impugnada seja anterior a pronúncia do Supremo Tribunal Federal, revestida de eficácia vinculante (Rcl.-AgR-QO nº 1.480, DJ de 08.06.2001; Rcl. nº 1.114, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ de 19.03.2002; Rcl. nº 2.834-MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 06.10.2004; Rcl. nº 2.716, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJ de 06.12.2004). 3. Ante o exposto, nego seguimento à reclamação, com fundamento nos arts. 21, § 1º, do Regimento interno do Supremo Tribunal Federal e 267, VI do Código de Processo Civil”.

Isso posto, **nego seguimento** à presente reclamação (RISTF, art. 21, § 1º). Prejudicado, pois, o exame da medida liminar.

Publique-se.

Brasília, 9 de fevereiro de 2009.

Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI**
Relator

**Excelentíssimo(a) Senhor(a) Ministro(a) Relator(a) do Colendo
Supremo Tribunal Federal**

Rcl. n. 7.517/SP

Reclamante: Estado de São Paulo

Reclamado: Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho

Interessado: José Carlos Ribeiro de Carvalho e Vanguarda Vigilância e Segurança S/C LTDA e Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo – COHAB

O Estado de São Paulo, por meio do Procurador do Estado de São Paulo subscritor, comparece, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com amparo nos artigos 557, §1.º, do Código de Processo Civil e artigo 317 do RISTF para interpor

AGRAVO INTERNO

em face da v. decisão monocrática, a qual negou seguimento à reclamação proposta pelo Estado de São Paulo, pelos fatos e fundamentos a seguir explicitados.

I – Relatório

Cuida-se de agravo interno interposto pelo Estado de São Paulo em face da v. decisão que negou seguimento à reclamação, sob o fundamento de que não teria ocorrido violação à súmula vinculante n. 10 do STF, visto que o pronunciado do TST acerca do enunciado 331, IV, ocorreu no Pleno e antes da edição da aludida súmula.

A despeito dos fundamentos constantes do v. provimento jurisdicional, este incorreu em *error in procedendo*, em especial porque a simples circunstância de ter sido editado o enunciado 331, IV, pelo Pleno do TST não ilide a necessidade de declaração da inconstitucionalidade, ao invés da mera inaplicabilidade de determinado preceito normativo.

Por sinal, causa espécie a decisão ora impugnada, especialmente porque o eminente Ministro Relator fora o primeiro dos Ministros do Supremo Tribunal Federal a deferir liminares em casos semelhante, no que tem sido acompanhado pelos Ministros Menezes Direito, Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Eros Grau (Rcl. 6.970/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; Rcl. 7035/SP, Rel. Min. Ellen Gracie; Rcl 7128/SP, Rel. Min. Menezes Direito; Rcl. 7033/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Rcl 7127/SP, Rel. Min. Eros Grau; Rcl. 7.403/SP, Rel. Min. Ellen Gracie; Rcl. 7.685/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Rcl. 7.686/SP, Rel. Min. Menezes Direito; Rcl 7.218/AM, Rel. Min. Ricardo Lewandowski)

Ressalte-se, pois, que se impugna, mediante a presente reclamação, um acórdão posterior à edição da súmula vinculante n. 10 do STF, e não propriamente o acórdão ensejador da edição do enunciado 331 do TST, consoante demonstrará o Estado de São Paulo.

II – Do Incidente de Uniformização e a Manifestação do Pleno do TST

Cumpra esclarecer, desde logo, que a simples circunstância de o enunciado 331, IV, do TST ter sido editado pelo Pleno, mediante incidente de uniformização, não refuta a premissa em que amparada a presente reclamação, qual seja, a ausência de pronúncia efetiva acerca da inconstitucionalidade do artigo 71, §1.º, da Lei n. 8.666/93.

Em que pesem os fundamentos do eminente Ministro Relator, o Tribunal Superior do Trabalho, quando se reúne em Plenário, por força de um incidente de uniformização, o faz com o intuito de dirimir tão somente uma divergência jurisprudencial. Não há, pois, qualquer obrigação de apreciação de questão constitucional, tal como ocorre em um incidente de inconstitucionalidade

Data maxima venia, a essência de um incidente de uniformização é manifestamente diversa da de um incidente de inconstitucionalidade, de sorte que a mera reunião física dos Ministros no órgão pleno não se afigura hábil a afastar a ofensa a súmula vinculante n. 10 do STF.

Por sinal, o que o reclamante pugna na presente reclamação não é exclusivamente uma manifestação plenária, mas, sim, um pronunciamento sem tergiversações acerca da constitucionalidade ou não do §1.º do artigo 71 da Lei n. 8.666/93.

O cerne da cláusula de reserva de plenário não se circunscreve à reunião física de magistrados; compreende uma reunião plenária para a finalidade de apreciar a inconstitucionalidade de um determinado dispositivo normativo.

O que sobreleva destacar, para efeito de se constatar a inobservância da súmula vinculante n. 10 do STF, é que o TST, malgrado reunido em Plenário para outra finalidade – uniformização de jurisprudência –, não se manifestou sobre a efetiva inconstitucionalidade de um preceito normativo inequivocamente contrário ao enunciado 331, IV, do TST.

III – Do Acórdão Impugnado sob a Perspectiva Temporal

Sem embargo dos elementos supramencionados, também aduz o eminente Ministro Relator que o acórdão propiciador da edição do enunciado 331, IV, do TST, é anterior à publicação da súmula vinculante n. 10 do STF.

Ora, cumpre esclarecer, por oportuno, que não se almeja com a presente reclamação impugnar o acórdão decorrente da edição do enunciado 331, IV, do TST, publicado em 11.09.2000. Ora, fosse este o cerne da pretensão, o pedido da reclamação estaria voltado à revogação do enunciado sumular 331, IV, do TST.

A presente reclamação é dirigida especificamente contra o acórdão do AIRR – 562/2006-089-02-40.6, prolatado pela Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, publicado dia 12.09.2008, que aplicou um enunciado sumular contrário ao texto do artigo 71, §1.º, da Lei 8.666/93, sem observar a súmula vinculante n. 10 do STF.

Pois bem, se o enunciado 331, IV, do TST, de forma equivocada, não observou o artigo 97 da Constituição Federal, quando da sua edição, o

acórdão do AIRR – 562/2006-089-02-40.6, publicado dia 12.09.2008, ao manter e remeter àquele entendimento expressamente contrário a um ato normativo, deveria tê-lo feito.

Um julgamento equivocado não pode justificar outro e acarretar a perpetuação de um procedimento combatido pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da súmula vinculante n. 10. Por mais que o enunciado 331, IV, do TST tenha sido editado sem qualquer observância ao artigo 97 da CF, tal procedimento maculado não conduzirá outros julgamentos, como se verifica no AIRR – 562/2006-089-02-40.6 da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho.

Visa-se, com esse procedimento equivocado, apenas obstruir eventuais recursos extraordinários ou o cabimento de ação declaratória de constitucionalidade, o que afastaria a apreciação do tema do Supremo Tribunal Federal, em razão da ofensa reflexa.

Em suma, por força da superveniência da súmula vinculante n. 10 do STF, mais de uma razão o Tribunal Superior do Trabalho teve para cumprir o procedimento do artigo 97 da CF no julgamento do AIRR – 562/2006-089-02-40.6.

O Supremo Tribunal Federal não pode permitir a prática de manobras que obstem a efetiva apreciação da constitucionalidade ou não de um ato normativo, mediante a singela inaplicabilidade. Ao Juízo não se atribui a discricionariedade de aplicar ou não determinado ato normativo; se refutar a sua cominação, inevitavelmente deverá fazê-lo mediante a pronúncia de inconstitucionalidade, incidental e difusa.

Adverte Pontes de Miranda que *“o juiz não tem o arbítrio de deitar de lado a questão constitucional, ou as questões constitucionais, que as partes ou os membros do Ministério Público levantarem. É missão sua. É dever seu. Ele mesmo as pode suscitar e resolver. Rigorosamente, é obrigado a isso. A Constituição é lei, e não é dado desconhecer as leis (...)”* (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VI. São Paulo: Forense, 1975, pp.55-56).

Data maxima venia, afigura-se equivocado o provimento jurisdicional que simplesmente recusa aplicabilidade a determinado preceito normativo, sem a correspondente declaração de inconstitucionalidade, difusa e incidental, observada a cláusula da reserva de plenário do artigo 97 da Constituição Federal e a súmula vinculante n. 10 do STF.

Por sinal, ao ensejo do julgamento do RE n 179.170/CE, DJ 30.10.1998, consignou o eminente Ministro Moreira Alves, com sua notável percuciência, que *“a declaração de inconstitucionalidade de norma incidenter tantum, e, portanto, por meio do controle difuso de constitucionalidade, é o pressuposto para o Juiz, ou o Tribunal, no caso concreto, afastar a aplicação da norma tida como inconstitucional”*.

Reafirme-se: se o acórdão oriundo da edição do enunciado 331, IV, do TST, por questões temporais, não era compelido a observar a súmula vinculante n. 10 do STF – ainda que na vigência do artigo 97 da CF –, o acórdão do AIRR – 562/2006-089-02-40.6 deveria ter sanado tal mácula mediante a cláusula de reserva de plenário e uma inequívoca apreciação da inconstitucionalidade ou não do artigo 71, §1.º, da Lei n. 8.666/93

IV – Do Pedido

Ante o exposto, o Estado de São Paulo requer a reconsideração da r. decisão agravada ou o provimento do agravo interno para que seja conhecida a reclamação, bem como concedida a liminar e, ao final, cassado o acórdão reclamado.

Brasília-DF, 19 de fevereiro de 2009.

THIAGO LUÍS SOMBRA
Procurador do Estado de São Paulo

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

24/11/2010

PLENÁRIO

AG. REG. NA RECLAMAÇÃO 7.517 DISTRITO FEDERAL

Relator: Min. Ricardo Lewandowski

Agte.(s): Estado de São Paulo

Proc(a/s)(es): Procurador-Geral do Estado de São Paulo

Agdo.(a/s): Tribunal Superior do Trabalho (processo Nº 562/2006-089-02-40.6)

Intdo. (a/s): José Carlos Ribeiro de Carvalho

Adv. (a/s): Maria Lúcia Cintra

Intdo. (a/s): Vanguardia Vigilância e Segurança S/c Ltda

Intdo. (a/s): Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo - Cohab

Adv.(a/s): Sueli Marotte

EMENTA: PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. AFRONTA À SÚMULA VINCULANTE 10. OCORRÊNCIA. AGRAVO PROVIDO.

I – Para que seja observada a cláusula de reserva de plenário, é necessário que o Plenário ou o Órgão Especial do Tribunal reúnam-se com o fim específico de julgar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

II – Embora tenha a atual redação do item IV do Enunciado 331 do TST resultado de votação unânime do pleno daquele Tribunal, o julgamento ocorreu em incidente de uniformização de jurisprudência.

III – Dessa forma, afastada a incidência do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, sem o procedimento próprio, restou violada a Súmula Vinculante 10.

IV – Agravo regimental provido para julgar procedente a reclamação.

ACÓRDÃO
RCL 7.517 AGR/ DF

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e nos termos do voto, agora reformulado, do Relator, dar provimento ao recurso de agravo. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso.

Brasília, 24 de novembro de 2010.

RICARDO LEWANDOWSKI

Relator

14/10/2009

TRIBUNAL PLENO

AG. REG. MA RECLAMAÇÃO 7.517 DISTRITO FEDERAL

Relator: Min. Ricardo Lewandowski

Agte. (s): Estado de São Paulo

Adv. (a/s): PGE-SP – Thiago Luís Sombra

Agdo. (a/s): Tribunal Superior do Trabalho (Processo nº 562/2006-089-02-40.6)

Intdo. (a/s) : José Carlos Ribeiro de Carvalho

Adv. (a/s): Maria Lúcia Cintra

Intdo. (a/s): Vanguardia Vigilância e Segurança S/C Ltda

Intdo. (a/s): Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo Cohab

Adv. (a/s): Maria Lúcia Cintra

RELATÓRIO

O Sr. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI: Trata-se de agravo regimental, interposto pelo Estado de São Paulo, em face da decisão de fls. 82-84, assim proferida:

“Trata-se de reclamação, com pedido de medida liminar, proposta pelo Estado de São Paulo, contra acórdão da 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho que, ao negar provimento no Agravo de Instrumento no Recurso de Revista 562/2006-089-02-40.2, teria ofendido a Súmula Vinculante 10, deste Tribunal.

Sustenta o reclamante que o Tribunal a quo teria afastado a aplicação do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, sem a devida pronúncia de inconstitucionalidade declarada pelo voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal.

Aduz cabível a presente reclamação e alega estarem presentes os requisitos ensejadores da concessão da medida liminar.

Pugna pela sua concessão para que se proceda

* (...) a suspensão da decisão proferida pela TERCEIRA TURMA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, no AI RR - 562/2006-089-02-40.6, que contrariou a autoridade da súmula vinculante n. 10 do STF’.

No mérito, requer a procedência do pedido.

Às fl. 62, o Ministro Gilmar Mendes requisitou informações e o parecer da Procuradoria-Geral da República.

O TST as prestou às fls. 67-74.

A Procuradoria-Geral da República, por sua vez, manifestou-se pela improcedência da reclamação às fls.76-78.

É o relatório.

Passo a decidir.

Bem examinados os autos, vê-se que a pretensão não merece acolhida, pois o pedido formulado pelo reclamante não se enquadra em nenhuma das duas hipóteses permissivas inseridas no art. 102, I, I, da Constituição Federal, seja para preservar a competência desta Suprema Corte, seja para garantir a autoridade de suas decisões.

A presente reclamação utiliza como paradigma o verbete da Súmula Vinculante 10, in verbis;

‘Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte’.

Verifico, no entanto, que o acórdão reclamado não afrontou o verbete da Súmula Vinculante 10/STF, pois a redação atual do item IV do Enunciado 331 do TST resultou do julgamento, por votação unânime do pleno daquele tribunal, do Incidente de Uniformização de Jurisprudência TST-IUJ-RR-297. 751/96, em sessão de 11/09/2000.

Assim, diante da ausência de identidade material entre os fundamentos do ato reclamado e aqueles emanados da súmula vinculante ora invocada, não merece seguimento a pretensão do reclamante.

Menciono, nesse sentido, a decisão prolatada pelo Rel. Min. Cezar Peluso na Rcl. 6.969/SP, que recebeu a seguinte fundamentação:

‘Inviável a reclamação. O pedido tem como causa de pedir alegação de ofensa à súmula vinculante nº 10, do seguinte teor: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. ‘Não há, todavia, qualquer ofensa à súmula vinculante nº 10. É que a redação atual do item IV do Enunciado nº 331 do TST resultou do julgamento, por votação unânime do pleno daquele tribunal, do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº TST-IUJ- RR-297.751/96, em sessão de 11/09/2000. Além disso, ainda que assim não fosse, o referido acórdão do pleno do TST e o item IV do Enunciado nº 331 daquele tribunal foram publicados em data anterior à vigência do enunciado da súmula vinculante nº 10 (DJe de 27/6/2008). É velha e aturada a jurisprudência desta Corte sobre a inadmissibilidade de reclamação, quando a decisão impugnada seja anterior à pronúncia do Supremo Tribunal Federal, revestida de eficácia vinculante (Rcl.-AgR-QO nº 1.480, DJ de 08. 06.2001; Rcl nº 1.114, Rei. Min. ELLEN GRACIE, DJ de 19.03.2002; Rcl nº 2.834-MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 06.10.2004; Rcl nº 2.716, Rei. Min. CEZAR PELUSO, DJ de 06.12.2004). 3. Ante o exposto, nego seguimento à reclamação, com fundamento nos arts. 21, § Ia, do Regimento interno do Supremo Tribunal Federal e 267, VI do Código de Processo Civil’.

Isso posto, nego seguimento à presente reclamação (RISTF, art. 21, § Ia). Prejudicado, pois, o exame da medida liminar”.

Afirma o agravante que:

“a *simples* circunstância de o enunciado 331, IV, do TST ter sido editado pelo Pleno, mediante incidente de uniformização, não refuta a premissa em que amparada a presente reclamação, qual seja, a ausência de pronúncia efetiva acerca da inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93” (*fl. 90*).

Aduz, ainda, que o fato de o TST ter decidido o incidente de uniformização pelo Plenário, não tem o condão de afastar a pretensão do reclamante, uma vez que não o fez sob a perspectiva da inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93.

Pugna pela reconsideração da decisão ou pelo provimento do presente agravo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI (Relator): Inicialmente, consigno que esta reclamação foi ajuizada no dia 09/1/2009.

Em consulta ao sítio eletrônico do TST observo que a Reclamação Trabalhista 562-2006-089-02-40-6 transitou em julgado no dia 11/2/2009. Entretanto, tal fato não é prejudicial à continuidade da reclamação constitucional, uma vez que ajuizada antes do trânsito em julgado, conforme se observa da ementa da Rcl. 509/MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, a seguir transcrita:

“I. Reclamação: subsistência à coisa julgada formada na sua pendência. Ajuizada a reclamação antes do trânsito em julgado da decisão reclamada, e não suspenso liminarmente o processo principal, a eficácia de tudo quanto nele se decidir ulteriormente, incluído o eventual trânsito em julgado do provimento que se tacha de contrário à autoridade de acórdão do STF, será desconstituído pela procedência da reclamação. II. Reclamação: improcedência. Sentença de liquidação de decisão de Tribunal Superior não afronta a autoridade de acórdão do Supremo Tribunal exarado no processo de execução que se limitou a afirmar compatibilidade entre o julgado no processo de conhecimento e o do mesmo Tribunal Superior, que reputara ofensiva da coisa julgada, e consequentemente nula, a primitiva declaração de improcedência da liquidação” (*grifos meus*).

Nesse sentido, menciono ainda as seguintes Reclamações: 3288/RJ e 2280/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa; 2337-AgR/MS e 904-AgR/SC, de minha relatoria.

Bem examinados os autos, entendo que o agravante não traz fatos novos capazes de ensejar uma mudança de entendimento quanto ao já decidido.

Não obstante o argumento de não ter o TST decidido no incidente de uniformização sob a perspectiva da inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, é patente a ausência de identidade material entre os fundamentos do ato reclamado e aquele emanado da Súmula Vinculante 10.

Entendo que a decisão reclamada não afrontou a autoridade desta Corte no que diz respeito à mencionada Súmula, pelas razões já expostas quando da análise do mérito.

A Súmula 331 do TST, IV, utilizada como fundamento da decisão reclamada, resultou do julgamento, por votação unânime do Pleno daquele Tribunal, do Incidente de Uniformização de Jurisprudência TST-IUJ-RR-297.751/96, em Sessão de 11/9/2000.

Diferentemente do afirmado pelo agravante, pode-se observar da leitura do acórdão do Incidente de Uniformização de Jurisprudência TST-IUJ-RR-297.751/96, cujo trecho abaixo transcrevo, que a questão da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 foi enfrentada por aquela Corte:

“INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA – ENUNCIADO Nº 331, IV, DO TST – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ARTIGO 71 DA LEI Nº 8.666/93. Embora o artigo 71 da Lei nº 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente. Com efeito, evidenciado, posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária. Realmente, nessa hipótese não se pode deixar de lhe imputar, em decorrência desse seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa in vigilando, a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente, seu dever de responder, igualmente, pelas consequên-

cias do inadimplemento do contrato. Admitir-se o contrário, seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas, sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer corresponsabilidade do ato administrativo que pratica. Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6B, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro. Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou, indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo”.

Note-se que a referência ao art. 71 da Lei 8.666/96 ficou inclusive expressa no Enunciado 331, IV, a seguir transcrito:

“TST Enunciado nº 331 (...)

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993)” {grifos nossos}.

Isso posto, nego provimento ao agravo regimental.

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Senhor Presidente, solicito um esclarecimento do Ministro Relator, por gentileza. Essa questão do artigo 71 da Lei nº 8.666, é a mesma que é objeto da ADC nº 16? Vossa Excelência tem uma ideia? Porque nós estávamos a discutir, aqui, e há, aliás, algumas dezenas, tanto de reclamações quanto de alguns outros processos visando, exatamente, verificar se o afastamento do artigo 71 da Lei nº 8.666, que afasta a responsabilidade subsidiária da administração

pública, como Vossa Excelência acaba de ler, se seria constitucional ou não. O TST, então, acho até que, realmente, na Reclamação não caberia, porque eles discutiram esse assunto e nós começamos o julgamento da ADC n° 16, da relatoria do Ministro Cezar Peluso, e o Ministro Direito tinha pedido vista, tanto que há várias decisões nossas, monocráticas, algumas suspendendo os processos e algumas dando seguimento. Então, como agora nós estamos dizendo que, nesta reclamação, Vossa Excelência entendeu que não havia o descumprimento do artigo 10, porque, de toda sorte, a matéria foi decidida pelo Plenário.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Exatamente. Aqui, a ADC 16, é possível até que trate da mesma matéria, mas creio que a decisão, nesta reclamação, não traz nenhum prejuízo para a ADC 10, porque vai examinar o mérito da constitucionalidade, ou não, desse artigo 71.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Quer dizer, neste caso, aqui, Vossa Excelência está afastando. Não houve descumprimento porque foi decidido pelo Plenário.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Simplesmente estou dizendo, aqui, o que foi decidido pelo Plenário do TST. O mérito, depois, vamos examinar se é constitucional, ou não, esse artigo 71. Eu também até teria, eventualmente, algumas dúvidas e algo a ponderar com relação a isto.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – É um número grande que eu levantei, parece-me que mais de quarenta processos com decisões, alguns dos Ministros suspendendo, nas reclamações, as decisões que são prolatadas, algumas não.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – É a reserva de Plenário.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Aqui, alega-se que não teria havido o descumprimento, mas eu concordo: não houve descum-

primimento da reserva de Plenário. Aqui não houve descumprimento da reserva de Plenário, o Ministro está dizendo, porque, de todo o jeito, o enunciado decorreu de um debate no Plenário, então, o descumprimento da reserva de Plenário não houve. Agora, a matéria é a mesma objeto do 71.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Possivelmente seja a mesma. O Estado de São Paulo aqui quer acabar, desde logo, sem maiores discussões, esse artigo 71 da Lei 8.666, que trata da responsabilidade subsidiária dos tomadores de serviço. Então, se nós dêssemos eventualmente provimento a este agravo e reconhecêssemos a ofensa à Súmula Vinculante 10, já estaríamos matando, digamos assim, num certo sentido, ou antecipando o julgamento.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Aqui, apesar da matéria de fundo, a norma ser a mesma, só para enfatizar, o que se está pondo em questão é se o TST teria discutido no Plenário ou se teria por órgão fracionário. Não, não houve, por isso Vossa Excelência negou seguimento.

Razão pela qual eu o acompanho para, no agravo, e sem embargo de tudo o mais, porque as decisões realmente têm sido muito conflitantes entre os Ministros.

Obs.: Texto sem revisão da Exma. Sra. Ministra Cármen Lúcia. (§ 3 do artigo 96 do RISTF, com a redação dada pela Emenda Regimental n^o 26, de 22 de outubro de 2008)

DEBATE

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, penso que é complexa a matéria. O que houve na espécie? O Colegiado Maior aprovou, a uma só voz, um verbete de súmula quanto à responsabilidade

da tomadora dos serviços. E chegou-se – posteriormente à aprovação desse verbete, em um misto de sessão administrativa e jurisdicional, como sabemos – ao julgamento de um caso em que se articulou a inconstitucionalidade – penso – do verbete, da jurisprudência sedimentada, e a constitucionalidade do artigo 71 da Lei das Licitações. Indaga-se: o órgão fracionado, ao julgar a causa, após a edição do nosso verbete, sem levar essa questão ao Pleno, teria ou não inobservado esse verbete vinculante? É a questão que se coloca, porque penso que não se pode empolgar a aprovação do Verbetes nº 331 pelo Tribunal Superior do Trabalho para simplesmente se dizer que, àquela época, ainda não estava em vigor o verbete vinculante. É interessante a matéria.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Não seria o caso de acolher a reclamação tão somente para mandar para o plenário do TST para manifestação?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Penso que seria interessante, Presidente.

Ainda não me manifestei quanto à matéria de fundo, a harmonia ou não do § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 com a Carta da República, e não seria nem com a Consolidação das Leis do Trabalho. A matéria está em aberto no Supremo. Talvez fosse interessante determinarmos o enfrentamento do tema sob o ângulo constitucional pelo Colegiado do Tribunal Superior do Trabalho para, se for o caso, chegar ao Supremo mediante recurso extraordinário. Porque, como está, não chegará.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Nós temos uma ADC hoje, daria até mais subsídio.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – A minha preocupação, Presidente, é porque, do que levantei, mais de 40 ações, nós temos tido decisões monocráticas, para suspender ou não as ações, diferentes entre nós, e é esta a minha preocupação, porque isso cria uma insegurança.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Porque não há a menor dúvida de que ocorre uma bateção de carimbo nos tribunais, quando há verbete de súmula. Não se adentra a matéria de fundo. E a matéria desafia o crivo do Supremo. É preciso que na origem se adentre, que não se aponte apenas o obstáculo do verbete para haver o julgamento do recurso interposto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Ministro Lewandowski aceitaria essa sugestão?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Entendo que, bem ou mal, o plenário do TST se manifestou.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas, no verbete, Presidente. A aprovação ocorre num misto de sessão administrativa e jurisdicional – mais administrativa do que jurisdicional – porque não se julga conflito de interesses. Apenas se observa que há reiterados pronunciamentos e se edita o verbete, procedendo-se no campo administrativo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Não foi um incidente de inconstitucionalidade?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Se fosse um incidente de inconstitucionalidade, admitiria. Com o verbete, esse processo – como está o processo dito principal – não chegará nunca ao Supremo, porquanto terá implicado apenas a inadmissibilidade do recurso. E se dirá que não houve adoção de entendimento contrário à Carta. É um tema que, no Plenário, está em aberto, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, não é isso Ministra?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Na ADC nº 16, o Ministro relator, Peluso, votou; o Ministro Direito pediu vista e o Ministro Peluso até, nas anotações do meu caderno, então, só *ad hoc*...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O Ministro chegou a votar de que forma?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – O Ministro não conhecia.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Vossa Excelência tinha dito que conviria que as nossas reclamações fossem suspensas. Isso antes até do que foi trazido pelo Ministro Lewandowski. Agora, o que o Ministro inova, quanto às quarenta e tantas que eu levantei, é que o Ministro diz exatamente isso, como houve o enfrentamento e como esta reclamação é diferente das outras.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas houve, Ministra, o enfrentamento para a aprovação do verbete? Sabemos que aprovação de verbete se dá em sessão administrativa.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Na forma do artigo 97.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Exatamente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Eu gostaria de fazer um esclarecimento, Senhor Presidente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Seria interessante avançar para deixar pelo menos em aberto a matéria e termos possibilidade de examinar o caso concreto.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Eu, aqui, estou assentando – como li muito rapidamente –, na minha decisão, que está sendo atacada nesse agravo regimental, disse que o item 4 do Enunciado nº 331 – que justamente faz alusão ao artigo 71 da Lei de Licitações – foi aprovado por votação unânime do Pleno daquele Tribunal, incidente de uniformização de jurisprudência número tal, quer dizer, houve um incidente de uniformização de jurisprudência que me parece que seja um julgamento. Claro, salvo melhor juízo do eminente Ministro Marco Aurélio, que é um expert.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Surge um fato novo: saber se a aprovação se deu, ou não, em sessão jurisdicional. Caso tenha se dado em sessão jurisdicional, a uma só voz, evidentemente, o verbete...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Bom, aí vai estar se cumprindo o que também está no Código de Processo Civil.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – É porque, quase sempre –senão sempre –, aprova-se verbete em sessão administrativa.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – O que estou assentando é que foi num incidente de uniformização de jurisprudência.

O SENHOR MARCOS RIBEIRO (ADVOGADO) – Gostaria de levantar dois aspectos de fato relativos à discussão. Nesse incidente de inconstitucionalidade não houve declaração formal, inconstitucionalidade do artigo 71, nos termos até do que reza o próprio Regimento Interno do TST, que dispõe sobre as regras relativas às declarações de inconstitucionalidade pelo Plenário. Segundo ponto, como informado pelo eminente Relator, o acórdão reclamado transitou em julgado posteriormente ao ajuizamento da reclamação. A eventual negativa de seguimento da reclamação e na hipótese de a ADC ser julgada procedente, o Estado ficaria prejudicado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Agora, pediria apenas a confirmação: houve o incidente de inconstitucionalidade?

O SENHOR MARCOS RIBEIRO (ADVOGADO) – De uniformização de jurisprudência, exatamente; onde não houve a declaração formal de inconstitucionalidade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Então, não tenho como sustentar minha primeira posição.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Mas aí, *data venia*, seria exigir um formalismo exagerado, quer

dizer, o que ocorre em um incidente de uniformização de jurisprudência? Peguem-se as jurisprudências dissonantes, uma, pela constitucionalidade e outra pela inconstitucionalidade e faz-se a uniformização num determinado sentido. Não é preciso usar palavras sacramentais, olha, é constitucional ou inconstitucional. Quer dizer, aprovou-se o verbete...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Nossa jurisprudência é assim, não é Ministro? Mesmo que não se declare expressamente...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Aprovou-se o verbete numa sessão jurisdicional que passou pelo pleno.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Daí haver feito a pergunta sobre a configuração, ou não, do incidente de inconstitucionalidade. Uma coisa é ter-se, simplesmente, a aprovação de um verbete em sessão administrativa, outra, diversa, é ocorrer o incidente de inconstitucionalidade e o órgão especial, ou o plenário, pronunciar-se a respeito, tendo-se como observado o verbete.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Acho que o Ministro Marco Aurélio está fazendo uma distinção muito interessante, porque participou daquela colenda Corte. Mas acredito que está esclarecido.

O SENHOR MARCOS RIBEIRO (ADVOGADO) – Perdão, Senhor Presidente, houve um incidente de uniformização de jurisprudência.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Vossa Excelência vai trazer matéria de fato ou vai discutir o mérito?

O SENHOR MARCOS RIBEIRO (ADVOGADO) – Matéria de fato. Houve um incidente de uniformização de jurisprudência, onde não houve a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo.

O SENHOR MÍNISTRO MARCO AURÉLIO – Não, mas houve declaração de constitucionalidade? Não houve.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Exatamente, na medida em que se edita o verbete é que se considera constitucional.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, mantenho o voto, porque o que fizemos, quando editamos o verbete, foi glosar o drible, ou seja, sem se declarar o conflito do ato normativo com a Constituição Federal, se afastar a incidência do dispositivo. De início, e daria...

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE – Presidente, eu fiquei atenta à afirmação de que já teria havido o trânsito em julgado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas posterior à reclamação. Então não prejudica, segundo a jurisprudência, até aqui, da Casa.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE – Mas, de toda forma, Senhor Presidente, peço vista dos autos para melhor exame.

Obs.: Texto sem revisão da Exma. Sra. Ministra Cármen Lúcia. (§ 3º do artigo 96 do RISTF, com a redação dada pela Emenda Regimental nº 26, de 22 de outubro de 2008)

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

Ag. Reg. Na Reclamação 7.517

Proced.: Distrito Federal

Relator: Min. Ricardo Lewandowski

Agte. (s): Estado de São Paulo

Adv. (a/s): PGE-SP – Thiago Luís Sombra

Agdo. (a/s): Tribunal Superior Do Trabalho (Processo N° 562/2006-089-02-40.6)

Intdo. (a/s): José Carlos Ribeiro de Carvalho

Adv. (a/s): Maria Lúcia Cintra

Intdo. (a/s): Vanguardia Vigilância E Segurança S/C Ltda

Intdo. (a/s): Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo – Cohab

Adv. (a/s): Sueli Marotte

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), negando provimento ao recurso de agravo, pediu vista dos autos a Senhora Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 14.10.2009.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos e, Vice-procuradora-geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Brito Pereira.

LUIZ TOMIMATSU

Secretário

VOTO-VISTA

A Senhora Ministra Ellen Gracie: 1. O Estado de São Paulo ajuizou reclamação, com fundamento nos arts. 102, I, I, e 103-A, *caput* e § 3º, da Constituição Federal; 156 do RISTF; 13 da Lei 8.038/90; e 2º e 7º da Lei 11.417/06, contra o acórdão proferido pela 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho no julgamento do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 562/2006-089-02-40.6 (fls. 42-44), decisão mantida em embargos de declaração (fls. 54-57).

Diz o reclamante que o acórdão ora impugnado entendeu ser aplicável ao caso o que dispõe o inciso IV da Súmula TST 331, sem a consequente pronúncia de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 com a observância da reserva de Plenário, mantendo a decisão da 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região que permitira a transferência de responsabilidades por encargos trabalhistas para os entes públicos.

1. Sustenta, em síntese, que, ao aplicar o inciso IV da

Súmula 331 ao caso concreto, o Tribunal Superior do Trabalho ofendeu a autoridade da Súmula Vinculante 10 e o art. 97 da Constituição Federal, porquanto o acórdão impugnado afastou o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 para aplicar o que dispõe o referido enunciado, declarando inconstitucional, por via oblíqua, o referido dispositivo legal.

O reclamante postula, dessa forma, a anulação do acórdão impugnado para que o Tribunal Superior do Trabalho se manifeste quanto à aplicação do inciso IV da Súmula TST 331 em detrimento da eventual inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, assegurada a observância da reserva de Plenário.

2. Requisitaram-se informações (fl. 62), que foram devidamente prestadas pela Presidência do Tribunal Superior do Trabalho (fls. 67-74).

3. A Procuradoria-Geral da República opinou pela improcedência da reclamação (fls. 76-78).

4. O eminente relator, Ministro Ricardo Lewandowski, negou seguimento à presente reclamação (fls. 82-84). Daí o agravo regimental interposto pelo Estado de São Paulo (fls. 88-93).

5. Iniciado o julgamento perante o Plenário desta Suprema Corte em 14.10.2009, o relator, Ministro Ricardo Lewandowski, votou no sentido do desprovimento do agravo regimental. (certidão de fl. 98).

O relator, Ministro Ricardo Lewandowski, asseverou que a redação atual do item IV do Enunciado 331 do TST resultou do julgamento pelo Plenário daquela Corte do Incidente de Uniformização de Jurisprudência TST-IUJ-RR-297.751/96, realizado em 11.9.2000, em que teria sido enfrentada a questão da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93.

Destacou S. Exa. também que há referência expressa ao art. 71 da Lei 8.666/93 no item IV do Enunciado TST 331:

“IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666. de 21.6.1993):” *(Redação dada pela Resolução TST 96, de 11.9.2000).*

Diante da relevância da matéria, e para melhor análise dos argumentos trazidos pelo eminente relator, pedi vista dos autos.

6. O Estado de São Paulo, em seu recurso de revista (fl. 27), alegou que o acórdão proferido pela 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região ofendeu o que expressamente dispõe o § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93:

“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” (*Redação dada pela Lei 9.032/95, destaquei*).

A decisão que denegou o recurso de revista entendeu que o acórdão recorrido estaria em harmonia com o Enunciado TST 331 (fls. 29-30). Daí a interposição de agravo de instrumento pela Fazenda Pública Estadual, ao qual negou provimento a 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (fls. 42-44).

O acórdão ora impugnado na presente reclamação se baseou no disposto no item IV do Enunciado TST 331, ao desprover o agravo de instrumento do Estado de São Paulo.

Ressalte-se que nas informações prestadas pela Presidência do Tribunal Superior do Trabalho (fls. 67-74) consta a transcrição de trecho das notas taquigráficas da 18ª Sessão Extraordinária do Pleno daquela Corte, ocorrida em 11.9.2000, quando foi discutida a alteração do item IV do Enunciado TST 331, no Incidente de Uniformização de Jurisprudência TST-IUJ-RR- 297.751/96.

Naquela ocasião, o Ministro Milton de Moura-França propôs nova redação ao referido item e consignou:

“Sr. Presidente, já fiz chegar às mãos dos colegas a cópia do voto.

Estou propondo a seguinte redação, ao Enunciado do item 4:

‘O inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador implica responsabilidade subsidiária do tomador de serviço quanto àquelas obrigações, inclusive quanto a, órgãos da Administração Direta, Indireta ou Fundacional, desde que estes tenham participado da relação processual e constem, também, do título executivo judicial.’

Faço considerações partindo do comentário ao art. 71, § 1º. Incursiono, também, no art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Cito doutrina de Hely Lopes Meirelles. Estou propondo esta redação. Vou ler a ementa para facilitar:

‘Embora o **art. 71 da Lei nº 8.666/93** contemple ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato,

é de consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais em desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente. Com efeito, evidenciado posteriormente o descumprimento de obrigações por parte do contratado, entre elas as relativas a encargos trabalhistas, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária. ⁶

Realmente, nesta hipótese, não se pode deixar de lhe imputar, decorrente de seu comportamento omissivo e irregular em não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado em típica culpa *in vigilando*, a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente, o seu dever de responder igualmente pelas conseqüências do inadimplemento do contrato. Admitir-se o contrário, seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção a empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas, sobretudo, pela moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar a largo de qualquer responsabilidade do ato administrativo que pratica.

Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause dano a terceiro, pouco importa que esse dano origine diretamente da Administração ou indiretamente, ou seja, de terceiro, que com ela contratou e executou a obra ou serviço por força ou decorrência de ato administrativo.

E isto que estou propondo, Sr. Presidente.” (Fls. 70-71, *destaquei*).

E dizer, não houve no julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência TST-IUJ-RR-297.751/96 a declaração da inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, mas apenas e tão somente a atribuição de certa interpretação ao mencionado dispositivo legal, conforme se pode depreender das próprias informações prestadas pela Presidência do Tribunal Superior do Trabalho:

“(...) Não é demais ressaltar que o Tribunal Superior do Trabalho em nenhum momento declarou a inconstitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, mas apenas conferiu-lhe a interpretação que lhe pareceu mais consentânea com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, em especial a moralidade pública. (...)” (Fl. 71, destaquei).

Na verdade, o Plenário do Tribunal Superior do Trabalho, ao julgar um incidente de uniformização (arts. 156 a 158 do RITST), objetiva dirimir uma divergência jurisprudencial existente entre seus órgãos fracionários ou consolidar o entendimento por eles adotado, não declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público, fim de uma arguição de inconstitucionalidade (arts. 244 a 249 do RITST).

Registre-se também que o Regimento Interno do TST, em seu art. 248, expressamente estabelece que “*a decisão declaratória de inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público, observadas as exigências regimentais, motivará a edição de Súmula*”.

E o art. 97 da Constituição Federal dispõe:

“Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

Para que seja devidamente observada a cláusula da reserva de plenário, faz-se necessária a reunião dos membros do tribunal com a finalidade específica de julgar a inconstitucionalidade de uma determinada lei ou dispositivo normativo. Decisão de tal gravidade não pode ser adotada em mero incidente de uniformização de jurisprudência.

No presente caso, sequer houve declaração incidente de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 por parte do Plenário do Tribunal Superior do Trabalho no julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência TST-IUJ-RR-297.751/96, realizado em 11.9.2000.

Ora, as disposições insertas no art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 e no inciso IV da Súmula TST 331 são diametralmente opostas. Para tal constatação, basta o simples cotejo dessas duas disposições. O art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 prevê que a inadimplência do contratado não transfere aos entes públicos a responsabilidade pelo pagamento de encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, enquanto o inciso IV da Súmula TST 331 dispõe que o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo contratado implica a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, se tomadora dos serviços.

Saliente-se, mais uma vez, que o Estado de São Paulo arguiu, em seu recurso de revista (fls. 27-28), a necessidade da aplicação do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 ao caso concreto. Todavia, a 3ª Turma ignorou tal arguição e aplicou ao presente caso a interpretação consagrada pelo Tribunal Superior do Trabalho no item IV do Enunciado 331, esvaziando, desse modo, a força normativa do referido dispositivo legal.

Concluo, dessa forma, que a 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, ao julgar o Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 562/2006-089-02-40.6, entendeu que a decisão recorrida estaria em consonância com a Súmula TST 331, negando implicitamente vigência ao art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 sem que o Plenário daquela Corte Superior tivesse declarado a sua inconstitucionalidade.

Com a devida vênia ao eminente relator, Ministro Ricardo Lewandowski, entendo que incide, na espécie, a Súmula Vinculante 10:

“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionado de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.” (DOU 27.6.2008, destaquei).

Assevere-se, ademais, que a edição da Súmula Vinculante 10 objetivou impedir que os órgãos fracionários dos tribunais continuassem a afastar, em flagrante desrespeito ao art. 97 da Constituição Federal, a incidência de leis, sem que tivesse havido a declaração incidental expressa de sua inconstitucionalidade pelo órgão competente – Plenário dessas Cortes.

Penso que a inaplicação do que dispõe o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 por órgão fracionário de um tribunal reclama a anterior declaração expressa da sua inconstitucionalidade, ainda que parcial, por seu plenário, fato que não ocorreu no presente caso conforme demonstrado.

Por fim, é importante destacar que não se está na presente reclamação a julgar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, objeto da ADC 16/DF, cujo julgamento se iniciou em 10.9.2008 e, após os votos do

ilustre relator, Ministro Cezar Peluso, que não conhecia da ação declaratória de constitucionalidade por não ver o requisito da controvérsia judicial, e do Ministro Marco Aurélio, que conhecia e dava seguimento à ação, pediu vista dos autos o Ministro Menezes Direito, tendo posteriormente os autos sido encaminhados à Ministra Cármen Lúcia, em virtude da atuação do Ministro Dias Toffoli na qualidade de Advogado-geral da União.

7. Por tais razões, dou provimento ao agravo regimental interposto pelo Estado de São Paulo para julgar procedente o pedido formulado nesta reclamação, anular o acórdão impugnado e determinar o retorno dos autos ao Tribunal Superior do Trabalho a fim de que proceda a novo julgamento, nos termos do art. 97 da Constituição Federal, manifestando-se incidentalmente quanto à eventual inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Senhor Presidente, a esta altura, pelo menos um consolo: já não estou sozinho no Plenário.

Há, na espécie, um verdadeiro círculo vicioso. Não se admite o recurso extraordinário porque o acórdão na origem foi prolatado a partir de interpretação de normas estritamente legais. É muito difícil chegar-se ao Supremo, na via excepcional do extraordinário, impugnando-se decisão do Tribunal Superior do Trabalho. Formalizada a reclamação, diz-se que, no caso, o Superior simplesmente observou a jurisprudência sedimentada no Verbete nº 333 da Súmula da jurisprudência predominante, que não é vinculante, pois somente o Supremo pode editá-lo.

Presidente, eis a situação concreta: dá-se o afastamento do § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, sem declarar-se a inconstitucionalidade do preceito, que é explícito ao afastar a responsabilidade fiscal e trabalhista do Poder Público no que tome mão de obra da empresa prestadora de serviços.

Há uma questão que nos vem da hermenêutica, da aplicação do Direito. Quando o dispositivo é claro, é preciso, é expresso, cessa a interpretação. Mas precisamos ir ao Verbete nº 10 da Súmula. Esse verbete surgiu, justamente, considerados precedentes, sem que se enfrentasse, no incidente de inconstitucionalidade – que não se confunde com o incidente de uniformização da jurisprudência – a pecha de inconstitucional de um preceito que se tenha deixado de observar. Por isso, o verbete é suficientemente pedagógico ao revelar que:

Viola cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressa-

mente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte.

Essa incidência, a toda evidência, foi afastada porque o artigo 71, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/1993 é explícito:

“Art. 71

§ 1º A inadimplência do contratado...” – leia-se, também, da empresa prestadora de serviço – “...com referência aos encargos estabelecidos neste artigo, não transfere...” – está em bom português – “...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.”

Simplemente, o meu eterno Tribunal, que é o Tribunal Superior do Trabalho, do qual sou egresso, colocou em segundo plano esse preceito sem o incidente de inconstitucionalidade e editou, à mercê de inúmeros pronunciamentos da jurisdição trabalhista, o Verbete nº 331 da Súmula.

Creio que, no caso, tem-se a pertinência do Verbete nº 10. Como disse no início do voto, já estou mais tranquilo, porque não sou voz isolada no Plenário ao sustentar a necessidade de o Supremo exercer crivo quanto à matéria, assentando a possibilidade de deixar de observar o parágrafo único do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, caso tivesse havido, na origem, o incidente de inconstitucionalidade, não incidente de uniformização da jurisprudência, e se tivesse dito do conflito desse preceito com a Lei Maior, que a todos, indistintamente, submete.

Adiantarei o ponto de vista, Presidente, para não tomar, mais tarde, o tempo do Plenário, acompanhando, no caso, a dissidência como o fiz ontem. Penso que houve pedido de vista do Ministro Dias Toffoli nos agravos submetidos a julgamento.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) – Vossa Excelência antecipa o voto pela procedência da reclamação?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Concluo pela procedência do pedido formulado na reclamação.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Dando provimento ao agravo e procedente a reclamação, não é?

DEBATE

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Presidente, eu queria fazer duas observações. Inicialmente, louvando o magnífico voto da eminente Ministra Ellen Gracie que traz nova luz sobre a questão.

Em primeiro lugar – neste agravo e em outros agravos – quero assentar, desde logo, que eu me pautei pela jurisprudência da Casa. Inclusive neste que estamos examinando, em particular, eu me louvei numa decisão do eminente Ministro Cezar Peluso que foi proferida na Reclamação nº 6.969, de São Paulo, em que ele, além de perfilhar os argumentos que eu já veiculei ontem, ele traz outro argumento, de natureza formal, interessante para obstar a incidência desta Súmula Vinculante nº 10. Diz o Ministro Peluso, além daqueles argumentos todos no sentido de dizer que o Plenário do TST já teria se pronunciado sobre a matéria, do ponto de vista da sua constitucionalidade:

“Além disso, ainda que assim não fosse, o referido acórdão do pleno do TST e o item TV do Enunciado nº 331 daquele Tribunal foram publicados em data anterior à vigência do enunciado da Súmula vinculante nº 10 (DJe de 27/6/2008)...” • aí diz o Ministro Peluso – “... É velha e adurada a jurisprudência desta Corte sobre a inadmissibilidade de reclamação, quando a decisão impugnada seja anterior a pronúncia do Supremo Tribunal Federal, revestida de eficácia vinculante...”

O Ministro Peluso cita vários acórdãos nesse sentido, dentre eles da Ministra Ellen Gracie, do Ministro Celso de Mello, do próprio Ministro Peluso, etc.

Enfim, é por esta razão, de natureza formal também, que ele afastou, em idêntico caso, esta reclamação, dizendo que não é possível, numa decisão anterior, utilizar-se, como paradigma uma decisão vinculante posterior da Corte.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE – Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Pois não.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE – Eu afastaria esse argumento também, pois o que realmente o Tribunal impede que seja revisto é a coisa julgada.

Realmente, isso a ordem jurídica garante que se mantenha imutável, não um enunciado que será utilizado doravante centenas de vezes. Esse verbete, parece-me, seria, sim, atingido pela redação da nossa súmula.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Salvo equívoco, o Ministro Peluso se refere a verbetes da Súmula, a enunciados do Tribunal Superior do Trabalho, não ao pronunciamento no caso concreto.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – É que houve uma decisão do TST que está sendo impugnada por meio de uma reclamação à luz da Súmula Vinculante nº 10.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sim, compreendi.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Eu até superaria isso, não estou fechando questão, só estou dizendo que, até este momento em que proferi minha decisão, eu imaginava que estava consentânea com o entendimento da Corte. Esse é um argumento. Mas, em abono da tese da Ministra Ellen, inclusive, eu diria que nós poderíamos superar isso, porque tal decisão, em tese, contraria o artigo 97 da Constituição, que é reserva de Plenário. Então, ela não se amoldou ao preceito.

Mas, de qualquer maneira, outro argumento que trago aqui em meu voto – e também estou pronto a eventualmente evoluir em outro sentido, até permitindo que o TST se debruce sobre a questão constitucional, não fecho questão sobre essa matéria – é o seguinte.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Que o diga se o preceito é inconstitucional ou não!

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Exatamente, até quem sabe antes que nós decidamos a matéria aqui na ADPF que está sob exame.

A Ministra Ellen diz que o incidente de uniformização de jurisprudência não é um instrumento processual apto para declarar a inconstitucionalidade de uma norma, é preciso criar um incidente de inconstitucionalidade para que se atenda ao disposto no artigo 97 e na Súmula Vinculante nº 10.

Na leitura não apenas do enunciado 331, mas também do voto que encaminhou e que resultou nesse enunciado, verifico que a rigor não houve uma declaração de inconstitucionalidade, mas houve uma declaração de compatibilidade do artigo 71 da Lei nº 8.666 com a Constituição.

O que disse o TST nesse incidente de constitucionalidade? Ele diz que existe uma responsabilidade subsidiária do empregador público, sobretudo quando ele age com culpa, invigilando. Diz o TST:

“Admitir-se o contrário, seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas, sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer corresponsabilidade do ato administrativo que pratica. Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que causar danos a terceiro. Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou, indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo”

Então, estou imaginando que não houve propriamente uma declaração de inconstitucionalidade do artigo 71 da Lei de Licitações, mas, pelo contrário, o TST, no incidente de uniformização de jurisprudência, diz que há plena compatibilidade com os princípios, com o arcabouço...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – De duas, uma: ou o preceito da Lei nº 8.666/93 é inconstitucional – e então deve ser afastado do cenário, no caso concreto, no controle difuso – ou é constitu-

cional. Agora, o Tribunal Superior do Trabalho – utilizarei um linguajar muito carioca – driblou a necessidade de instaurar o incidente. Daí eu ter citado Carlos Maximiliano quanto à cessação da interpretação quando o preceito é claro.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE – O resultado é diametralmente contrário: se aplica a súmula, o resultado é um; se aplica a lei...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Eu compreendo o que Vossas Excelências estão dizendo. Na verdade, o TST, para não dizer que é inconstitucional, diz que é compatível com os princípios da Constituição.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sutil jogo de palavras...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Mas, a rigor, a rigor, não houve uma declaração de inconstitucionalidade. Aí, num incidente de uniformização, porquanto os diferentes TRTs estavam julgando a matéria de forma diferenciada, o TST uniformizou a matéria e disse o seguinte: não há incompatibilidade entre o artigo 71 da Lei de Licitações e a Constituição Federal. Todos os TRTs passaram a aplicar isso uniformemente. Agora, há essa insurgência, entendendo-se que o TST não observou o princípio da reserva de plenário do artigo 97 e, por conseguinte, também ofendeu a Súmula 10.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Caso específico que se submete ao Verbete nº 10 da Súmula.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Com a interpretação, Ministro, o TST passou a dizer que a administração seria responsável, quando a lei diz que não. Vossa Excelência, Ministra, fez referência, o Ministro Relator era mineiro?

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE – A proposta é do Ministro Milton de Moura França.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) – Mas o TST é o próprio Plenário.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não importa, não foi no incidente. O aspecto formal é da substância, necessário à valia do pronunciamento.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE – O resultado é diametralmente oposto.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – É oposto: pensa que eu vou para lá, eu vou para cá,

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Acho que nós temos que chegar a uma decisão, não importa. Então vamos decidir isso.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) – É que, nesse momento, o TST decide atuar pelo pleno.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Pelos votos, quanto à procedência do pedido formulado na reclamação, é para o Tribunal Superior do Trabalho instaurar o incidente e enfrentar a compatibilidade, ou não, do parágrafo único do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 com a Carta da República.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Presidente, mais do que uma decisão correta, do ponto de vista jurídico, esse caso está a exigir uma decisão, porque, de fato, isso aqui é “o samba do crioulo doido”.

Nós estamos vendo, de um lado, a decisão do TST que acaba de ser lida pelo Ministro Lewandowski; nós temos os recursos pela alínea “a” e não pela alínea “b”, porque essa seria a consequência prática, relevante, sendo rejeitados por nós no Supremo Tribunal Federal, ao argumento de que se trata de direito infraconstitucional. Mais um equívoco que nós cometemos nesse tipo de matéria, e repete-se isso. Veja, poderíamos conhecer pela alínea “a” do recurso e iríamos no ponto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas ficamos manietados, Ministro, porque a Corte de origem não declarou a inconstitucionalidade. Caso houvesse declarado, caberia o recurso extraordinário pela alínea “b” do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Mas não é este o fundamento que vai impedir que nós não afirmemos, eventualmente, a ilegitimidade daquele acórdão proferido, se for o caso, ou confirmemos a sua legitimidade. Bom, mas veja que esquizofrenia institucional em que nós nos colocamos: de um lado, reclamamos esse pronunciamento do TST e, de outro lado, nós não conhecemos dos recursos que têm chegado pela alínea “a” porque...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite? Não conhecemos justamente porque o Tribunal Superior do Trabalho não enfrenta o tema sob o ângulo constitucional, sob o ângulo do conflito da norma da Lei nº 8.666/93 com a Carta da República.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Claro que enfrenta! E mais do que isso, nós não podemos dizer que é matéria infra-constitucional.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Teria enfrentado no incidente de uniformização da jurisprudência? Esse não é o instrumental próprio.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Mas aí é outro aspecto que, de fato, surge aqui no incidente de uniformização.

O que diz o TST? É claro que não foi da melhor técnica, mas diz o seguinte:

“Embora o artigo 71 da Lei nº 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras

e procedimentos normais no desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente.”

O que o TST tentou fazer nessa decisão plenária foi, eventualmente, fazer um tipo de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Tentou dizer: agora quando houver qualquer outro tipo de incidente, então nós...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Distinguindo onde o legislador não distingue.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES — Claro, mas foi isso que acabou por ocorrer.

Então, o que vai acontecer – e concordo com qualquer solução, porque, de fato, precisamos encaminhar uma solução. E, como já temos um pedido de vista do Ministro Toffoli, nem vou ousar chegar a uma conclusão. Mas, de qualquer sorte, veja Vossa Excelência que é essa a sutileza que marca. Aí o TST decide, fazendo essa eliminação de sentido possível por maioria inclusive de dois terços, mais do que a maioria absoluta exigida.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas não mediante o instrumental próprio, Ministro.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Agora vamos à consequência. Nós podemos encaminhar votos no sentido da Ministra Ellen Gracie, anular os acórdãos, para que o TST confirme o seu entendimento. Que também será confirmado, é de se esperar, a não ser que ele incida em mais uma esquizofrenia. Aí vamos então esperar agora o RE neste caso específico. Além disso, ainda temos uma ADC pendente que trata da matéria de fundo. A ADC pede exatamente que nós declaremos a constitucionalidade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência propõe o sobrestamento, eu adiro.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Eu tenho a impressão...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Para aguardar o julgamento da declaratória.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Veja, nós vamos dar a anulação para voltar ao TST, para ele confirmar aquilo que é óbvio, que ele vem reafirmando; dizer que, de fato, ele afastou a norma do artigo 71, e que nós não estamos reconhecendo por causa do RE – e não estamos reconhecendo de forma errada, porque não é matéria infraconstitucional. Disso não se cuida. Então, é só para desenhar esse cenário de conflitos polivalentes, multivalentes, que nós estamos a produzir, porque agora vamos anular o acórdão. Veja, e, enquanto isso, o trabalhador está aí esperando a definição. É disso que nós estamos falando. Nós estamos falando de responsabilidade subsidiária do trabalhador que reclamou da empresa e que, não tendo a empresa honrado, foi buscar no tomador de serviço, que é o Estado, muitas vezes.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Quem sabe, o Poder Público possa ficar como um verdadeiro tutor e com a responsabilidade maior.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE – Ministro Gilmar, essa é a solução possível neste processo. Para solucionar o problema na generalidade, é preciso decidir a ADC.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Ou algum RE.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) – O Ministro Lewandowski mantém o voto.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Assim como o Ministro Gilmar Mendes, entendo que nós temos de tomar uma decisão, e, talvez, a mais pragmática possível. Ontem, eu trouxe uma série de agravos, creio que eram uns doze, treze ou até quinze agravos, em que a reclamação voltava-se contra as decisões dos TRTs, dos Tribunais Regionais do Trabalho. Se nós dermos provimento, o que

acontecerá? Porque o agravo e a reclamação se insurgiam contra a não observância do princípio da reserva do Plenário pelos TRTs, pelos Tribunais Regionais locais. Então, esses processos voltarão todos para a baixa.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Hoje, há uma batção de carimbo com o Verbete nº 331 da Súmula.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Nós temos de ter também uma visão de economia processual, *data vénia*. Talvez, eu não sei, ou nós sobrestamos, aguardamos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Aguardemos o julgamento do processo objetivo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Nós aguardamos o pedido de vista do Ministro Toffoli. Agora seria interessante, talvez, Presidente, que nós acelerássemos o julgamento da ADC, porque aí não teremos nenhuma desculpa quanto aos requisitos de admissibilidade.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – A informação que tenho é a de que ela já foi pautada.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) – Já está disponível para julgamento.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – O meu voto, aliás, está aqui, só que o Relator é o Ministro Peluso, que não conhecia da ADC, como eu disse. Quem pediu vista foi o Ministro Menezes Direito. No curso desse ano, o Ministro Dias Toffoli afirmou o seu impedimento, pelo que me veio não como um pedido de vista, mas, sim, para continuidade do julgamento. E eu já liberei, Presidente. Estou com o voto aqui, à disposição. Nós ainda estamos na preliminar porque o Ministro Relator não conheceu. Apenas para registro quanto à minha responsabilidade.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI – Peço vista, Senhor Presidente, das reclamações apregoadas. Trarei o voto o mais rápido possível.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, ressalto a necessidade de se conferir preferência à continuação desse julgamento.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Eu pedi como preferência e já veio em pauta uma vez, só que no dia não foi chamado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Pretendo ser apresentado à matéria de fundo, conhecer da matéria de fundo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Até porque, veja, que *show* de atrapalhos nós estamos a verificar. Não estamos a conhecer do recurso pela alínea “a”.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE – Não há necessidade de sobrestamento nem de qualquer outra providência, o Ministro Dias Toffoli está com vista da matéria.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Não estamos a conhecer da ADC. Reclamamos pelo fato do TST não observar o artigo 97.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) – Ministro Gilmar Mendes, a ADC nº 16 está agendada para a próxima quinta-feira.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Ótimo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Talvez o ideal fosse o Ministro Toffoli pedir vista deste.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Eu já pedi vista das reclamações. Até quinta-feira eu as libero.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) – Então, após o voto-vista da Ministra Ellen Gracie, julgando procedente o agravo e, por consequência, anulando o acórdão agravado e devolvendo o processo ao TST para confirmar sua decisão, no que foi acompanhada pelo Ministro Marco Aurélio, pediu vista o Ministro Dias Toffoli.

O agendamento é para quarta-feira. A Secretaria está fazendo a devida retificação.

Obs.: Texto sem revisão da Exma. Sra. Ministra Cármen Lúcia. (§ 3º do artigo 96 do RISTF, com a redação dada pela Emenda Regimental nº 26, de 22 de outubro de 2008).

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Senhor Presidente, por ora eu mantenho o meu ponto de vista, mas estou...

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) – Vossa Excelência mantém o ponto de vista pelo desprovimento do agravo?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Pelo desprovimento.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) – E, conseqüentemente, pela improcedência da reclamação.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Pela improcedência da reclamação, mas estou pronto a eventualmente evoluir.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

Ag. Reg. Na Reclamação 7.517

Proced.: Distrito Federal

Relator: Min. Ricardo Lewandowski

Agte.(s): Estado de São Paulo

Adv. (a/s): PGE-SP – Thiago Luís Sombra

Agdo. (a/s): Tribunal Superior do Trabalho (Processo nº 562/2006-089-02-40.6)

Intdo. (a/s): José Carlos Ribeiro de Carvalho

Adv. (a/s): Maria Lúcia Cintra

Intdo. (a/s): Vanguardia Vigilância e Segurança S/C Ltda

Intdo. (a/s): Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo – Cohab

Adv. (a/s): Sueli Marotte

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), negando provimento ao recurso de agravo, pediu vista dos autos à Senhora Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 14.10.2009.

Decisão: Após o voto-vista da Senhora Ministra Ellen Gracie, dando provimento ao recurso de agravo e julgando procedente a reclamação, no que foi acompanhada pelo Senhor Ministro Marco Aurélio, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Dias Toffoli. Ausentes o Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente), em representação para participar de compromissos na Suprema Corte Americana, em Washington, e para proferir palestra sobre o Sistema Judiciário Brasileiro, em Nova Iorque, nos Estados Unidos da América, e, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto (Vice-presidente). Plenário, 11.11.2010.

Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto (Vice-presidente).
Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie,
Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lú-
cia e Dias Toffoli.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Senhor Presidente, havia trazido voto no sentido de acompanhar o eminente Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, e, por consequência, no pedido de vista da reclamação de relatoria da eminente Ministra Ellen Gracie, divergir de Sua Excelência.

No entanto, o Plenário acabou de deliberar, numa ação declaratória de constitucionalidade, na qual eu estava impedido, no sentido de reconhecer a constitucionalidade.

Em razão disso, hei por bem reajustar o voto que originalmente havia elaborado, com as vênias ao eminente Relator, Ministro Ricardo Lewandowski. Assim, voto para dar provimento aos agravos regimentais nas reclamações de relatoria de Sua Excelência e das quais eu pedi vista, com exceção desta em que firmo o impedimento.

De tal modo, acompanho o voto da eminente Ministra Ellen Gracie naquela que é da relatoria de Sua Excelência e da qual pedi vista semana passada.

É como voto.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Senhor Presidente, eu também reformulo o meu voto porque, como eu já veiculei na sessão anterior, o meu voto se pautou, assim como

creio que o projeto de voto do Ministro Dias Toffoli, na jurisprudência até agora assentada da Casa, ou seja, considerando inconstitucional este artigo, ou pelo menos constitucional no caso concreto.

Agora reformulo o meu ponto de vista e também acompanho a divergência, na verdade, em face do que foi decidido e dou provimento.

DEBATE

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Senhor Presidente, só tenho uma observação: a rigor, o TST, pelo seu Pleno, já não tem mais o que fazer no que diz respeito à declaração de inconstitucionalidade, porque seria levar o exotismo à última instância esperar que eles agora declarassem a eventual inconstitucionalidade da lei. De modo que, talvez, nós tenhamos que também reformular a própria proposta para dizer que simplesmente fica cassada a decisão.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE – Mas será a possibilidade de o Tribunal revisar a vista daqueles elementos que nós aqui colocamos, se os fatos contidos nos autos permitirem a decisão em sentido diverso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Porque a lei está declarada constitucional.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – Exatamente. Eles têm que decidir a causa agora diante da constitucionalidade da lei e diante dos fatos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – É que o incidente de inconstitucionalidade, agora no TST, já está, de alguma forma, prejudicado, não é?

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE – Está resolvido. Espera-se que sim.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Interessante: os agravos provêm de reclamações onde se alega ofensa à Súmula Vinculante 10, a reserva de Plenário.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Eu entendi. Como nós declaramos a constitucionalidade da lei e nós estamos determinando que se reabra o incidente, mandamos aplicar o artigo 97.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE – Não. Não se determinou a reabertura de incidente nenhum, até porque incidente não houve.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Mas que se observe o artigo 97.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE – Mas que o Tribunal agora retome o processo, sob a luz da constitucionalidade da norma.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Sim, digo, terá que ser decidida pelo Pleno.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Está correto.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Mas tenho a impressão de que essas reclamações, então, estariam prejudicadas.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Mudou o quadro agora; o quadro jurídico agora é outro.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Portanto, dar provimento.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – A impressão que eu tive dos debates do Plenário é que nós entendemos que, quando o TST elaborou esse enunciado, ele não se pronunciou sobre a constitucionalidade da matéria.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – Ele o fez indiretamente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Nós, pela primeira vez, é que estamos enfrentando essa questão.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE – O Tribunal só não disse isso.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Ele negou vigência à lei, negou aplicabilidade. Vossa Excelência tem razão, ele não julgou a inconstitucionalidade, ele negou apenas a aplicação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Devemos observar o mandamento bíblico: cada dificuldade em seu dia. Vamos deixar com o Tribunal Superior do Trabalho o passo inicial.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

Ag. Reg. Na Reclamação 7.517

Proced.: Distrito Federal

Relator: Min. Ricardo Lewandowski

Agte. (s): Estado de São Paulo

Proc. (a/s) (es): Procurador-Geral do Estado de São Paulo

Agdo. (Azs): Tribunal Superior do Trabalho (Processo nº 562/2006-089-02-40.6)

Intdo. (a/s): José Carlos Ribeiro de Carvalho

Adv. (a/s): Maria Lúcia Cintra

Intdo. (a/s): Vanguardia Vigilância e Segurança S/C Ltda

Intdo. (a/s): Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo – Cohab

Adv.(A/S): Sueli Marotte

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), negando provimento ao recurso de agravo, pediu vista dos autos a Senhora Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 14.10.2009.

Decisão: Após o voto-vista da Senhora Ministra Ellen Gracie, dando provimento ao recurso de agravo e julgando procedente a reclamação, no que foi acompanhada pelo Senhor Ministro Marco Aurélio, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Dias Toffoli. Ausentes o Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente), em representação para participar de compromissos na Suprema Corte Americana, em Washington, e para proferir palestra sobre o Sistema Judiciário Brasileiro, em Nova Iorque, nos Estados Unidos da América, e, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto (Vice-presidente). Plenário, 11.11.2010.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto, agora reformulado, do Relator, deu provimento ao recurso de agravo. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Plenário, 24.11.2010.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso.

Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

PROCESSO Nº TST-RR-56240-47.2006.5.02.0089

ACÓRDÃO - 3ª Turma

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. ADC 16/DF. Face ao atual entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria discutida, confirmado no julgamento da ADC 16/DF – de caráter vinculante (art. 102, § 2º, da Carta Magna) –, impõe-se acolher os presentes embargos de declaração, não obstante a inexistência dos vícios autorizadores do seu manejo, a teor dos arts. 535 do CPC e 897-A da CLT. **Embargos de declaração acolhidos, com a concessão de efeito modificativo.**

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. ADC 16/DF. Agravo de instrumento provido, nos termos do artigo 3º da Resolução Administrativa nº 928/2003. **Agravo de instrumento conhecido e provido.**

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. ADC 16/DF. Esta Corte Superior, seguindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADC-16, de caráter vinculante, editou o item V da Súmula 331, segundo o qual “os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como

empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada”. **Recurso de revista conhecido e provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-56240-47.2006.5.02.0089, em que é Recorrente FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e são Recorridos JOSÉ CARLOS RIBEIRO DE CARVALHO, VANGUARDIA VIGILÂNCIA E SEGURANÇA S/C LTDA. e COMPANHIA METROPOLITANA DE HABITAÇÃO DE SÃO PAULO – COHAB/SP.

Mediante o despacho (seq. 05) do Presidente do TST, esta Terceira Turma foi informada da decisão do STF (seq. 03), que, ao julgamento da Reclamação 7.517, houve por bem anular o acórdão anteriormente proferido por este Colegiado, ao tempo em que determinou que se procedesse “a novo julgamento, nos termos do art. 97 da Constituição Federal, manifestando-se incidentalmente quanto à eventual inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93”.

Contra o acórdão (fls. 111-3, seq. 01), pelo qual esta Terceira Turma negou provimento ao agravo de instrumento, opõe embargos de declaração (fls. 116-21, seq. 01) o ente da Administração Pública.

Intimados, nos moldes da Orientação Jurisprudencial 142 da SDI-I desta Casa, os embargados silenciaram (seq. 09).

Em mesa para julgamento, na forma regimental.

Em parecer oral, o Ministério Público do Trabalho opinou pelo não conhecimento do recurso de revista (art. 83 do RITST).

É o relatório.

V O T O

A) EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Satisfeitos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade recursal, passo à análise do mérito dos embargos de declaração.

Nos declaratórios, a embargante busca a manifestação desta Corte sobre a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8666/1993.

Com razão.

Ao julgamento da ADC/16, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 e fixou diretriz no sentido de que a mera inadimplência do contratado não autoriza que seja transferida à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas.

Nesse contexto, em cumprimento à decisão do STF na Reclamação 7.517 e ante o caráter vinculante da ADC/16 (art. 102, § 2º, da Carta Magna), impõe-se, em consonância, ainda, com os princípios da celeridade e da razoável duração do processo, consagrados no art. 5º, LXXVIII, da Lei Maior, acolher os presentes embargos de declaração, não obstante a inexistência dos vícios autorizadores do seu manejo, a teor dos arts. 535 do CPC e 897-A da CLT, para reexaminar o agravo de instrumento à luz da atual jurisprudência do STF.

Embargos de declaração acolhidos.

B) AGRAVO DE INSTRUMENTO

Preenchidos os pressupostos legais de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento e passo ao exame do mérito.

O juízo primeiro de admissibilidade denegou seguimento ao recurso de revista, em que discutida a responsabilidade subsidiária da Administração Pública tomadora dos serviços.

Na minuta, o ente da Administração Pública agravante repisa as alegações trazidas na revista, insistindo no preenchimento dos requisitos do art. 896 da CLT. Afirmar não ser subsidiariamente responsável pelo adimplemento dos créditos trabalhistas deferidos na presente demanda.

O agravo de instrumento merece ser provido.

A responsabilidade subsidiária da Administração Pública, como tomadora do serviço, em face do inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo empregador, foi fruto de interpretação judicial construtiva, em consonância com o princípio protetivo do trabalhador, culminando na edição da Súmula 331, IV, deste Tribunal Superior.

Em 2000, no julgamento da IUJ-RR- 297751-31.1996.5.04.5555, da Relatoria do Ministro Milton de Moura França, foi reafirmada a responsabilidade subsidiária da Administração Pública nas terceirizações, nos moldes do item sumular comentado, numa perspectiva de interpretação concretizadora, tendo por lume, notadamente, o princípio da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, da Carta Maior), fazendo frente ao comando do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93.

Tal decisão consubstancia interpretação constitucionalista das normas do Direito do Trabalho e da Lei de Licitações, ou seja, a submissão do ordenamento infraconstitucional aos princípios e regras da Carta Maior, em franco prestígio à força normativa da Constituição, como formulado por Konrad Hesse (A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991). Corrobora essa linha de entendimento o incidente de uniformização, cuja ementa transcrevo:

“INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA
– ENUNCIADO Nº 331, IV, DO TST – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ARTIGO 71 DA LEI Nº

8.666/93. Embora o artigo 71 da Lei nº 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente. Com efeito, evidenciado, posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária. Realmente, nessa hipótese, não se pode deixar de lhe imputar, em decorrência desse seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa *in vigilando*, a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente, seu dever de responder, igualmente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato. Admitir-se o contrário, seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas, sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer corresponsabilidade do ato administrativo que pratica. Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro. Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou, indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo (Tribunal Pleno, DOU 20.10.2000)”

Em 24.11.2010, no entanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADC-16, declarou a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93, consoante se depreende do teor da decisão, da lavra da Ministra Carmen Lúcia, proferida em reclamação, *verbis*:

“5. Cumpre ressaltar que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal dispõe, no art. 157, que “o Relator requisitará informações da autoridade, a quem for imputada a prática do ato impugnado— e, no art. 52,

que “poderá o Relator dispensar a vista ao Procurador-Geral (...) quando sobre a matéria versada no processo já houver o Plenário firmado jurisprudência–. A presente reclamação está instruída com todos os documentos essenciais para a solução da controvérsia e o juiz da Vara do Trabalho de Itu/SP fundamentou sua decisão na Súmula n. 331, inc. IV, do Tribunal Superior do Trabalho, matéria recorrente neste Supremo Tribunal, razão pela qual deixo de requisitar informações à autoridade Reclamada e dispenso o parecer do Procurador-Geral da República.

6. O que se põe em foco na presente reclamação é se, por meio da decisão impugnada, o juiz da Vara do Trabalho de Itu/SP teria descumprido a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, ao aplicar o entendimento do inc. IV da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho para reconhecer a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo cumprimento de obrigações trabalhistas.

7. Na sessão plenária de 24.11.2010, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993:

“o Plenário, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação declaratória de constitucionalidade movida pelo Governador do Distrito Federal, para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 (...) entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade. (...) a Min. Carmen Lúcia consignou que o art. 37, § 6º, da CF trataria de responsabilidade objetiva extracontratual, não se aplicando o dispositivo à espécie. Explicou que uma coisa seria a responsabilidade contratual da Administração Pública e outra, a extracontratual ou patrimonial. Aduziu que o Estado responderia por atos lícitos, aqueles do contrato, ou por ilícitos, os danos praticados” (Informativo n. 610 do Supremo Tribunal Federal, grifos nossos).

Ressalte-se que o acórdão do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 16 está pendente de publicação. No entanto, este Supremo Tribunal assentou ser desnecessária a publicação do acórdão tido por afrontado para o cabimento de reclamação, pois a decisão proferida em ação objetiva de controle de constitucionalidade tem efeito vinculante e eficácia *erga omnes* desde a publicação da ata do julgamento. Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. PROCESSAMENTO DA RECLAMAÇÃO CONDICIONADO À JUNTADA DA ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO DITO VIOLADO. PUBLICAÇÃO DA ATA DE JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NO DIÁRIO DE JUSTIÇA. REFORMA DO ATO QUE NEGOU SEGUIMENTO À RECLAMAÇÃO. 1. O cabimento da reclamação não está condicionado à publicação do acórdão supostamente inobservado. 2. A decisão de inconstitucionalidade produz efeito vinculante e eficácia *erga omnes* desde a publicação da ata de julgamento e não da publicação do acórdão. 3. A ata de julgamento publicada impõe autoridade aos pronunciamentos oriundos desta Corte. 4. Agravo regimental provido – (Rcl. 3.632-AgR, Redator para o acórdão o Ministro Eros Grau, Plenário, DJ 18.8.2006, grifos nossos).

8. Na espécie vertente, a decisão impugnada foi proferida em 12.4.2011 (fl. 7, doc. 4); a ata do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, publicada em 3.12.2010. Portanto, ao afastar a aplicação do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, com base no inc. IV da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, o juiz da Vara do Trabalho de Itu/SP descumpriu a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16. Nesse sentido:

“Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública. Afastamento. Art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. Constitucionalidade. Precedente. ADC 16. 4. Agravo regimental a que se dá provimento, para reconsiderar a decisão agravada e julgar procedente a reclamação – (Rcl. 9.894-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe 17.2.2011).

Confira-se, excerto do voto do Relator:

“Ao apreciar a ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, Sessão Plenária de 24.11.2010, esta Corte julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade para declarar a compatibilidade do referido dispositivo com a Constituição. Ante o exposto, dou provimento ao agravo regimental, para reconsiderar a decisão agravada, e, com base na jurisprudência desta Corte (art. 161, parágrafo único, RISTF), conheço da reclamação e julgo-a procedente, para cassar o acórdão reclamado e determinar que outro seja

proferido em seu lugar, levando em consideração a decisão deste Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, proferida na ADC 16–.

Em caso análogo ao dos autos:

“As disposições insertas no art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 e no inciso IV da Súmula TST 331 são diametralmente opostas. 5. O art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 prevê que a inadimplência do contratado não transfere aos entes públicos a responsabilidade pelo pagamento de encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, enquanto o inciso IV da Súmula TST 331 dispõe que o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo contratado implica a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, se tomadora dos serviços. 6. O acórdão impugnado, ao aplicar ao presente caso a interpretação consagrada pelo Tribunal Superior do Trabalho no item IV do Enunciado 331, esvaziou a força normativa do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. 7. Ocorrência de negativa implícita de vigência ao art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, sem que o Plenário do Tribunal Superior do Trabalho tivesse declarado formalmente a sua inconstitucionalidade– (Rcl. 8.150-AgR, Redatora para o acórdão a Ministra Ellen Gracie, Plenário, DJE 3.3.2011, grifos nossos).

9. Na julgamento da Questão de Ordem no Agravo Regimental na Reclamação n. 9.894, Relator o Ministro Gilmar Mendes, este Supremo Tribunal assentou que os Ministros poderiam julgar monocraticamente os processos relativos à matéria, na esteira dos precedentes.– (Rcl. 11916, Relatora: Min. CARMEN LÚCIA, julgado em 21/06/2011, DJE-125 DIVULG 30/06/2011 PUBLIC 01/07/2011 - grifei)

Destaco, ainda, com o escopo de registrar os contornos alinhavados pela Excelsa Corte acerca da constitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/1993, as seguintes decisões monocráticas:

“DECISÃO: Trata-se de reclamação constitucional ajuizada pela Universidade de São Paulo (USP) contra ato do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, que, ao afastar a incidência do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, com base na Súmula 331, IV, do TST, teria violado a Súmula Vinculante 10/STF. Na petição inicial, alega-se, também, que referi-

do entendimento contrariou a decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a constitucionalidade do supracitado dispositivo, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 16. Na decisão reclamada, consignou-se que:

“(…) De se destacar, ainda, por relevante, que o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 tem aplicação no âmbito dos contratantes, em nenhum momento se aplicando a casos como o vertente, em que direitos de terceiros foram afetados. Vale dizer, ainda que aplicável entre os contratantes o teor do dispositivo legal em comento, isso se dá entre ambos, não podendo o Ente Público ser compelido pelo contratado ao pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. Mas não o isenta dessa responsabilidade quando determinada judicialmente em demanda trabalhista ajuizada pelo terceiro prejudicado, o empregado da contratada que teve seus direitos trabalhistas inadimplidos. Note-se, por relevante, que o artigo 67, caput, da mesma Lei 8.666/93 estabelece que ‘a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado’, de onde resulta a culpa no mínimo *in vigilando* do Ente Público, ainda que se pudesse admitir que a formalização da licitação fosse suficiente a eliminar a *culpa in eligendo*, da recorrente, quando se constata, mediante ação judicial, como no caso vertente, que direitos trabalhistas foram sonegados ao empregado da contratada, mercê do contrato de prestação de serviços mantido com a ora recorrente, não sendo suficiente a eliminar a mencionada *culpa in vigilando* o fato de que ‘os pagamentos à prestadora de serviços só eram liberados após a apresentação dos comprovantes de cumprimento das obrigações descritas no Parágrafo Quarto, Cláusula Oitava’ (fls. 185-in fine/186). Ora, uma vez constatado o inadimplemento de direitos do obreiro, mercê da presente ação judicial, resta comprovada a falha na vigilância, por parte da tomadora dos serviços, do escorrito cumprimento das obrigações contratuais da contratada para com seu empregado— (fls. 1-2 do Acórdão TRT 2).

É o relatório.

Dispensou a remessa dos autos à Procuradoria-Geral da República, por entender que o processo já está em condições de julgamento (art. 52, parágrafo único, RISTF).

Inicialmente, verifico que o Tribunal Superior do Trabalho, para editar o item IV da Súmula 331, procedeu à declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, que afasta a responsabilidade subsidiária da Administração Pública na terceiri-

zação de mão de obra. Idêntica técnica de decisão foi adotada pelo tribunal reclamado, motivo pelo qual seria necessária a submissão do feito ao órgão especial daquela Corte.

Ademais, ao apreciar a ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 6.12.2010, esta Corte julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade para declarar a compatibilidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 com a Constituição.

Registre-se, ainda, que a alegação de conduta omissiva por parte da Administração Pública foi argumento utilizado para a edição da Súmula 331, IV, do TST, mas essa fundamentação não mais se sustenta, após o julgamento da referida ADC 16, uma vez que é contrária à literalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993.– (Rcl. 11910, Relator: Min. GILMAR MENDES, julgado em 20/06/2011, DJe-120 DIVULG 22/06/2011 PUBLIC 24/06/2011)

“Trata-se de reclamação, com pedido de medida liminar, ajuizada pela Universidade de São Paulo – USP contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, por inobservância da Súmula Vinculante 10 desta Corte e por descumprimento da decisão proferida na ADC 16/DF, Rel. Min. Cezar Peluso.

A reclamante sustenta, em síntese, que o juízo reclamado afastou a aplicabilidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, condenando-a subsidiariamente a pagar créditos trabalhistas, em afronta ao conteúdo do julgamento proferido naquela Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Aduz, mais, que “A redação do § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/1993 é totalmente oposta e divergente do texto da Súmula nº 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho e, por isso, somente por meio da declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, observado o artigo 97 da Constituição Federal e a Súmula Vinculante nº 10 do STF, é que poderia o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região reconhecer a responsabilidade subsidiária da USP por débitos trabalhistas nos autos da ação promovida por Rodrigo Peixoto de Moraes em face da empresa Corporação Gutty Segurança Patrimonial e Vigilância Ltda. e desta requerente, processo autuado sob nº 0038500-12.2009.5.15.0121–. Pugna, por tais razões, pela concessão da liminar para suspender imediatamente os efeitos do acórdão proferido no Reexame Necessário e no Recurso Ordinário no Processo 0038500-12.2009.5.15.0121, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

É o relatório.

Decido.

Esta Corte, no julgamento da ADC 16/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, declarou constitucional o art. 71 da Lei 8.666/1993, por entender que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

No entanto, reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade, acaso demonstrada a culpa do ente público. No caso dos autos, todavia, vislumbro, ainda que de forma perfunctória, própria deste momento processual, ofensa ao que decidido por ocasião do referido julgamento. Isso porque, conforme se depreende da decisão reclamada, o Tribunal Regional Federal, ao manter a sentença que reconheceu a responsabilidade subsidiária da Universidade e São Paulo – USP, presumiu a culpa que afastaria a incidência do § 1º do art. 71 da Lei 8666/1993, como se extrai do seguinte trecho:

“(…) comprovado que o prestador de serviços não pagou a seus empregados verbas trabalhistas devidas, entendo que deve ser imposta à Administração Pública a responsabilidade subsidiária por elas, mesmo porque resta evidente que, apesar da licitação, acabou escolhendo mal, o que revela culpa *in eligendo*. Mesmo que se entenda que, no ato da contratação, a prestadora de serviços tinha idoneidade financeira o certo é que, o caso vertente, ao que parece, durante a execução do contrato, tal situação foi drasticamente alterada. Resta evidente, assim, que o recorrente USP, no presente caso, não teria observado o disposto no artigo 67, da Lei 8.666/1993, que lhe impõe o dever de fiscalizar a execução do contrato de prestação de serviços, quanto às obrigações contratuais e legais, fato que caracteriza culpa *in vigilando*”. (Rcl. 11789 MC, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 27/05/2011, DJe-103 DIVULG 30/05/2011 PUBLIC 31/05/2011 - grifei)

Por seu turno, este Tribunal Superior do Trabalho revisou o conteúdo da Súmula 331, na forma da Resolução 174/2011, para emprestar nova redação ao item IV e acrescentar os itens V e VI ao referido verbete, *in verbis*:

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

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

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

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

Assim, observado o caráter vinculante das decisões nas ações diretas de constitucionalidade (art. 102, § 2º, da Carta Magna), contraria a interpretação da Corte Constitucional, que encontra eco na nova redação da Súmula 331 do TST, decisão regional que responsabilize a Administração Pública tão somente em razão do inadimplemento, por parte do empregador, das verbas devidas, aplique a responsabilidade objetiva na espécie ou presuma a culpa do tomador dos serviços.

Nesse contexto, vislumbrando a violação do art. 71, § 1º, da Lei 8.666, afasto o óbice oposto pelo despacho denegatório do recurso de revista e **dou provimento** ao agravo de instrumento para, nos termos do art. 3º da Resolução Administrativa nº 928/2003, convertendo-o em recurso de revista, determinar a reautuação do feito e o regular processamento desse recurso, no efeito devolutivo, para melhor exame.

C) RECURSO DE REVISTA

I – CONHECIMENTO

1. PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

O recurso é tempestivo, regular a representação e isento do preparo.

2. PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. ADC 16/DF

Ao julgamento do recurso ordinário, o Desembargador Relator José Eduardo Olivé Malhadas consignou o seguinte:

“No mérito, entendo persistir a responsabilidade subsidiária do ente estatal e das empresas a ele ligadas, independentemente da regularidade na contratação do serviço. A decretação do vínculo de emprego, ou de solidariedade na condenação é que encontram óbice legal. A Lei de licitações é dirigida ao administrador, proibido de ajustar responsabilidade por débitos do prestador de serviço. Não ao Judiciário que, examinando cada caso, pode concluir que existe responsabilidade subsidiária do Poder Público ou de suas empresas. No caso, tal responsabilidade decorre da culpa, pois ninguém além da parte ré escolheu a prestadora de serviços e ninguém além dela tinha obrigação de fiscalizar o cumprimento das obrigações do prestador em relação aos empregados que colocou ao seu dispor. Como usufruiu da força de trabalho da parte autora, responderá pelo pagamento, em execução, se acaso insolvente a empresa prestadora, como bem decidido em primeiro grau. Rejeito.”

Nas razões da revista, o ente da Administração Pública se insurge contra a responsabilização de forma subsidiária pelo pagamento das parcelas objeto da condenação.

O recurso de revista merece ser conhecido.

Efetuada detida análise das razões da revista, em confronto com a tese jurídica constante da decisão recorrida, julgo que, no aspecto, logra a recorrente êxito em comprovar o preenchimento dos requisitos exigidos no art. 896 da CLT, a ensejar o conhecimento do recurso de revista, reportando-me aos fundamentos já adotados por ocasião do provimento do agravo de instrumento.

Conheço do recurso de revista, por violação do art. 71, § 1º, da Lei 8666.

II – MÉRITO

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. ADC 16/DF

Corolário do conhecimento do recurso de revista por violação do art. 71, § 1º, da Lei 8.666 é seu provimento, para afastar a responsabilidade subsidiária imputada ao ente integrante da Administração Pública, pelos efeitos da condenação.

Revista **provida**.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, acolhidos os embargos de declaração, com a concessão de efeito modificativo, e, provido o agravo de instrumento, conhecer do recurso de revista, por violação do art. 71, § 1º, da Lei 8.666, e, no mérito, dar-lhe provimento para afastar a responsabilidade subsidiária imputada ao ente integrante da Administração Pública, pelos efeitos da condenação.

Brasília, 28 de setembro de 2011.

ROSA MARIA WEBER CANDIOTA DA ROSA

Ministra Relatora

editoração, ctp, impressão e acabamento

imprensaoficial

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO