

Procuradoria Geral do Estado

**DA USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA
DO STF PELO TST**
RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL Nº 19.939/SP

Nilton Carlos de Almeida Coutinho

Prêmio “O Estado em Juízo”
2017

Série
Estudos

PGE - SP

Procuradoria Geral do Estado de São Paulo
Centro de Estudos

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 – Escola Superior



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

**DA USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA
DO STF PELO TST**
RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL Nº 19.939/SP

Nilton Carlos de Almeida Coutinho

Prêmio “O Estado em Juízo”

2017

Série Estudos n. 25



CENTRO DE ESTUDOS

Procuradora do Estado Chefe

Mariângela Sarrubbo Fragata

Assessoria

Camila Rocha Schwenck, Joyce Sayuri Saito, Valter Farid Antonio Junior

ESCOLA SUPERIOR DA PGE

Direção

Mariângela Sarrubbo Fragata

Coordenador-Geral

Valter Farid Antonio Junior

Comissão Julgadora do Prêmio “O Estado em Juízo” 2017

Cassio Scarpinella Bueno, Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara e José Luiz Gavião de Almeida

Redação e Correspondência

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

Procurador responsável: Joyce Sayuri Saito

Rua Pamplona, 227 – 10º andar – CEP 01405-100 – São Paulo/SP – Brasil.

Telefone: (11) 3286-7016/7005

Homepage: www.pge.sp.gov.br

E-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

Coutinho, Nilton Carlos de Almeida

Da usurpação de competência do STF pelo TST: Reclamação Constitucional nº 19.939/SP

São Paulo – Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2018.

Tese laureada com o Prêmio “O Estado em Juízo – 2017”

1. Reclamação Constitucional 2. Usurpação de competência do STF 3. Responsabilidade subsidiária do ente público

CDD-352

CDU- 351.9:654.0

**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, nº 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
20. Prêmio “O Estado em Juízo” – 2011
21. Prêmio “O Estado em Juízo” – 2013
22. Prêmio “Procuradoria Geral do Estado” – 2014
23. Prêmio “O Estado em Juízo” – 2015
24. Prêmio “Procuradoria Geral do Estado” – 2016

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	11
AGRADECIMENTOS DO AUTOR.....	13
SÍNTESE DO TRABALHO	15
RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL Nº 19.939/SP.....	21
1. DOS FATOS	21
2. DA TEMPESTIVIDADE	23
3. DO CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO	24
4. DO PEDIDO DE CONCESSÃO DE LIMINAR <i>INAUDITA</i> <i>ALTERA PARS</i>	40
5. DOS PEDIDOS	42
ANEXOS	43
1. ACÓRDÃO – 2ª TURMA DO TST (TST-AIRR-459-58.2011.5.15.0071)	45
2. RECURSO EXTRAORDINÁRIO	55
3. DECISÃO MONOCRÁTICA – TST (relativa ao RE)	67
4. ACÓRDÃO – ÓRGÃO ESPECIAL (TST-Ag-AIRR-459-58.2011.5.15.0071)	75
5. DECISÃO – MIN. TEORI ZAVASCKI (Reclamação Constitucional nº 19.939/SP).....	91
6. DESPACHO – TST (Sobrestamento do RE).....	95

APRESENTAÇÃO

Reconhecer, creditar e contemplar o mérito e as conquistas de outrem, principalmente no âmbito profissional, são condutas das mais virtuosas. São, a um só tempo, louvor e encômio. Envolvem inúmeros elementos humanos que vêm à baila em conjunto, por vezes de maneira inconsciente, cabendo destacar a empatia com a pessoa agraciada, com a qual nos colocamos em seu lugar para compreender a miríade de fatores que circundaram a consecução do trabalho laureado.

Nesse sentido, o Prêmio “O Estado em Juízo” materializa institucionalmente tais predicados. A cada dois anos, desde há longa data, a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo tem a satisfação e o orgulho em concedê-lo, prestigiando ínclitos colegas que, dentre muitos, destacaram-se pela excelência de sua atuação profissional, refletida na qualidade ímpar do trabalho jurídico desempenhado para o alcance de resultado exitoso ao interesse público.

Muito me honra o feliz e ilustre convite para apresentar o trabalho contemplado nesta edição da láurea, fruto que é de nossa prodigiosa unidade de Brasília e que foi avaliado por insigne banca examinadora, formada pelos notáveis Professores Doutores Cassio Scarpinella Bueno, Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara e José Luiz Gavião de Almeida, o que, ao mesmo tempo em que realça a seriedade do certame, figura por si só como privilégio aos demais concorrentes e ao premiado.

O cotidiano do contencioso da unidade de Brasília, pela própria distância física que a separa da sede da instituição, por vezes passa ao largo do conhecimento dos demais colegas, o que dificulta valiosa troca de experiências capaz de promover mútuo auxílio na qualificação da litigância. Nesse aspecto, o trabalho ora contemplado demonstra um dos muitos pontos de conflito experimentados na atuação perante os Tribunais Superiores, qual seja, o desafio à autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal por parte das demais Cortes Especiais.

No caso específico, e conforme se depreenderá da fluida leitura da peça, a despeito do posicionamento firmado pela Suprema Corte em ação declaratória de constitucionalidade e do enunciado sumular n. 331, do c. TST, a Procuradoria do Estado de São Paulo em Brasília passou a se deparar com decisões no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho nas quais foram adotados posicionamentos contrários ao estabelecido pelo c. Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado.

E, após o manejo de diversas medidas processuais, outra saída não houve senão a propositura em cascata de inúmeras reclamações constitucionais, com arrimo no artigo 102, inciso I, alínea I, da Constituição da República. Dentre tais peças, eis a premiada reclamação constitucional n. 19939/SP, ajuizada em face do v. acórdão proferido pelo Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho, nos autos TST-Ag-AIRR-459-58.2011.5.15.0071.

Em nome da unidade de Brasília, cumprimento o dr. Nilton Carlos de Almeida Coutinho, pelo reconhecimento institucional que este tão importante prêmio traz consigo, ao tempo em que também lhe agradeço, pois a outorga desta graça, para além do esperado regozijo individual que toda premiação carrega, possibilitou a divulgação à carreira de profícua tese processual defendida pela unidade de Brasília à época e, por esse motivo, sente-se igualmente prestigiada e contemplada com o mérito.

Que este trabalho seja fonte de discussões e aprimoramentos na atuação contenciosa, de modo a fortalecer ainda mais a defesa institucional do interesse público.

Camila Kühl Pintarelli

Procuradora do Estado Chefe

Procuradoria do Estado de São Paulo em Brasília

AGRADECIMENTOS DO AUTOR

O Prêmio “O Estado em juízo” é, com certeza, uma das maiores honrarias para um Procurador do Estado. Representa o reconhecimento da Instituição acerca da qualidade do trabalho desempenhado pelos seus Procuradores, mas, principalmente, traz para o laureado a sensação de um “dever cumprido”.

Acrescente-se, ainda, o fato de o julgamento da peça ter sido feito por uma comissão composta por grandes expoentes da área jurídica que, no caso do Prêmio “O Estado em juízo – 2017” foram os professores Cassio Scarpinella Bueno, Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara e José Luiz Gavião de Almeida.

Mas, antes de fazer uma pequena apresentação do trabalho em si, julgo necessário fazer alguns agradecimentos aos meus colegas de Procuradoria e, em especial, aos colegas da Procuradoria de Brasília.

Isso porque, a presente peça foi fruto de um trabalho em conjunto, capitaneado pelo então chefe da Regional, Dr. Pedro Ubiratan Escorel de Azevedo, o qual reuniu o grupo para discutirmos a melhor estratégia a adotar no caso. Foram centenas de decisões desfavoráveis à Administração Pública publicadas em poucos dias em relação ao tema a seguir apresentado, exigindo um esforço “sobre-humano” de todos os Procuradores aqui lotados em prol da defesa do interesse público.

Merece destaque, ainda, o trabalho do colega Waldir Francisco Honorato Júnior (na época chefe da 2ª Subprocuradoria) o qual contribuiu de forma fundamental para o amadurecimento da tese exposta na referida reclamação constitucional e defendida com maestria pelos Procuradores desta Unidade. Com certeza, sem sua experiência e conhecimento na área – oriunda de mais de quinze anos atuando perante Tribunais Superiores – as reclamações ajuizadas não teriam obtido a mesma eficácia.

Aliás, do mesmo modo, agradeço a todos os demais colegas da Procuradoria de Brasília que se uniram em prol dos interesses do Estado no caso em questão. O prêmio “O Estado em juízo – 2017” foi outorgado a mim, mas, com certeza, poderia ter sido outorgado a qualquer outro colega com atuação em nossa regional.

Por fim, agradeço a Deus, a meus pais (Mário e Anita) bem como a minha querida esposa Vanessa Coutinho e nossa filha Lorena Letícia, os quais sempre estiveram ao meu lado, apoiando-me nos momentos mais importantes da minha vida.

NILTON CARLOS DE ALMEIDA COUTINHO
Procurador do Estado

SÍNTESE DO TRABALHO

Como sabemos, a terceirização de serviços tem se tornado uma prática cada vez mais disseminada na economia e sociedade contemporânea, sendo utilizada tanto no setor privado quanto no setor público.

Do mesmo modo, tem-se observado que as discussões jurídicas no âmbito da justiça do trabalho em relação à responsabilidade do Estado no caso de serviços terceirizados, têm crescido significativamente nos últimos anos.

Em sua defesa, o Estado tem se escudado na tese de que a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços (no caso de se tratar de ente integrante da Administração Pública) somente estará caracterizada na hipótese de ficar evidenciada a sua conduta culposa.

Tal tese baseia-se, entre outros fatores, no fato de que:

a) a inadimplência das obrigações trabalhistas por parte do empregador não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, consoante dispõe o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, declarado constitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 24 de novembro de 2010 (no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16/DF);

b) a Súmula nº 331/TST estabeleceu que tal responsabilização encontra-se condicionada a restar 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;

c) a referida Súmula nº 331 concluiu que a aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Assim, conclui-se que a responsabilidade subsidiária da Administração Pública só estaria presente na hipótese de comprovação de ocorrência de culpa *in vigilando*.

Ocorre que, não obstante o posicionamento adotado no âmbito do STF e a disposição constante na Súmula nº 331/TST, os Procuradores do Estado de São Paulo atuantes na Procuradoria de Brasília passaram a se deparar com decisões no âmbito do TST nas quais foram adotados posicionamentos contrários ao estabelecido pelo STF.

Assim, foram intentadas todas as medidas judiciais cabíveis no âmbito daquele Tribunal. Lamentavelmente, em raras situações, conseguiu-se reverter a decisão proferida, razão pela qual foram interpostos recursos extraordinários destinados ao STF.

Porém, surpreendentemente, o Vice-presidente do TST, passou a negar seguimento aos recursos extraordinários interpostos, razão pela qual os Procuradores do Estado atuantes nesta Regional interpuseram agravos de instrumento destinados ao STF.

Entretanto, ao invés de determinar o processamento do agravo e a sua remessa ao Colendo Supremo Tribunal Federal, como previsto no artigo 544, § 2º, do Código de Processo Civil de 1973, o Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, converteu o mesmo em agravo regimental e negou-lhe provimento, determinando a baixa dos autos à origem e aplicando multa de 1% (um por cento) do valor corrigido da causa.

Diante de tal atitude por parte do Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho, a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, por meio dos Procuradores atuantes em Brasília, ajuizou diversas reclamações junto ao STF, com fulcro no art. 102, I, '1', sob o fundamento da ocorrência de usurpação de competência.

Dentre tais reclamações, cite-se a Reclamação Constitucional nº 19.939/SP, ajuizada em face do acórdão proferido pelo Órgão Especial do Tribunal

Superior do Trabalho, nos autos TST-Ag-AIRR-459-58.2011.5.15.0071, a qual veio a receber o prêmio “O Estado em juízo”.

Tal reclamação fundou-se, basicamente, na usurpação da competência desse Colendo Supremo Tribunal Federal por parte do TST, podendo ser reconhecida nos seguintes fatos:

1) Não poderia o TST converter o agravo do artigo 544 do Código de Processo Civil em agravo regimental para o Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho, uma vez que “*compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal apreciar os agravos de instrumento deduzidos em face de decisões denegatórias de recurso extraordinário – ainda que, afinal, a Corte venha a ter por incabível o apelo extremo*”.

2) Na fundamentação do despacho proferido no âmbito do TST, restou consignado expressamente que: “*De plano, cabe assentar que o presente recurso não se enquadra no Tema 246 da Tabela de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal (“responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço”).*” O Ministro Relator consignou, ainda, que “*o recurso extraordinário do ente público está fadado ao insucesso*”.

3) Analisando-se a decisão proferida no âmbito do TST, tem-se que aquela Corte concluiu pelo reconhecimento da responsabilidade subsidiária da Administração Pública com base na culpa presumida, em flagrante contraste com o que restou decidido na ADC nº 16. Ademais, a matéria discutida no recurso extraordinário encontrava-se submetida à sistemática da repercussão geral (Tema 246), cujo paradigma é o RE nº 760.391 (que substituiu o RE nº 603.397).

Assim, observa-se que a decisão proferida pelo TST teve um objetivo bem definido, qual seja: inviabilizar a análise da questão atinente à responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo STF e evitar a incidência de eventual decisão favorável ao ente público (no julgamento do RE nº 760.391) nos processos em trâmite junto ao TST.

Ante as razões acima expostas, restou evidente a possibilidade de ajuizamento de reclamação com o objetivo de restaurar e preservar a competência do STF (a qual fora usurpada pelo acórdão do Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho que, de forma indevida, promoveu exame de admissibilidade e julgou o mérito do agravo interposto com fundamento no artigo 544 do Código de Processo Civil).

Assim, a reclamação mostrou ser uma medida judicial adequada e eficaz para reverter o posicionamento do TST.

No caso apresentado para concorrer ao prêmio “O Estado em Juízo”, o relator, Ministro Teori Zavascki, concluiu pela ocorrência de usurpação da competência do STF, uma vez que o mérito do Tema 246 da Repercussão Geral ainda não fora julgado pelo STF, razão pela qual não se poderia falar em aplicação da sistemática prevista no art. 543-B do CPC nas circunstâncias do caso. Concluiu, ainda, que o recebimento como recurso interno do agravo do art. 544 do CPC/1973 contraria o entendimento consagrado pela Súmula 727/STF.

O relator ainda assinalou que não cabe ao TST proferir juízo de admissibilidade de recurso extraordinário que envolva tema de repercussão geral reconhecida, mas pendente de julgamento de mérito.

Deste modo, julgou procedente a reclamação para cassar o acórdão reclamado e determinou o sobrestamento, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, do agravo em recurso extraordinário interposto nos autos do referido Processo nº 459-58.2011.5.15.0071.

Registre-se que, decisões no âmbito do STF trouxeram um efeito imediato, qual seja: a alteração do posicionamento do TST em relação ao tratamento processual dado ao tema, sendo certo que, em alguns casos, conseguiu-se, inclusive, excluir-se a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, uma vez que não ficara caracterizada a ocorrência de culpa *in vigilando*.

Neste aspecto, observe-se que a alteração da jurisprudência do TST em relação ao tema (após o ajuizamento das reclamações) ocorreu rapidamente podendo-se citar, por exemplo, acórdão proferido pelo Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho no julgamento Ag-AIRR-1067-60.2010.5.02.0004, em 4 de maio de 2015. No referido julgamento, os Ministros do Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho curvaram-se à decisão do STF, revendo o posicionamento anterior no âmbito daquele Tribunal, dando provimento ao agravo interposto pelo ente público e mantendo sobrestados os recursos extraordinários relacionados ao referido tema.

NILTON CARLOS DE ALMEIDA COUTINHO
Procurador do Estado

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO CO- LENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O ESTADO DE SÃO PAULO (CNPJ 71.584.833/0002-76), por meio do Procurador do Estado infra-assinado, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento nos artigos 102, I, “I”, da Constituição Federal, 13 a 18 da Lei nº 8.038/90 e 156 a 162 do Regimento Interno desta Corte, propor a presente **RECLAMAÇÃO, COM PEDIDO DE LIMINAR**, em face do acórdão proferido pelo Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho nos autos **TST-Ag-AIRR-459-58.2011.5.15.0071**, o qual deixou de remeter a esse Colendo Supremo Tribunal Federal o agravo interposto com fundamento no artigo 544 do Código de Processo Civil contra a decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário, conforme exposto a seguir.

1. DOS FATOS

Conforme se pode constatar dos documentos anexados a esta petição, o Estado de São Paulo interpôs recurso extraordinário contra acórdão da Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que manteve o acórdão do Tribunal Regional do Trabalho que reconheceu a responsabilidade subsidiária do Estado pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços.

No recurso extraordinário, o Estado de São Paulo alegou violação aos artigos 5º, II, 37, *caput*, XXI e § 6º, e 97 da Constituição Federal, pois o reconhecimento da responsabilidade subsidiária não se amparou em nenhuma conduta específica e concreta imputável à Administração Pública. Destacou que a matéria discutida nos autos é coincidente com aquela veiculada no RE nº 603.397, no bojo do qual o Plenário dessa Colenda Corte reconheceu a existência de repercussão geral (Tema 246 - Responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço).

O Ministro Vice-Presidente do Tribunal Superior do Trabalho proferiu despacho, denegando seguimento ao recurso extraordinário e determinando a baixa dos autos à origem.

Na fundamentação do referido despacho restou consignado expressamente que: ***De plano, cabe assentar que o presente recurso não se enquadra no Tema 246 da Tabela de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal (responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço), bem como que o recurso extraordinário do ente público está fadado ao insucesso.***

Inconformado com tal despacho, o Estado de São Paulo interpôs o agravo previsto no artigo 544 do Código de Processo Civil.

Entretanto, ao invés de determinar o processamento do agravo e a sua remessa a esse Colendo Supremo Tribunal Federal, como previsto no artigo 544, § 2º, do Código de Processo Civil, o Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, converteu o mesmo em agravo regimental e negou-lhe provimento, determinando a baixa dos autos à origem e aplicando multa de 1% (um por cento) do valor corrigido da causa, nos termos do acórdão que restou assim ementado:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇO - ENTE PÚBLICO - CULPA RECONHECIDA

1. Com o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 16 (Relator Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJE de 09/09/11), restou fixada a interpretação constitucionalmente adequada a ser conferida ao art. 71 da Lei 8.666/94, segundo a qual a previsão legal de inexistência de responsabilidade de ente público pelos débitos trabalhistas de seus contratados não impede a sua condenação subsidiária nas causas em que for comprovada a culpa do contratante pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do prestador de serviços.

2. O julgamento da ADC 16 foi posterior ao reconhecimento da repercussão geral pertinente à responsabilidade trabalhista de ente público na condição de tomador de serviços (T-246 da Tabela de Repercussão Geral do STF). Assim, dado o caráter vinculante da decisão proferida no controle concentrado de constitucionalidade, o Tema 246 restou solucionado, por coerência lógica, no que tange à responsabilidade subsidiária da Administração Pública na hipótese de comprovada culpa, remanescendo apenas a questão relativamente às hipóteses de culpa presumida, de não demonstração de culpa ou de silêncio sobre a culpabilidade.

3. O sistema de repercussão geral, instituído a partir da Emenda Constitucional 45, impõe filtro processual por meio do qual se torna desnecessário o julgamento repetitivo e individualizado de demandas de idêntico conteúdo jurídico pelo STF, sendo possível resolver o conflito no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho.

4. No caso presente, a Agravante foi responsabilizada subsidiariamente em relação aos créditos reconhecidos judicialmente, em razão de sua comprovada culpa, decisão que se amolda aos uníssonos precedentes do STF, em sede da ADC 16 e de diversas reclamações constitucionais que a esta seguiram.

5. Assim, a hipótese dos autos se amolda ao Tema 246 da Tabela de Repercussão Geral do STF, mas no sentido de já estar solucionado pelo Pretório Excelso em direção contrária à pretensão recursal.

Recurso recebido como agravo regimental, ao qual se nega provimento, com determinação de baixa dos autos à origem, com aplicação de multa.

Como se verá nos tópicos seguintes, ao assim decidir, o Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho usurpou a competência desse Colendo Supremo Tribunal Federal, o que autoriza o conhecimento e o acolhimento da reclamação, com fundamento no artigo 102, I, “I”, da Constituição Federal.

2. DA TEMPESTIVIDADE

Em primeiro lugar, cumpre anotar que o acórdão impugnado foi publicado no Diário da Justiça Eletrônico do dia 13 de março de 2015, sendo

que o prazo para a interposição de recursos perante o Tribunal Superior do Trabalho começou a fluir no dia 16 de março de 2015.

Não tendo ocorrido o trânsito em julgado do acórdão reclamado, fica evidente que no caso não incide o óbice da Súmula 734 desse Colendo Supremo Tribunal Federal: ***NÃO CABE RECLAMAÇÃO QUANDO JÁ HOUVER TRANSITADO EM JULGADO O ATO JUDICIAL QUE SE ALEGA TENHA DESRESPEITADO DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.***

Ademais, segundo a orientação firmada pelo Plenário dessa Colenda Corte: ***A pendência de recurso ordinário no Tribunal local contra a decisão reclamada não impede que, contra ela, se oponha reclamação ao Supremo Tribunal Federal,*** como se vê na seguinte ementa:

EMENTA: I. Reclamação: cabimento.

A pendência de recurso ordinário no Tribunal local contra a decisão reclamada não impede que, contra ela, se oponha reclamação ao Supremo Tribunal Federal.

II. Reclamação: procedência: ofensa à autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Afronta a autoridade da decisão do Presidente do Supremo Tribunal que suspendeu a eficácia da liminar do mandado de segurança contra ato do Governador a concessão de tutela antecipada com alcance idêntico em ação ordinária ajuizada contra o Estado, com objeto e fundamentos idênticos ao da impetração de segurança. (Rcl 655 AgR/ES. Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 10/04/1997. Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 27-06-1997 PP-30243 EMENT VOL-01875-01 PP-00031)

3. DO CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO

A Constituição Federal estabelece, em seu artigo 102, inciso I, alínea “I”, que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar “a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”.

No presente caso, a reclamação visa à preservação da competência dessa Colenda Corte, a qual foi usurpada pelo acórdão do Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho que, de forma indevida, promoveu exame de admissibilidade e julgou o mérito do agravo interposto com fundamento no artigo 544 do Código de Processo Civil.

Nesse particular é importante considerar que a análise dos autos deixa muito evidente que, no caso, não ocorre hipótese de conversão do agravo do artigo 544 do Código de Processo Civil em agravo interno a ser julgado pelo Tribunal de origem.

É certo que no julgamento da Questão de Ordem no AI nº 760.358/SE o Plenário desse Colendo Supremo Tribunal Federal assentou entendimento no sentido de que “*Não é cabível agravo de instrumento da decisão do tribunal de origem que, em cumprimento do disposto no § 3º do art. 543-B, do CPC, aplica decisão de mérito do STF em questão de repercussão geral*”, hipótese em que seria cabível apenas “*agravo regimental, a ser decidido pelo tribunal de origem*”.

Entretanto, no caso dos autos, a negativa de seguimento ao recurso extraordinário não decorreu da aplicação da sistemática da repercussão geral. Isso está muito claro no próprio despacho agravado, que expressamente consignou que:

“... *De plano, cabe assentar que o presente recurso, de fato, não se enquadra no Tema 246 da Tabela de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal (responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço). (...)*”. Grifei.

Além do fundamento acima, o despacho agravado ainda afirmou que *o recurso extraordinário do ente público está fadado ao insucesso*, embora a competência para fazer essa afirmação seja exclusiva desse Colendo Supremo Tribunal Federal.

Assim, é inquestionável que o recurso cabível na hipótese dos autos é o agravo nos próprios autos, como previsto no artigo 544 do Código de Processo Civil:

“Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias. (Redação dada pela Lei nº 12.322, de 2010)

§ 1º O agravante deverá interpor um agravo para cada recurso não admitido. (Redação dada pela Lei nº 12.322, de 2010)

§ 2º A petição de agravo será dirigida à presidência do tribunal de origem, não dependendo do pagamento de custas e despesas postais. O agravado será intimado, de imediato, para no prazo de 10 (dez) dias oferecer resposta, podendo instruí-la com cópias das peças que entender conveniente. Em seguida, subirá o agravo ao tribunal superior, onde será processado na forma regimental. (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 2001)

§ 3º O agravado será intimado, de imediato, para no prazo de 10 (dez) dias oferecer resposta. Em seguida, os autos serão remetidos à superior instância, observando-se o disposto no art. 543 deste Código e, no que couber, na Lei nº 11.672, de 8 de maio de 2008. (Redação dada pela Lei nº 12.322, de 2010)

§ 4º No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator: (Redação dada pela Lei nº 12.322, de 2010)

I - não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada; (incluído pela Lei nº 12.322, de 2010)

II - conhecer do agravo para: (incluído pela Lei nº 12.322, de 2010)

a) negar-lhe provimento, se correta a decisão que não admitiu o recurso; (incluído pela Lei nº 12.322, de 2010)

b) negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal; (incluído pela Lei nº 12.322, de 2010)

c) dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal. (incluído pela Lei nº 12.322, de 2010)”.

Para justificar a conversão do agravo do artigo 544 do Código de Processo Civil em agravo regimental o Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho lançou os seguintes fundamentos:

(...) Convém registrar, de plano, que o recurso cabível contra o despacho desta Vice-Presidência, que denega seguimento a recurso extraordinário quanto à responsabilidade subsidiária do tomador de serviços em face da inadimplência da prestadora dos serviços (Tema 246 da Tabela de Temas de Repercussão Geral do STF), é o agravo do art. 544 do CPC para o STF, e não o agravo do art. 557, § 1º, do CPC, uma vez que:

a) posteriormente ao reconhecimento da repercussão geral do Tema 246 pelo STF (17/09/09), este julgou a ADC 16 (24/11/10), reconhecendo a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 e sua aplicação na esfera trabalhista, mas abrindo exceção para os casos de culpa in vigilando e in elegendo comprovada, registrada na decisão recorrida;

b) o Tema 246 da Tabela de Repercussão Geral passou a ficar jungido à solução da questão relativa aos casos em que não tivesse sido enfrentada a questão da culpabilidade da administração pública na decisão recorrida ou esta houvesse sido aplicada na modalidade de culpa presumida;

c) para os casos em que houve registro expresso na decisão recorrida da demonstração de culpa, o STF tem entendido que não é o caso de sobrestamento do feito (Rcl 18778 ED, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJE 06/02/15), na expectativa de solução do T-246, uma vez que a hipótese já teria sido contemplada pelo que ficou decidido na ADC-16;

d) nesses termos, decidida pelo STF, após o reconhecimento da repercussão geral da matéria, parte da controvérsia embutida no T-246, cabe à Corte de origem dos processos, na esteira da jurisprudência remansosa do STF, apreciar o agravo que se interponha com a finalidade de reexaminar a aplicação da jurisprudência do STF na matéria tida como de repercussão geral, mas já decidida pelo Pretório Excelso, sendo absolutamente periférica a questão da origem da decisão pacificadora da questão, se proferida em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade.

Ademais, eventual pretensão de levar ao STF milhares de feitos, com o intuito de rediscutir a configuração de culpa nos casos concretos, esbarraria na Súmula 279 do STF, que impede o reexame de fatos e provas em recurso extraordinário, o que acontece também na esfera judicial trabalhista com a Súmula 126 do TST em sede de recurso de revista. O expediente levaria o STF (e o próprio TST) a se transformarem em Cortes de Justiça, representando 3ª e 4ª instâncias ordinárias de reapreciação de fatos e provas, o que não se coaduna com sua missão constitucional.

Ora, a sistemática da repercussão geral foi concebida segundo a ideia de que o STF definisse num feito selecionado a solução para a questão jurídica de grande envergadura que lhe foi remetida e delegasse aos tribunais de origem dos recursos a aplicação dessa orientação jurisprudencial aos casos concretos.

Além disso, em decisão publicada em 02/02/15, o Pleno do STF reconheceu o caráter soberano do pronunciamento das instâncias ordinárias sob matéria fático-probatória e reconheceu ausência de desrespeito à autoridade da decisão proferida na ADC 16 quando admitida a responsabilidade subjetiva (tanto in vigilando quanto in omittendo e in eligendo). Na mesma decisão reconheceu o dever jurídico das entidades públicas contratantes de bem selecionar e fiscalizar o cumprimento, por parte das empresas contratadas, das obrigações trabalhistas referentes aos empregados vinculados ao contrato celebrado, sob pena de enriquecimento indevido do Poder Público e de injusto empobrecimento do trabalhador, situação que não pode ser coonestada pelo Poder Judiciário (Rcl 16094 Agr/ES, Rel. Min. Celso de Mello).

Nesse sentido, iria na contramão da sistemática da repercussão geral, pretensão de que o próprio STF proceda ao enquadramento caso a caso no T-246, pela via do agravo do art. 544 do CPC. Pelo exposto, entendendo que o enquadramento do presente agravo se dá nos moldes do art. 557, § 1º, do CPC, preenchidos os pressupostos legais de admissibilidade, CONHEÇO do agravo. (...)

A transcrição do acórdão reclamado deixa evidente que o recurso cabível era mesmo o agravo do artigo 544 do Código de Processo Civil.

Aliás, a impropriedade da conversão do agravo cabível em agravo regimental pode ser claramente constatada no entendimento sintetizado no item 5 da ementa do acórdão, que está assim redigido: **5. Assim, a hipótese dos autos se amolda ao Tema 246 da Tabela de Repercussão Geral do STF, mas no sentido de já estar solucionado pelo Pretório Excelso em direção contrária à pretensão recursal.**

Nota-se que, ao fazer tal afirmação, o Ministro Relator deixa muito clara a intenção de contornar a realidade dos autos para consolidar a usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

Aliás, como já apontado em tópicos anteriores, essa afirmação feita no acórdão reclamado é flagrantemente contraditória com aquela que o Ministro Vice-Presidente fez ao proferir o despacho agravado: (...) **cabe assentar que o presente recurso não se enquadra no Tema 246 da Tabela de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal (...).**

No voto condutor do acórdão também restou consignado que:

(...) Por todo o exposto, na medida em que o acórdão recorrido mantém a condenação subsidiária da entidade Pública em razão da comprovada culpa, conforme premissas fáticas assentadas nas instâncias ordinárias, conclui-se que o presente recurso se afasta do remanescente do Tema 246 e que seu julgamento não depende, haja vista não se tratar de imposição de condenação pela mera inadimplência da empresa contratada pelo ente público, da aplicação da responsabilidade objetiva estatal. Deste modo, a decisão recorrida não permite ilação de afronta literal ao texto constitucional, mas, pelo contrário, compatibiliza-se com a autoridade do julgado na ADC 16 e com a iterativa e atual jurisprudência do STF, em desdobramento ao exame da matéria (...). Grifei.

Sobre a competência para julgar o agravo interposto, com fundamento no artigo 544 do Código de Processo Civil, o acórdão reclamado ainda registra que:

(...) Assim, não há sequer que se cogitar em usurpação de competência por este Tribunal, na medida em que, com o referido precedente do STF, é inequívoco o descabimento de sobrestamento do recurso extraordinário (...).

Outro indicativo de que o recurso cabível é o agravo a ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal pode ser extraído do seguinte trecho do acórdão:

(...) Assim, não demonstrada nenhuma violação ao texto da Lex Legum, e já tendo parte da questão específica do T-246 sido deslindada pelo STF, em desfavor do Recorrente, o recurso extraordinário da entidade pública está fadado ao insucesso (...).

E disso resulta clara a ocorrência de usurpação de competência, pois o Plenário desse Colendo Supremo Tribunal Federal já assentou que: ***O agravo visando à subida de recurso extraordinário, pouco importando defeito que apresente, há de ser encaminhado ao Supremo, para o exame cabível*** (Rcl 2826/RS. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 13/09/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJe-142 DIVULG 13-11-2007 PUBLIC 14-11-2007 DJ 14-11-2007 PP-00042 EMENT VOL-02299-01 PP-00085).

Aliás, no voto condutor do acórdão proferido no julgamento da Reclamação nº 459-GO, o eminente Ministro Celso de Mello afirmou que: ***É preciso ter presente que o agravo de instrumento constitui manifestação recursal de processamento necessário e de seguimento obrigatório. O Juízo a quo revela-se, nesse contexto, plenamente incompetente para efetuar o controle de admissibilidade em sede de agravo de instrumento*** (J. C. BARBOSA MOREIRA, “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. V/395-396, item n. 213, 1974, Forense). O referido acórdão restou assim ementado:

EMENTA: RECLAMAÇÃO - JUIZADO ESPECIAL DE PEQUENAS CAUSAS - RECURSO EXTRAORDINÁRIO INADMITIDO - AGRAVO DE INSTRUMENTO OBSTADO NA ORIGEM - INTERCEPTAÇÃO INADMISSÍVEL (CPC, ART. 528) - USURPAÇÃO DA COMPE-

TÊNcia DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECLAMAÇÃO PROCEDENTE.

- Cabe recurso extraordinário das decisões que, emanadas do órgão colegiado a que se refere a Lei n. 7.244/84 (art. 41, PAR. 1.), resolvem controvérsia constitucional suscitada em processo instaurado perante o Juizado Especial de Pequenas Causas.

- Denegado o recurso extraordinário em procedimento sujeito ao Juizado Especial de Pequenas Causas, caberá agravo de instrumento, no prazo legal, para o Supremo Tribunal Federal, não sendo lícito ao Juiz negar trânsito a esse recurso que, sendo de seguimento obrigatório (CPC, art. 528), não pode ter o seu processamento obstado.

- Cabe reclamação para o STF quando a autoridade judiciária intercepta o acesso à Suprema Corte de agravo de instrumento interposto contra decisão que negou trânsito a recurso extraordinário. (Rcl 459/GO. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 01/02/1994. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJ 08-04-1994 PP-07222 EMENT VOL-01739-01 PP-00173).

O dispositivo do voto do Ministro Celso de Mello no acórdão referido acima é ainda mais revelador da impossibilidade de o Tribunal *a quo* obstar o seguimento agravo interposto contra despacho que nega seguimento a recurso extraordinário, como se vê na transcrição que segue:

(...) Tendo em vista esse precedente específico e mais aquele estabelecido no julgamento da Rcl. 457-GO, Rel. Min. SYDNEY SANCHES (DJU de 22/11/93), e considerando, ainda, que competes exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal apreciar os agravos de instrumento deduzidos em face de decisões denegatórias de recurso extraordinário – ainda que, afinal, a Corte venha a ter por incabível o apelo extremo –, julgo procedente esta reclamação e determino o processamento e a remessa, a este Tribunal, do Agravo interceptado, para efeito de sua oportuna apreciação nesta instância (...). Grifei.

No mesmo sentido também podemos destacar o seguinte precedente da relatoria do Ministro Ilmar Galvão:

EMENTA: RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA INADMISSÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. O Juízo reclamado, ao não receber agravo manifestado ante a negativa de admissão de recurso extraordinário, invadiu competência desta Corte, bem como não observou a disciplina normativa da matéria, que atribui à origem a formação e a posterior remessa do instrumento. Reclamação julgada procedente. (Rcl 2105/MG. Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO. Julgamento: 17/09/2002. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação DJ 25-10-2002 PP-00048 EMENT VOL-02088-01 PP-00190). Grifei.

Importante lembrar que em data mais recente, na decisão proferida na RECLAMAÇÃO 19.305/SP, a Ministra Rosa Weber também afirmou que: (...) *ressalvada a hipótese de insurgência contra a aplicação do instituto da repercussão geral, a competência para o julgamento do agravo destinado a destrancar o recurso extraordinário inadmitido na origem é do Supremo Tribunal Federal, devendo a este ser encaminhado.* (Rcl 19305/SP. Relator(a): Min. ROSA WEBER, Julgamento: 11/12/2014. Publicação PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021, DIVULG 30/01/2015, PUBLIC 02/02/2015)

Essa obrigatoriedade de encaminhamento do agravo ao Supremo Tribunal Federal também pode ser constatada no enunciado da Súmula 727/STF, do seguinte teor:

NÃO PODE O MAGISTRADO DEIXAR DE ENCAMINHAR AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL O AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO DA DECISÃO QUE NÃO ADMITE RECURSO EXTRAORDINÁRIO, AINDA QUE REFERENTE A CAUSA INSTAURADA NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS.

Nesse particular cumpre lembrar que o Superior Tribunal de Justiça, Corte responsável pela uniformização da interpretação da lei federal em todo o Brasil (artigo 105, inciso III, alínea “c”, da Constituição Federal),

ao julgar a Reclamação nº 3825/RJ, afirmou a obrigatoriedade do envio do agravo interposto contra despacho denegatório de recurso especial ao Tribunal Superior. O acórdão proferido no referido julgamento restou assim ementado:

RECLAMAÇÃO. VIOLAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STJ. AGRAVO DE DESPACHO DENEGATÓRIO OBSTADO NO TRIBUNAL “A QUO”. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE CUNHO FORÇADO, EM REGRA. SÚMULA 727/STF. PARECER DO MPF PELA PROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO. RECLAMAÇÃO PROCEDENTE.

1. Viola a competência do Superior Tribunal de Justiça a decisão proferida em agravo de instrumento de despacho denegatório de recurso especial que obsta a subida do recurso ao Tribunal Superior.

2. O art. 544, § 2º, do CPC dispõe que, não admitido o recurso especial, caberá agravo de instrumento para o Superior Tribunal de Justiça, dirigido à presidência do Tribunal de origem e, de forma imperativa, determina que “subirá o agravo ao tribunal superior, onde será processado na forma regimental”.

3. Incidência, por analogia, da Súmula 727/STF, in verbis: “não pode o magistrado deixar de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal o agravo de instrumento interposto da decisão que não admite recurso extraordinário, ainda que referente a causa instaurada no âmbito dos juizados especiais”.

4. A Súmula 727/STF, em releitura para o âmbito do Superior Tribunal de Justiça, teria a seguinte redação: Não pode o magistrado deixar de encaminhar ao Superior Tribunal de Justiça o agravo de instrumento interposto da decisão que não admite recurso especial, ainda que referente a “recurso repetitivo” (art. 543-C do CPC).

5. Apesar de muitas vezes indesejado, em razão da celeridade processual, o direito posto é claro ao dar ao agravo de instrumento de despacho denegatório cunho forçado para alcançar o Tribunal Superior; inexistindo autorização legal para que seja obstado pelo Tribunal de origem (ressalvada a exceção do art. 542, § 3º, do CPC, situação que não se trata nestes autos).

Reclamação procedente, para determinar a subida do agravo de instrumento de despacho denegatório do recurso especial. (Rcl

3825/RJ. Relator(a) Ministro HUMBERTO. PRIMEIRA SEÇÃO.
Data do Julgamento 10/11/2010. Data da Publicação/Fonte DJe
17/11/2010)

Inquestionável, pois, que a conversão do agravo interposto com fundamento no artigo 544 do Código de Processo Civil em agravo regimental a ser julgado pelo Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho implicou verdadeira usurpação da competência desse Colendo Supremo Tribunal Federal, prevista artigo 102, inciso III, da Constituição Federal:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

E essa usurpação de competência se mostra ainda mais grave se considerada a inquestionável viabilidade do recurso extraordinário, no qual restou demonstrado que houve reconhecimento da responsabilidade subsidiária da Administração Pública com base na culpa presumida, em flagrante contraste com o que restou decidido na ADC nº 16. Ademais, a matéria discutida no recurso extraordinário está submetida à sistemática da repercussão geral (Tema 246), cujo paradigma é o RE 760.391 (que substituiu o RE 603.397).

Nota-se que no acórdão impugnado o Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho afirma que: (...) *Diante do contexto ora fixado, é certo que todos os atuais ministros do Supremo Tribunal Federal já tiveram a oportunidade de julgar a matéria de que trata o presente recurso, sendo pacífico e unânime o entendimento pela compatibilidade da decisão ata-*

cada com a autoridade do julgado na ADC 16 e com a própria Constituição Federal, uma vez registrada na decisão recorrida a culpa da Administração Pública (...).

Entretanto, conforme se pode constatar dos documentos que instruem esta reclamação, especificamente no acórdão impugnado e no acórdão do Tribunal Regional do Trabalho, no caso dos autos não se verifica a compatibilidade com a autoridade do julgado na ADC nº 16, pois o reconhecimento da responsabilidade subsidiária está fundamentada na culpa presumida, na medida em que não há menção acerca de qual a conduta concreta praticada por parte do ente público ou de seus agentes que pudessem comprovar a sua culpa na fiscalização e, eventualmente, transferir-lhes a responsabilidade.

Assim, ao contrário do que afirmado pelo Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho, o acórdão impugnado está em flagrante confronto com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se vê no seguinte precedente:

EMENTA Agravo regimental em reclamação. Responsabilidade subsidiária da Administração Pública. Contrariedade ao que decidido na ADC nº 16/DF. Ausência de comprovação do elemento subjetivo do ato ilícito. Aplicação automática da Súmula do TST de nº 331. Atribuição de culpa ao ente público por presunção. Inadmissibilidade. Agravo regimental não provido.

1. Não se admite a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo pagamento de verbas trabalhistas por culpa in vigilando inferida da constatação do inadimplemento pela empregadora direta.

2. Ausência de comprovação do elemento subjetivo do ato ilícito imputável ao Poder Público.

3. Agravo regimental não provido.

(Rcl 17064 AgR/RS. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 27/05/2014. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123, DIVULG 24-06-2014, PUBLIC 25-06-2014)

No voto condutor do acórdão proferido no julgamento da referida reclamação, o Ministro Dias Toffoli afirmou que:

(...) A inversão do ônus da prova, a fim de se admitir a veracidade dos fatos alegados pelo trabalhador e de se responsabilizar a empregadora direta pelas verbas trabalhistas pleiteadas, é consequência processual que não pode ser transferida, ainda que subsidiariamente, ao Poder Público, cuja responsabilidade deve estar demonstrada e delimitada pelas circunstâncias do caso concreto.

Não havendo, na decisão objeto da reclamação, análise da conduta dolosa ou culposa do ente público na condução do contrato, a qual teria contribuído para o resultado danoso ao empregado da empresa a que foi adjudicado o objeto da licitação, há violação da decisão do STF proferida na ADC nº 16/DF.

Em outras palavras, a presunção de culpa in eligendo ou in vigilando da Administração Pública vai de encontro ao entendimento firmado no paradigma, estando consentânea a decisão agravada com a orientação do STF nas Reclamações nºs 7.517/DF-AgR e 8.150/SP-AgR (...).

Da relatoria do Ministro Gilmar Mendes podemos destacar o seguinte aresto:

Agravo regimental em reclamação. 2. Responsabilidade subsidiária da Administração Pública. Ausência de comprovação do elemento subjetivo do ato ilícito imputável ao poder público. Ofensa ao que decidido na ADC 16/DF 3. Aplicação automática da Súmula 331 do TST. Atribuição de culpa ao ente público por presunção. Inadmissibilidade. 4. Agravo regimental não provido. (Rcl 13809 AgR/SP. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 04/11/2014. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação PROCESSO ELETRÔNICO DJe-226 DIVULG 17-11-2014 PUBLIC 18-11-2014)

Por fim, cumpre salientar que é por demais equivocado o entendimento firmado no acórdão impugnado, no sentido de que a discussão sobre a questão da responsabilidade subsidiária da Administração Pública

estaria esvaziada pelo julgamento da ADC nº 16/DF. Isso porque, mesmo após o julgamento da referida Ação Declaratória de Constitucionalidade, ocorrido em 24/11/2010, os Ministros dessa Colenda Corte continuaram determinando a aplicação da regra inserta no artigo 543-B do Código de Processo Civil, como se pode constatar nas seguintes decisões:

DECISÃO: O Plenário do Supremo Tribunal Federal, apreciando o RE 540.410-QO, rel. min. Cezar Peluso, acolheu questão de ordem no sentido de “determinar a devolução dos autos, e de todos os recursos extraordinários que versem a mesma matéria, ao Tribunal de origem, para os fins do art. 543-B do CPC” (Informativo 516, de 27.08.2008). Decidiu-se, então, que o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil também se aplica aos recursos interpostos de acórdãos publicados antes de 03 de maio de 2007 cujo conteúdo verse sobre tema em que a repercussão geral tenha sido reconhecida.

No presente caso, o recurso extraordinário trata sobre tema em que a repercussão geral já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (RE 603.397-RG, rel. min. Ellen Gracie, DJe de 16.04.2010, tema 246), conforme se verifica na ementa:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ENCARGOS TRABALHISTAS EM FACE DO INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. EXAME DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI 8.666/1993. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.
Do exposto, dou provimento ao presente agravo de instrumento para admitir o recurso extraordinário e, nos termos do art. 328 do RISTF (na redação dada pela Emenda Regimental 21/2007), determino a devolução dos presentes autos ao Tribunal de origem, para que seja observado o disposto no art. 543-B e parágrafos do Código de Processo Civil. (AI 699109/SP. Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA. Julgamento: 07/11/2012. Publicação DJe-226 DIVULG 16/11/2012 PUBLIC 19/11/2012)

DECISÃO: O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o AI 715.423-QO/RS, Rel. Min. ELLEN GRACIE, firmou entendimento, posteriormente confirmado no julgamento do RE 540.410-QO/RS, Rel. Min. CEZAR PELUSO, no sentido de que também se aplica o

disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil aos recursos deduzidos contra acórdãos publicados antes de 03 de maio de 2007 e que veiculem tema em relação ao qual já foi reconhecida a existência de repercussão geral.

Esta Suprema Corte, em sessões realizadas por meio eletrônico, apreciando o RE 603.397-RG/SC, Rel. Min. ELLEN GRACIE, e o RE 635.546-RG/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, reconheceu existente a repercussão geral das questões constitucionais neles suscitadas, e que coincidem, em todos os seus aspectos, com as mesmas controvérsias jurídicas ora versadas na presente causa.

Os temas objetos dos recursos extraordinários representativos de mencionadas controvérsias jurídicas, passíveis de reprodução em múltiplos feitos, referem-se, respectivamente, de um lado, à “Responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço. (Tema nº 246 – www.stf.jus.br – Jurisprudência – Repercussão Geral) e, de outro, à “Equiparação de direitos trabalhistas entre terceirizados e empregados de empresa pública tomadora de serviços” (Tema nº 383 – www.stf.jus.br – Jurisprudência – Repercussão Geral) Sendo assim, e pelas razões expostas, dou provimento ao presente agravo de instrumento, para admitir o recurso extraordinário a que ele se refere, e, nos termos do art. 328 do RISTF, na redação dada pela Emenda Regimental nº 21/2007, determino a devolução dos presentes autos ao Tribunal de origem, para que, neste, seja observado o disposto no art. 543-B e respectivos parágrafos do CPC (Lei nº 11.418/2006). (AI 835940/PE. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 09/02/2012. Publicação DJe-035 DIVULG 16/02/2012 PUBLIC 17/02/2012)

DECISÃO: REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 246. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ENCARGOS TRABALHISTAS. DEVOUÇÃO DO PROCESSO AO TRIBUNAL DE ORIGEM (ART. 328, PARÁGRAFO ÚNICO, DO RISTF).

Decisão: O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da controvérsia objeto dos presentes autos responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados

pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço (Tema n. 246) que será submetida à apreciação do Pleno desta Corte, nos autos do RE n. 603.397/SC, Relatora a Ministra Ellen Gracie.

Destarte, aplicando a decisão Plenária no RE n. 579.431, secundada, a posteriori pelo AI n. 503.064-AgR-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO; AI n. 811.626-AgR-AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, e RE n. 513.473-ED, Rel. Min. CEZAR PELUSO, determino a devolução dos autos ao Tribunal de origem (art. 328, parágrafo único, do RISTF c.c. artigo 543-B e seus parágrafos do Código de Processo Civil). (RE 514415/PE. Relator(a): Min. LUIZ FUX. Julgamento: 30/11/2011. Publicação: DJe-231 DIVULG 05/12/2011 PUBLIC 06/12/2011)

Nota-se, portanto, que a postura adotada pelo Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho não encontra amparo na legislação processual em vigor, que determina o sobrestamento dos demais recursos extraordinários até o pronunciamento definitivo dessa Colenda Corte sobre o mérito do paradigma da sistemática da repercussão geral. É o que se pode inferir da redação do artigo 543-B do Código de Processo Civil:

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

A norma é muito clara, não deixando nenhuma dúvida de que somente após o julgamento definitivo da repercussão geral é que o Tribunal de origem pode julgar prejudicado o recurso extraordinário interposto. E essa não é a hipótese verificada nos autos.

Dessa forma, estando configurada a *usurpação da competência dessa Colenda Corte pelo Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho*, impõe-se o conhecimento e o acolhimento da presente reclamação para cassar o acórdão impugnado.

4. DO PEDIDO DE CONCESSÃO DE LIMINAR *INAUDITA ALTERA PARS*

O acórdão impugnado também impôs sérios obstáculos destinados a impedir ou dificultar que o Reclamante interponha os recursos cabíveis, visando a restabelecer a competência dessa Colenda Corte, que foi flagrantemente usurpada pelo Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho.

O primeiro obstáculo consiste na determinação de baixa dos autos à origem, embora não se tenha implementado o decurso do prazo recursal.

A prematura baixa dos autos à origem, além de inviabilizar o esgotamento das vias recursais previstas na legislação ordinária e na Constituição Federal, implicará a deflagração da execução do acórdão, que ainda não transitou em julgado.

O outro obstáculo reside no fato de o Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho ter acionado o artigo 557, § 2º, do Código de Processo Civil para aplicar multa de 1% (um por cento) do valor corrigido da causa,

por considerar ser manifestamente infundado o recurso extraordinário interposto pela Administração Pública.

Nota-se que, no caso dos autos, temos a aplicação de multa, que condiciona a interposição de qualquer outro recurso ao seu recolhimento.

Ora, se a competência para apreciar o agravo contra despacho denegatório de recurso extraordinário é do Supremo Tribunal Federal, não se pode admitir que o Tribunal Superior do Trabalho possa impedir ou dificultar que a parte interponha recurso contra o acórdão que usurpou tal competência ao, de forma indevida, julgar o agravo do artigo 544 do Código de Processo Civil.

Isso porque, como já destacado em tópicos anteriores, no julgamento da Reclamação nº 459-GO o eminente Ministro Celso de Mello deixou muito claro que *compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal apreciar os agravos de instrumento deduzidos em face de decisões denegatórias de recurso extraordinário – ainda que, afinal, a Corte venha a ter por incabível o apelo extremo.*

Assim, a imposição da multa do artigo 557, § 2º, do Código de Processo Civil pelo Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho também implica usurpação da competência desse Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em se tratando da Fazenda Pública, a exigência do prévio recolhimento da multa indevida acarreta sérios gravames, dificultando muito a interposição de embargos de declaração para o próprio Tribunal Superior do Trabalho ou mesmo de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, já que caracterizada a ofensa direta ao artigo 102, inciso III, da Constituição Federal.

Assim, a concessão de liminar para afastar a determinação de baixa imediata dos autos e a exigência do recolhimento da multa aplicada com base no artigo 557, § 2º, do Código de Processo Civil é medida que se impõe, não somente para assegurar a competência dessa Colenda Corte, mas,

principalmente, para permitir que o Reclamante exercite em sua plenitude a garantia da ampla defesa preconizada na Constituição Federal.

5. DOS PEDIDOS

Ante o exposto, considerando que restou demonstrada a usurpação da competência dessa Colenda Corte pelo Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho, bem como a necessidade da concessão de medida liminar, o Estado de São Paulo requer:

- a) a concessão de medida liminar *inaudita altera pars* para afastar a determinação de baixa imediata dos autos e a exigência do recolhimento da multa aplicada com base no artigo 557, § 2º, do Código de Processo Civil;
- b) a intimação do reclamado para prestar informações no prazo de 10 dias, nos termos da lei;
- c) a intimação da Procuradoria Geral da República para que apresente o seu parecer;
- d) que no mérito a reclamação seja julgada procedente, com a cassação definitiva do acórdão proferido pelo Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho, determinando-se, por consequência, a remessa do agravo à essa Colenda Corte para apreciação ou, homenageando os princípios da celeridade e economia processual, determinar o sobrestamento do feito até o julgamento final do paradigma da sistemática da repercussão geral (Tema 246 - RE 760.391, que substituiu o RE 603.397);
- e) a juntada dos documentos anexos.

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

Brasília-DF, 19 de março de 2015.

NILTON CARLOS DE ALMEIDA COUTINHO
Procurador do Estado

ANEXOS

ANEXO 1

ACÓRDÃO – 2ª TURMA DO TST (TST-AIRR- 459-58.2011.5.15.0071)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – ENTE PÚBLICO – CULPA *IN VIGILANDO* – CARACTERIZAÇÃO. A Suprema Corte no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16/DF, apreciando a constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, afastou a possibilidade de responsabilidade subsidiária do ente público pela culpa “in eligendo” desde que observado o regular processo licitatório. Todavia, tal decisão não impede a verificação, no caso concreto, da existência da culpa “in vigilando” decorrente da inobservância pelo ente público do disposto nos artigos 54, §1º, 55, inciso XIII, 58, inciso III, 66 e 67, caput e § 1º, da Lei nº 8.666/93, que não foram objeto de ação de inconstitucionalidade. Assim, nega-se provimento a agravo de instrumento que visa liberar recurso despedido dos pressupostos de cabimento. Agravo desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº **TST-AIRR-459-58.2011.5.15.0071**, em que é Agravante **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO** e são Agravadas **MARIA NADIR AMÂNCIO e PROFESSIONAL CLEAN SERVIÇOS DE ASSEIO E CONSERVAÇÃO LTDA.**

Agrava do r. despacho de seq. 1, págs. 676/677, originário do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região, que denegou seguimento ao recurso de revista interposto, sustentando, em suas razões de agravo de seq. 1, págs. 681/683, que o seu recurso merecia seguimento. Agravo processado nos autos principais. Não foi apresentada contraminuta, conforme certidão de pág. 686 do seq. 1. A d. Procuradoria-Geral do Trabalho, em parecer exarado às págs. 01/02 do seq. 3, oficiou pelo conhecimento e desprovimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

CONHECIMENTO

Conheço do agravo de instrumento, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

FUNDAMENTOS DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

A agravante reitera os fundamentos do recurso de revista.

DECISÃO

Cumpra observar que os dispositivos legais e arestos transcritos no agravo de instrumento, ausentes nas razões do recurso de revista, não viabilizam o conhecimento deste último, por implicar mera inovação em sede recursal.

No mais, mantenho o despacho que denegou seguimento ao recurso de revista pelos seus próprios fundamentos:

“PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Tempestivo o recurso (decisão publicada em 15/03/2013; recurso apresentado em 19/03/2013).

Regular a representação processual (nos termos da Súmula 436, item I/TST).

Isento de preparo (CLT, art. 790-A e DL 779/69, art. 1º, IV).

PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA/SUBSIDIÁRIA / TOMADOR DE SERVIÇOS/TERCEIRIZAÇÃO / ENTE PÚBLICO.

Quanto ao acolhimento da responsabilidade subsidiária, o v. acórdão, além de ter se fundamentado nas provas, decidiu em conformidade com a Súmula 331, V, do C. TST, o que inviabiliza o recurso, de acordo com o art. 896, § 4º, da CLT, c/c as Súmulas 126 e 333 do C. TST. Oportuno ressaltar que a v. decisão, ao reconhecer a responsabilidade da 2ª reclamada, não se baseou no mero inadimplemento das obriga-

ções trabalhistas assumidas pela empresa contratada, mas na sua conduta culposa em deixar de fiscalizar, adequadamente, o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da 1ª reclamada.

Assim, não há que se falar em afronta ao art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, porque o v. acórdão não se fundamentou na declaração de sua inconstitucionalidade, mas na definição do alcance da norma inscrita no citado dispositivo e na interpretação sistemática dos arts. 186 e 927 do Código Civil e dos arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93.

Nesse sentido são os seguintes julgados do STF: Rcl nº 12008 AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJe-42 de 04/03/13, Rcl nº 13063/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe-42 de 04/03/13, Rcl nº 13901 AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJe-42 de 04/03/13, Rcl nº 15279/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJe-42 de 04/03/13, Rcl nº 13750/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe-43 de 05/03/13, Rcl nº 14.811/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJe-49 de 13/03/13, Rcl nº 15.082/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJe-49 de 13/03/13 e Rcl nº 15382/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe-50 de 14/03/13.

Além disso, não afronta o art. 5º, II, da Carta Magna v. julgado que fundamenta sua decisão em Súmula, no presente caso no verbete de número 331, V, do C. TST, porque a jurisprudência é fonte de direito expressamente prevista no art. 8º da CLT.

Por fim, não se verifica ofensa ao art. 37, II, da Carta Magna, tampouco dissenso da Súmula 363 do C. TST, pois o v. acórdão não reconheceu o vínculo empregatício entre a recorrente e o reclamante, mas somente a responsabilidade subsidiária daquela pelas verbas trabalhistas.

CONCLUSÃO

DENEGO seguimento ao recurso de revista.” (seq. 1, págs. 676/677)

Acrescento, ainda, que no acórdão do TRT constou que restou “*comprovada a culpa in vigilando (artigo 186, do CC) da segunda ré que, por evidente negligência com o interesse público*”, e que a reclamada “*desdeñhou de seu dever de fiscalizar com rigor a empresa contratada quanto ao pagamento dos encargos sociais e direitos fundamentais de natureza alimentar dos empregados desta, patente está a sua responsabilidade subsidiária pelo pagamento das verbas trabalhistas reconhecidas na sentença*”.

A questão *sub judice* trata da clássica situação de contratação triangular de trabalhadores, com a existência de três partes intervenientes: a prestadora dos serviços, o tomador dos serviços e o empregado. De um lado, um contrato de natureza civil entre o tomador de mão de obra e a fornecedora. De outro, um contrato de emprego entre o empregado e a empresa fornecedora.

Nesses casos, o tomador dos serviços nada pactua com o trabalhador, mas dirige sua atividade. Por isso, a situação econômico-financeira da prestadora deve ser suficiente para suportar a remuneração de seus empregados.

Tal questão foi balizada pelos termos do entendimento jurisprudencial constante da antiga redação da Súmula nº 331, item IV, desta Corte, que determinava a responsabilização do tomador de serviços, inclusive quando se tratar de ente público, com base na culpa, que pode ser *in eligendo*, que se caracteriza pela má escolha da empresa prestadora de serviços, empresa sem reais condições econômico/financeiras de suportar os custos trabalhistas decorrentes da contratação de pessoal; e *in vigilando*, pela falta de atenção do tomador do serviço aos procedimentos e atitudes da empresa prestadora em relação aos empregados que colocam seu esforço físico e mental à disposição do empreendimento econômico mantido pelo tomador de serviços.

Todavia, diversos entes públicos, sob a alegação de que, tendo vista uma aparente discordância entre as disposições do artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, e do item IV da Súmula nº 331 do TST, esta Egrégia Corte havia declarado incidentalmente a inconstitucionalidade do ato normativo, sem, no entanto, observar a chamada cláusula de reserva de plenário, com sede no artigo 97 da Constituição Federal; e de que o referido verbete também estaria em afronta à Súmula Vinculante nº 10 do STF, ajuizaram reclamações constitucionais perante o Supremo Tribunal Federal. Também, o Distrito Federal ajuizou Ação Declaratória de Constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei 8.666/93.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da referida ação – Ação Direta de Constitucionalidade nº 16/DF –, no dia 24/11/2010, pro-

feriu decisão, por maioria, no sentido de que o artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, que veda a transferência de encargos trabalhistas da empresa contratada ao ente público contratante nos casos de mero inadimplemento dessas obrigações pelo vencedor da correspondente licitação, é constitucional. Assim, entendeu que a antiga redação do item IV da Súmula nº 331 desta Corte era contrária à sua Súmula Vinculante nº 10 e ao artigo 97 da Constituição Federal, tendo em vista que afastava a aplicação do artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, com base em fundamentos e critérios de origem constitucional, sem haver examinado e declarado a sua inconstitucionalidade, em incidente para tanto suscitado, nos termos e na forma dos artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil.

Desse modo, a Suprema Corte vedou que a Justiça do Trabalho, exclusivamente com base naquele entendimento sumulado, atribuísse, de forma automática e absoluta, ao ente público contratante responsabilidade subsidiária pelo pagamento das obrigações trabalhistas inadimplidas pelo contratado em terceirizações lícitas decorrentes de regular licitação.

Contudo, no referido julgamento, foi destacada a possibilidade de responsabilização da Administração Pública, desde que demonstrada existência de culpa do ente público na fiscalização da regularidade da empresa prestadora de serviço público, mesmo após regular licitação e nas terceirizações lícitas.

Nesse passo, esta Corte, por meio da Resolução nº 174, de 24 de maio de 2011, alterou o item IV e acrescentou o item V à Súmula nº 331, ficando assim sua atual redação, *in verbis*:

“IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da

Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.”

Assim, a partir da verificação de cada caso e à luz do conjunto fático-probatório delineado, é possível que a Administração Pública seja responsabilizada pelo inadimplemento da prestadora de serviços, em decorrência da análise promovida por este Colendo TST.

Esta Egrégia Corte deve, portanto, levar em consideração cada caso concreto, sendo vedado se proceder a uma genérica aplicação da responsabilidade subsidiária do ente público, em cumprimento ao que foi decidido pelo STF na ADC nº 16-DF e ao contido no item V da Súmula nº 331 desta Corte.

Tem-se, nesse passo, que a discussão da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, em sede processual, passa pela relevante questão da prova, principalmente se o órgão julgador entender pela incidência da responsabilidade subjetiva.

Desse modo, é perfeitamente possível examinar em cada caso a existência da culpa do ente público pela ausência de fiscalização efetiva dos atos praticados pela empresa contratada na realização direta da prestação do serviço.

O ente público contratante tem o dever de fiscalizar, em todo o curso do contrato administrativo, o cabal e tempestivo cumprimento, pelo particular, de suas obrigações trabalhistas como empregador daqueles trabalhadores terceirizados que atuaram no âmbito da Administração Pública. Esse poder de fiscalização, por sua vez, tem em si uma diretriz de fundamental importância, qual seja, garantir a qualidade do serviço público que será contratado.

Nesse sentido, os artigos 54, §1º, 55, inciso XIII, e 66 da Lei nº 8.666/93 estabelecem, claramente, que o fornecedor de mão de obra contratado está estritamente vinculado ao cumprimento cabal das obrigações e responsabilidades a que se vinculou quando participou da licitação, *in verbis*:

“Art. 54 (...)

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos e da proposta a que se vinculam.”

“Art. 55 São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.”

“Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.”

Os artigos 58, inciso III, e 67, *caput* e §1º, da Lei nº 8.666/93, nessa mesma linha, impõem expressamente à Administração Pública contratante o poder-dever de fiscalizar o cabal e oportuno cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo contratado que foi selecionado no procedimento licitatório, incluindo as trabalhistas, em relação aos seus empregados que prestarem serviços, como terceirizados, ao ente público, *in verbis*:

“Art. 58 O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

(...)

III - fiscalizar-lhes a execução;”

“Art. 67 A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado,

permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

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

Ademais, a matéria foi expressamente regulamentada no âmbito da Administração Pública Federal pela Instrução Normativa nº 2, de 30/04/2008, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), alterada pela Instrução Normativa nº 3/2009, do mesmo Ministério.

A referida Instrução Normativa nº 2/2008 do MPOG impõe à Administração Pública Federal contratante o dever de fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas em relação a seus trabalhadores terceirizados, desde as fases de abertura e de desenvolvimento do procedimento licitatório e da celebração do resultante contrato administrativo.

Logo, esses dispositivos devem ser interpretados e aplicados de forma conjunta e sistemática com o artigo 71, §1º, da mesma norma. Como decorrência, a ausência efetiva do exercício dessa prerrogativa e da adoção de providências quanto às eventuais irregularidades tende a caracterizar a culpa pela ausência de fiscalização efetiva dos atos praticados pela empresa contratada na realização direta da prestação do serviço.

Na hipótese dos autos, o Tribunal Regional consignou expressamente que a ora recorrente incorreu na culpa *in vigilando*, face à ausência de fiscalização das obrigações decorrentes do contrato de prestação de serviços, ocasionando a incidência do item V da Súmula nº 331 desta Corte, 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 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.”

Estando a decisão recorrida em consonância com a iterativa, notória e atual jurisprudência desta Corte, consubstanciada na Súmula transcrita, não há se falar em dissenso jurisprudencial, diante dos óbices do artigo 896, § 4º, da CLT e da Súmula nº 333 desta Corte.

Também não prospera a alegação de violação aos dispositivos legais indicados, pois aqueles pertinentes à matéria em discussão foram analisados quando da edição do mencionado verbete.

Do exposto, conheço do agravo de instrumento para negar-lhe provimento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do agravo de instrumento para negar-lhe provimento.

Brasília, 06 de agosto de 2014.

RENATO DE LACERDA PAIVA
Ministro Relator

ANEXO 2

Excelentíssimo(a) Senhor(a) Ministro(a) Presidente do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho

AIRR-459-58.2011.5.15.0071

Recorrente: **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Recorrido: **MARIA NADIR AMÂNCIO e PROFESSIONAL CLEAN SERVIÇOS DE ASSEIO E CONSERVAÇÃO LTDA.**

O Estado de São Paulo, CNPJ nº 46.379.400/0001-50, por meio do Procurador do Estado de São Paulo subscritor, nos termos do artigo 99, I, da Constituição do Estado de São Paulo, com redação dada pela Emenda Constitucional 19, de 14 de abril de 2004, comparece, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com amparo no artigo 102, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, para interpor

Recurso Extraordinário

em face do v. acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento, com o escopo de admitir a responsabilidade subsidiária do Estado de São Paulo por débitos trabalhistas, porquanto inequívoca a violação aos artigos 97; 5º, II, e 37, § 6º, da Constituição Federal, **notadamente após o julgamento da ADC 16/DF e da Rcl. 7517/SP**. Processado o recurso, o recorrente pugna, após o cumprimento das formalidades legais, pela remessa dos autos para o colendo Supremo Tribunal Federal.

Brasília, 19 de agosto de 2014.

NILTON CARLOS DE A. COUTINHO
Procurador do Estado de São Paulo

Colendo Supremo Tribunal Federal

Excelentíssimo(a) Senhor(a) Ministro(a) Relator(a)

Razões de Recurso Extraordinário

I. RELATÓRIO

Cuida-se de recurso extraordinário interposto pelo **Estado de São Paulo**, com arnês no artigo 102, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, contra o v. acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, proferido em última instância.

O egrégio Tribunal Superior do Trabalho negou provimento ao agravo de instrumento, com o escopo de admitir a responsabilidade subsidiária do **Estado de São Paulo** por débitos trabalhistas, por força do enunciado sumular 331, IV, do TST, sem a conseqüente pronúncia de inconstitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei n. 8.666/93, mediante a observância da reserva de plenário – artigo 97 da Constituição Federal (regra do *full bench*).

Por ocasião do aludido julgamento, observou o eminente Ministro Relator que o enunciado sumular 331, IV, do TST reflete a escorreita interpretação do artigo 71, *caput*, da Lei n. 8.666/93 em face do artigo 37 da Constituição Federal. **Ademais, de forma inovadora e mediante o exame do acervo fático, simplesmente inferiu a existência de culpa in vigilando, sem que tal tema tivesse sido concretamente analisado pelas instâncias ordinárias.**

Não obstante o posicionamento do colendo Supremo Tribunal Federal, contemplado na súmula vinculante nº 10, salientou o insigne Ministro Relator que não se há perquirir pela observância da cláusula de reserva de plenário, embora afastada a aplicabilidade do §1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93.

A rigor, o v. acórdão recorrido incorreu em patente violação aos artigos 97; 5º, II, e 37, § 6º, da Constituição Federal, porquanto, além de declarar a *inconstitucionalidade em branco* do § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, sem a observância da cláusula de reserva de plenário, **ainda inobservou o julgamento do ADC 16 e da Rcl 7.517/SP, além de infringir o princípio da reserva legal ao criar modalidade de responsabilidade objetiva, mediante a adoção da teoria do risco integral na nova redação do enunciado 331.**

II. DA REPERCUSSÃO GERAL

A teor do artigo §1º do artigo 543-A do Código de Processo Civil, com a redação da Lei n. 11.418/06, e do artigo 322, parágrafo único, do RISTF, com a redação da Emenda Regimental nº 21, de 30 de abril de 2007, “*para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa*”.

A rigor, é possível identificar na hipótese dos autos questão relevante sob o ponto de vista econômico e jurídico, com especial repercussão no patrimônio público de todos os entes políticos da Federação, que reiteradamente são condenados ao pagamento de vultosas quantias decorrentes de débitos trabalhistas.

A corroborar a existência de repercussão geral, cumpre ressaltar que recentemente fora julgada a ADC 16/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, e a RCL 7517/SP, rel. Min. Lewandowski, em incontestada identidade ao presente processo.

A lide demanda a análise de situação com inequívoco efeito transcendente à intersubjetividade recursal, bem como significativamente multiplicador, sem embargo do prejuízo decorrente da inexistência de efeito suspensivo, como consta do § 2º do artigo 542 do Código de Processo Civil.

III. DA INFRINGÊNCIA AO ARTIGO 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO – E SÚMULA VINCULANTE Nº 10 DO STF

A despeito dos fundamentos jurídicos em que amparado o v. acórdão recorrido, impende consignar que o eminente Ministro Relator do TST incorreu em *error in procedendo*, porquanto não poderia ter aplicado o enunciado sumular 331, IV, do TST, sem a arguição de inconstitucionalidade, observada a cláusula da reserva de plenário (*full bench*), do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Isso porque, em recente julgamento conjunto da ADC 16/DF e da Rcl. 7517/SP, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do §1º do artigo 71 da Lei 8.666/93, bem como determinou a revogação do enunciado 331 do TST. E sem embargo de tal aspecto, o TST reiterou a desobediência à decisão do Supremo na nova redação do enunciado 331.

Não restou evidenciado no acórdão do TRT de origem a existência de qualquer culpa a ensejar a responsabilização subjetiva da embargante, de modo que o atual estágio recursal não se mostra a via adequada para revisar o conjunto fático-probatório presente nestes autos (Súmula 126/TST).

Ora, se a redação do § 1º do artigo 71 da Lei nº 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, poderia o egrégio Tribunal Superior do Trabalho reconhecer a responsabilidade subsidiária do **Estado de São Paulo** por débitos trabalhistas.

A título de corroborar a argumentação supramencionada, é pertinente a realização de um cotejo analítico entre o §1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, na redação da Lei nº 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 nº 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 §1º do artigo 71 da Lei nº 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.**

Segundo adverte Pontes de Miranda, *“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 caracterizador de error in procedendo 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.

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 concentrado), 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. Precedentes.

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 percuência, 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, outrossim, que tampouco se deverá perquirir, para efeito de refutar o apontado *error in procedendo*, 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, §1º, da Lei nº 8.666/93, seja pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, seja pelo órgão especial do Tribunal Superior do Trabalho.

Forçoso esclarecer, ademais, que a pertinência da expressa manifestação do órgão especial do Tribunal Superior do Trabalho, acerca da suposta inconstitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, em virtude da aplicação do inciso IV do enunciado 331 do TST, se evidencia imperativa por força da recém-editada **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, afigura-se imprescindível seja cassado o v. acórdão recorrido (AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 58), de sorte que seja observada a cláusula de reserva de plenário, no sentido da aplicação, ou não, do inciso IV do enunciado 331 do TST, em detrimento da eventual inconstitucionalidade do §1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93.

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 nº 10, no tocante ao artigo 71, §1º, da Lei nº 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.

IV. DA INFRINGÊNCIA AOS ARTIGOS 5º, II, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – IMPOSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA DOS DÉBITOS TRABALHISTAS SEM A OBSERVÂNCIA DA RESERVA LEGAL

No pertinente à responsabilidade da Administração Pública por débitos trabalhistas, em razão das supostas *culpa in vigilando* e *culpa in eligendo*, convém salientar que toda e qualquer contratação pública deverá ser realizada mediante procedimento licitatório, a teor do artigo 37, *caput* e inciso XXI, da Constituição Federal.

Seguindo este desate, denota-se que a Administração Pública não detém o alvedrio de contratar com quem deseje; somente poderá fazê-lo com aquele que se sagrar vencedor do certame, observados os princípios da impessoalidade, legalidade e moralidade. A escolha do contratante não se insere no âmbito de discricionariedade da Administração Pública, o que refuta, desde logo, qualquer imputação de responsabilidade por *culpa in eligendo*.

A dirimir a controvérsia quanto a tal aspecto, tampouco se infere que a Administração Pública detenha a potestade de, com o objetivo de se resguardar de futura responsabilização, exigir dos licitantes requisitos não criados pela Lei nº 8.666/93 (artigos 27 a 31). O inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal veda expressamente tal medida.

Indaga-se, por oportuno, se seria concedida à Administração Pública, na condição de contratante, **a potestade de lavrar um auto de infração, inabilitar uma proposta ou promover a rescisão de um contrato administrativo em decorrência da existência de débitos trabalhistas da sociedade empresária contratada, à luz do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal?**

A fortiori, quando o legislador admitiu a responsabilidade estatal por débitos previdenciários (§ 2º do art. 71), simultaneamente viabilizou à Administração Pública a adoção de medidas tendentes a se resguardar de prejuízos, como se infere do artigo 29 da Lei nº 8.666/93 (certidão negativa de débitos previdenciários).

Aliás, o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal demonstra com clareza, em sua parte final, que a licitação deverá observar exclusivamente as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, sem a imposição de outras tantas não constantes de lei.

Anteriormente às alterações empreendidas pela Lei nº 9.032/95, o § 2º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 conferia à Administração Pública a possibilidade de exigir seguro ou fiança bancária para efeito de se eximir de qualquer dano ocasionado pelos contratantes – mormente em razão dos débitos trabalhistas.

A par dos elementos explicitados, é oportuno mencionar que a responsabilidade objetiva (teoria do risco administrativo), a que se refere o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal, ora violado, abrange eminente-

mente os danos causados por agentes de pessoas jurídicas prestadoras de serviço público.

Não se concebe, portanto, possa a Administração Pública ocupar o posto de *seguradora universal*, como aduz o Ministro Gilmar Mendes (Revista Jurídica da Presidência da República. Brasília, Vol. 2, n. 13, junho/1999), com a assunção geral e abstrata de todo e qualquer débito trabalhista das sociedades empresárias com quem contrata, sem a observância do princípio da reserva legal, insculpido no artigo 5º, II, da Constituição da República.

Somente em razão dos danos causados por seus agentes ou por aqueles que atuem nesta qualidade poderá a Administração Pública ser condenada nos termos do § 6º do artigo 37 da Constituição Federal. À evidência, os prejuízos decorrentes de débitos trabalhistas não se subsumem àqueles constantes do aludido preceito normativo, sobretudo porque oriundos de contrato para a realização de atividade-meio.

Ora, ao promover a contratação de serviços terceirizados – vigilância, limpeza, abastecimento etc. –, as pessoas jurídicas de direito público ou privado o fazem com o fito de suprir uma atividade-meio, ou seja, não almejam que tais sociedades empresárias desempenhem qualquer atividade-fim de prestação de serviço público, em sentido estrito.

Por outro panorama, **tampouco merece prosperar a tese no sentido da culpa in vigilando, visto que, por mais que à Administração Pública incumba o dever de fiscalizar a estrita execução dos contratos administrativos, ao Ministério Público do Trabalho, às Delegacias Regionais do Trabalho e aos sindicatos compete a fiscalização do cumprimento das obrigações decorrentes dos contratos de trabalho pelos empregadores.** Trata-se, por sinal, de um modelo constitucional de distribuição de atribuições, de modo que à Administração Pública, cuja atuação é norteadada pelo princípio da legalidade, não se faculta a invasão dessa seara.

V. PEDIDO

Diante dos fatos e fundamentos anteriormente esposados, requer o **Estado de São Paulo** o conhecimento e o provimento do recurso extraordinário, de maneira a cassar o v. acórdão recorrido em virtude da violação direta aos artigos 97; 5º, II, e 37, § 6º, da Constituição Federal e da **inobservância do julgamento conjunto da ADC 16/DF e da Rcl. 7517/SP.**

Brasília, 19 de agosto de 2014.

NILTON CARLOS DE A. COUTINHO
Procurador do Estado de São Paulo

ANEXO 3

Recorrente: **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Procurador: Dr. Murilo Rodrigues Júnior

Recorrido: **PROFESSIONAL CLEAN SERVIÇOS DE ASSEIO E CONSERVAÇÃO LTDA.**

Recorrido: **MARIA NADIR AMÂNCIO**

Advogado: Dra. Simone Santagnelo Rodrigues

IGM/

DESPACHO

I. RELATÓRIO

Trata-se de **recurso extraordinário** interposto pelo ente público contra decisão deste Tribunal, que reconheceu sua **responsabilidade subsidiária pelos créditos trabalhistas inadimplidos por seu prestador de serviços**.

II. FUNDAMENTAÇÃO

De plano, cabe assentar que o presente recurso **não** se enquadra no **Tema 246** da Tabela de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal (“**responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço**”).

Com efeito, o **Tema 246** surgiu de repercussão geral conferida ao **RE 603.397** (Plenário Virtual em 17/09/09, Relatora Ministra Ellen Gracie, atualmente de relatoria da Ministra Rosa Weber), no qual era discutida a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo **mero inadimplemento** das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviço, ou seja, a **responsabilidade objetiva**, conforme assentava o item IV da Súmula 331 do TST.

Registre-se que o STF julgou a **ADC 16**, ação direta de constitucionalidade que discutia a compatibilidade do **art. 71 da Lei 8.666/93** com a Constituição Federal, assim ementada:

“**EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL.** Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. (ADC 16, Rel. Min. **Cezar Peluso**, Tribunal Pleno, Dje de 09/09/11).

Desse modo, percebemos que o STF concluiu pela **constitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/93**, no sentido de **afastar a responsabilidade trabalhista subsidiária objetiva** dos entes públicos nos casos de inadimplência das empresas prestadoras de serviços por eles contratadas, **mas reconheceu, nas discussões relativas ao julgamento**, nos casos de **verificação concreta de culpa** da entidade pública contratante, que se poderia **cogitar de responsabilização subsidiária**.

Da leitura do acórdão, extrai-se a discussão travada no STF em torno das **exceções à regra** da não responsabilização subsidiária, quando possa ter havido **culpa in vigilando** ou **in eligendo** da Administração Pública. Prevaleceu, então, a **matização da responsabilidade**, conforme a constatação, caso a caso, da culpa da Administração Pública, nos termos do voto do Relator, Min. **Cezar Peluso**, que assim se manifestou reiteradas vezes ao longo dos debates:

“(…) Considero a norma constitucional também, **o que não impedirá que a Justiça do Trabalho continue reconhecendo a responsabilidade da Administração com base nos fatos de cada causa**” (pág. 38).

“Eu reconheço a plena constitucionalidade da norma, e se o tribunal

a reconhecer, como eventualmente poderá fazê-lo, a mim me parece que **o tribunal não pode nesse julgamento impedir que a justiça trabalhista, com base em outras normas, em outros princípios e à luz dos fatos de cada causa, reconheça a responsabilidade da administração**” (pág. 40).

“Só estou advertindo ao Tribunal que isso não impedirá que a Justiça do Trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da Administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos. (...) **Não é a constitucionalidade dessa norma que vai impedir a Justiça do Trabalho de reconhecer a responsabilidade da Administração perante os fatos!**” (págs. 42-43) (grifos nossos).

Outros membros do Pretório Excelso que se manifestaram expressamente no mesmo sentido foram:

Min. **Gilmar Mendes**, *verbis*:

“É bem verdade que os pontos que têm sido suscitados pelo TST fazem todo o sentido e talvez exijam dos órgãos de controle, seja TCU, seja Tribunal de Contas do Estado, aqueles responsáveis pelas contas do município, que haja realmente a fiscalização, porque realmente o pior dos mundos pode ocorrer para o empregado que prestou o serviço, a empresa recebeu da Administração mas não cumpriu os deveres elementares. Então, essa questão continua posta e **foi o que o TST, de alguma forma, tentou explicitar ao não declarar a inconstitucionalidade da lei e resgatar a ideia da súmula, para que haja essa culpa in vigilando, fundamental. (...) De modo que haja talvez até uma exigência de demonstração de que se fez o pagamento, o cumprimento pelo menos das verbas elementares: pagamento de salário, recolhimento da previdência social e do FGTS**” (pág. 45) (grifos nossos).

Min. **Ricardo Lewandowski**, *verbis*:

“Na verdade, **eu tenho acompanhado esse entendimento do Ministro Cezar Peluso**, no sentido de considerar a matéria infraconstitucional, porque, realmente, **ela é decidida sempre em um caso concreto, se há culpa ou não (...)**” (págs. 44) (grifos nossos).

Diante dessa orientação do STF, o TST, **revendo a Súmula 331**, passou a admitir **apenas excepcionalmente a responsabilidade subsidiária** da entidade pública, no caso de ficar evidenciada a **culpa in vigilando ou in eligendo** do tomador dos serviços. Ou seja, não mais se baseou na responsabilidade objetiva. É o que consta do **novo inciso V** do referido verbete sumulado, *verbis*:

“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” (grifo nosso).

Após o julgamento da ADC 16, o Supremo Tribunal Federal tem recebido diversas **reclamações constitucionais**, a questionar a condenação subsidiária de ente público após a declaração de constitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/93, quando não há registro de culpa. O julgamento de tais incidentes permite identificar a **consolidação da interpretação** pela qual é possível a **condenação do ente público** nos casos de **culpa demonstrada**. Nesse sentido, podemos citar a seguinte **decisão plenária do STF**:

“EMENTA: RECLAMAÇÃO – ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO À AUTORIDADE DA DECISÃO PROFERIDA, COM EFEITO VINCULANTE, NO EXAME DA ADC 16/DF – INOCORRÊNCIA – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR DÉBITOS TRABALHISTAS (LEI Nº 8.666/93, ART. 71, § 1º) – ATO JUDICIAL RECLAMADO PLENAMENTE JUSTIFICADO, NO CASO, PELO RECONHECIMENTO DE SITUAÇÃO CONFIGURADORA DE CULPA *IN VIGILANDO*, *IN ELIGENDO* OU *IN OMITTENDO* – DEVER LEGAL DAS ENTIDADES PÚBLICAS CONTRATANTES DE FISCALIZAR O CUMPRIMENTO, POR PARTE DAS EMPRESAS CONTRATADAS, DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS REFERENTES AOS EMPREGADOS VIN-

CULADOS AO CONTRATO CELEBRADO (LEI Nº 8.666/93, ART. 67) – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (AgR na Recl 14.947-RS, Rel. Min. **Celso de Mello**, DJe de 01/08/13)

Essa reclamação constitucional foi **julgada à unanimidade pelo Pleno**, em sessão presidida pelo Ministro Joaquim Barbosa, contando com a presença dos eminentes Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Teori Zavascki. Do voto do Relator, Ministro **Celso de Mello**, destacamos os seguintes trechos, que corporificam a **posição pacífica da Corte Constitucional** acerca do **alcance do julgado proferido na ADC 16**:

“(…)

É oportuno ressaltar, no ponto, que, em referido julgamento, não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal tenha confirmado a plena validade constitucional do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 – por entender juridicamente incompatível com a Constituição a transferência automática, em detrimento da Administração Pública, dos encargos trabalhistas, fiscais, comerciais e previdenciários resultantes da execução do contrato na hipótese de inadimplência da empresa contratada –, enfatizou-se que essa declaração de constitucionalidade não impediria, em cada situação ocorrente, o reconhecimento de eventual culpa *in omittendo* ou *in vigilando* do Poder Público.

Essa visão em torno do tema tem sido observada por Ministros de ambas as Turmas desta Suprema Corte (Rcl 8.475/PE, Rel. Min. AYRES BRITTO – Rcl 11.917/SP, Rel. Min. LUIZ FUX – Rcl 12.089/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX – Rcl 12.310/SP, Rel. Min. LUIZ FUX – Rcl 12.388/SC, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – Rcl 12.434/SP, Rel. Min. LUIZ FUX – Rcl 12.595/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – Rcl 12.828/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO – Rcl 12.944/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – Rcl 13.272-MC/MG, Rel. Min. ROSA WEBER – Rcl 13.425/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – Rcl 13.841/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – Rcl 14.623/ES, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – Rcl 14.658/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – Rcl 14.943/RS, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – Rcl 15.052/RO, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.), em julgamentos nos quais se tem reconhecido possível a atribuição de responsabilidade subsidiária

ao ente público na hipótese excepcional de restar demonstrada a ocorrência de comportamento culposo da Administração Pública.

(...)

Cumpre assinalar, por necessário, que o dever legal das entidades públicas contratantes de fiscalizar a idoneidade das empresas que lhes prestam serviços abrange não apenas o controle prévio à contratação – consistente em exigir, das empresas licitantes, a apresentação dos documentos aptos a demonstrar a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a situação econômico-financeira, a regularidade fiscal e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal (Lei nº 8.666/93, art. 27) –, mas compreende, também, o controle concomitante à execução contratual, viabilizador, dentre outras medidas, da vigilância efetiva e da adequada fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas em relação aos empregados vinculados ao contrato celebrado (Lei nº 8.666/93, art. 67).

(...)"

Cabe registro de que o **parecer do Ministério Público Federal**, em pronunciamento do eminente Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, **também** militou no sentido da **improcedência** da reclamação constitucional.

Podemos destacar que a Ministra **Cármem Lúcia**, ausente justificadamente à sessão, também já relatou reclamação constitucional sobre caso idêntico e julgou-a improcedente diante da possibilidade de condenação subsidiária do ente público em caso de culpa, debatida e autorizada no julgamento da ADC 16 (Rcl 15.629-RS, DJE (02/05/13). No mesmo sentido, o Ministro **Roberto Barroso**, empossado após a decisão plenária acima transcrita, julgou a matéria (Rcl 17.934-RJ, DJe (19/08/14).

Diante do contexto ora fixado, é certo que **todos os atuais ministros do Supremo Tribunal Federal** já tiveram a oportunidade de julgar a matéria de que trata o presente recurso, sendo **pacífico e unânime** o entendimento pela **compatibilidade** da decisão atacada com a autoridade do julgado na ADC 16 e com a própria Constituição Federal, uma vez **registrada na decisão recorrida a culpa do ente público**.

Do **T-246 remanesce**, pois, o exame das seguintes questões: **a)** estabelecimento de responsabilidade objetiva da Administração Pública desde a 1ª instância, sem apuração de eventual culpa; **b)** responsabilidade da Administração Pública por **culpa presumida in vigilando e in eligendo**; **c)** aproveitamento da **culpa declarada em primeiro grau** quando o acórdão regional aplica a responsabilidade objetiva sem examinar o descumprimento dos deveres legais pelo ente público.

Por todo o exposto, na medida em que o **acórdão recorrido** mantém a **condenação subsidiária** do ente público em razão da **comprovada culpa**, conforme premissas fáticas assentadas nas instâncias ordinárias, concluo que o presente recurso **afasta-se do remanescente do Tema 246** e seu julgamento não depende, haja vista **não se tratar de imposição de condenação pela mera inadimplência** da empresa contratada pelo ente público, da aplicação da responsabilidade objetiva estatal. Desse modo, a **decisão recorrida** não permite ilação de afronta literal ao texto constitucional, mas, pelo contrário, **compatibiliza-se com a autoridade do julgado na ADC 16 e com a iterativa e atual jurisprudência do STF**, em desdobramento ao exame da matéria.

Assim, não demonstrada nenhuma violação ao texto da *Lex Legum*, e já tendo parte da questão específica do T-246 sido deslindada pelo STF, em desfavor do Recorrente, o recurso extraordinário do ente público está fadado ao insucesso.

III. CONCLUSÃO

Diante do exposto, **denego seguimento** ao recurso extraordinário e determino a baixa dos autos à origem.

Publique-se.

Brasília, 05 de novembro de 2014.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO
Ministro Vice-Presidente do TST

ANEXO 4

ACÓRDÃO – ÓRGÃO ESPECIAL (TST-Ag-AIRR-459-58.2011. 5.15.0071)

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇO – ENTE PÚBLICO – CULPA RECONHECIDA.

1. Com o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 16 (Relator Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJE de 09/09/11), restou fixada a interpretação constitucionalmente adequada a ser conferida ao art. 71 da Lei 8.666/94, segundo a qual a previsão legal de inexistência de responsabilidade de ente público pelos débitos trabalhistas de seus contratados não impede a sua condenação subsidiária nas causas em que for comprovada a culpa do contratante pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do prestador de serviços.
2. O julgamento da ADC 16 foi posterior ao reconhecimento da repercussão geral pertinente à responsabilidade trabalhista de ente público na condição de tomador de serviços (T-246 da Tabela de Repercussão Geral do STF). Assim, dado o caráter vinculante da decisão proferida no controle concentrado de constitucionalidade, o Tema 246 restou solucionado, por coerência lógica, no que tange à responsabilidade subsidiária da Administração Pública na hipótese de comprovada culpa, remanescendo apenas a questão relativamente às hipóteses de culpa presumida, de não demonstração de culpa ou de silêncio sobre a culpabilidade.
3. O sistema de repercussão geral, instituído a partir da Emenda Constitucional 45, impõe filtro processual por meio do qual se torna desnecessário o julgamento repetitivo e individualizado de demandas de idêntico conteúdo jurídico pelo STF, sendo possível resolver o conflito no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho.
4. No caso presente, a Agravante foi responsabilizada subsidiariamente em relação aos créditos reconhecidos judicialmente, em razão de sua comprovada culpa, decisão que se amolda aos uníssonos precedentes do STF, em sede da ADC 16 e de diversas reclamações constitucionais que a essa seguiram.
5. Assim, a hipótese dos autos se amolda ao Tema 246 da Tabela de

Repercussão Geral do STF, mas no sentido de já estar solucionado pelo Pretório Excelso em direção contrária à pretensão recursal.

Recurso recebido como agravo regimental, ao qual se nega provimento, com determinação de baixa dos autos à origem, com aplicação de multa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº **TST-Ag-AIRR-459-58.2011.5.15.0071**, em que é Agravante **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO** e Agravados **MARIA NADIR AMÂNCIO** e **PROFESSIONAL CLEAN SERVIÇOS DE ASSEIO E CONSERVAÇÃO LTDA.**

RELATÓRIO

Contra despacho da **Vice-Presidência do TST** que **denegou seguimento** ao seu **recurso extraordinário**, o ente público interpôs agravo, sustentando que a decisão merece reforma.

Com amparo no **art. 69, “g. 1”, do RITST**, por analogia, o agravo foi recebido como sendo o do **art. 577, § 1º, do CPC**.

É o relatório.

VOTO

I. CONHECIMENTO

Convém registrar, de plano, que o **recurso cabível** contra o despacho desta Vice-Presidência, que denega seguimento a recurso extraordinário quanto à responsabilidade subsidiária do tomador de serviços em face da inadimplência da prestadora dos serviços (Tema 246 da Tabela de Temas de Repercussão Geral do STF), **é o agravo do art. 544 do CPC para o STF, e não o agravo do art. 557, § 1º, do CPC**, uma vez que:

a) posteriormente ao reconhecimento da repercussão geral do Tema 246 pelo STF (17/09/09), esse julgou a ADC 16 (24/11/10), reconhecendo a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 e sua aplicação na esfera trabalhista, mas **abrindo exceção para os casos de culpa in vigilando e in eligendo comprovada**, registrada na decisão recorrida;

b) o Tema 246 da Tabela de Repercussão Geral passou a ficar jun- gido à solução da questão relativa aos casos em que **não tivesse sido enfrentada a questão da culpabilidade da administração pública** na decisão recorrida **ou** essa houvesse sido aplicada na modalidade de **culpa presumida**;

c) para os casos em que houve **registro expresso** na decisão recorrida da demonstração **de culpa**, o STF tem entendido que **não é o caso de sobrestamento** do feito (Rcl 18778 ED, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJE 06/02/15), na expectativa de solução do T-246, uma vez que a **hipótese já** teria sido **contemplada** pelo que ficou decidido na ADC-16;

d) nesses termos, decidida pelo STF, após o reconhecimento da reper- cussão geral da matéria, parte da controvérsia embutida no T-246, **cabe à Corte de origem** dos processos, na esteira da jurisprudência remansosa do STF, **apreciar o agravo que se interponha com a finalidade de reexa- minar a aplicação da jurisprudência do STF na matéria tida como de repercussão geral, mas já decidida pelo Pretório Excelso**, sendo absolu- tamente periférica a questão da origem da decisão pacificadora da questão, **se proferida em controle difuso ou concentrado** de constitucionalidade.

Ademais, eventual pretensão de levar ao STF milhares de feitos, com o intuito de rediscutir a configuração de culpa nos casos concretos, esbar- raria na **Súmula 279 do STF**, que impede o reexame de fatos e provas em recurso extraordinário, o que acontece também na esfera judicial trabalhis- ta com a **Súmula 126 do TST** em sede de recurso de revista. O expediente levaria o STF (e o próprio TST) a se transformarem em Cortes de Justiça, representando 3ª e 4ª instâncias ordinárias de reapreciação de fatos e pro- vas, o que não se coaduna com sua missão constitucional.

Ora, a sistemática da **repercussão geral** foi concebida segundo a ideia de que o **STF definisse num feito selecionado a solução para a questão jurídica** de grande envergadura que lhe foi remetida e **delegasse aos tribunais de origem dos recursos a aplicação dessa orientação jurisprudencial aos casos concretos**.

Além disso, em decisão publicada em 02/02/15, o **Pleno do STF reconheceu o caráter soberano do pronunciamento das instâncias ordinárias sob matéria fático-probatória** e reconheceu **ausência de desrespeito à autoridade da decisão proferida na ADC 16 quando admitida a responsabilidade subjetiva** (tanto *in vigilando* quanto *in omittendo* e *in eligendo*). Na mesma decisão reconheceu o dever jurídico das entidades públicas contratantes de bem selecionar e fiscalizar o cumprimento, por parte das empresas contratadas, das obrigações trabalhistas referentes aos empregados vinculados ao contrato celebrado, **sob pena de enriquecimento indevido do Poder Público e de injusto empobrecimento do trabalhador, situação que não pode ser coonestada pelo Poder Judiciário (Rel 16094 Agr/ES, Rel. Min. Celso de Mello)**.

Nesse sentido, iria na **contramão da sistemática da repercussão geral**, pretensão de que **o próprio STF proceda ao enquadramento caso a caso no T-246**, pela via do agravo do art. 544 do CPC.

Pelo exposto, entendendo que o enquadramento do presente agravo se dá nos moldes do art. 557, § 1º, do CPC, preenchidos os pressupostos legais de admissibilidade, **CONHEÇO** do agravo.

II. MÉRITO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra despacho que denegou seguimento ao recurso extraordinário da entidade pública, o qual, na sistemática da repercussão geral da questão constitucional, corresponde ao agravo interno para o Órgão Especial do TST (AI-QO 760358, Relator Min. **Gilmar Mendes**, Tribunal Pleno, DJe de 18/02/10).

No caso presente, o debate trazido pela Agravante fixa-se na possibilidade de responsabilidade subsidiária da Administração Pública, diante da **premissa fática** assentada nas instâncias inferiores de que incorreu em **culpa** pelo inadimplemento das verbas trabalhistas reconhecidas ao trabalhador. Tal matéria corresponde ao objeto já dirimido pelo STF em relação ao **Tema 246** da Tabela de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal (“**responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço**”).

Com efeito, o **Tema 246** surgiu de repercussão geral conferida ao **RE 603.397** (Plenário Virtual em 17/09/09, Relatora Ministra Ellen Gracie, atualmente de relatoria da Ministra **Rosa Weber**), no qual era discutida a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo **mero inadimplemento** das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviço, ou seja, a **responsabilidade objetiva**, conforme assentava o item IV da Súmula 331 do TST.

Registre-se que o STF julgou a **ADC 16**, ação direta de constitucionalidade que discutia a compatibilidade do **art. 71 da Lei 8.666/93** com a Constituição Federal, assim ementada:

“EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.” (ADC 16, Rel. Min. **Cezar Peluso**, Tribunal Pleno, Dje de 09/09/11).

Desse modo, percebemos que o STF concluiu pela **constitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/93**, no sentido de **afastar a responsabili-**

dade trabalhista subsidiária objetiva dos entes públicos nos casos de inadimplência das empresas prestadoras de serviços por eles contratadas, **mas reconheceu, nas discussões relativas ao julgamento**, nos casos de **verificação concreta de culpa** da entidade pública contratante, que se poderia **cogitar de responsabilização subsidiária**.

Da leitura do acórdão, extrai-se a discussão travada no STF em torno das **exceções à regra** da não responsabilização subsidiária, quando possa ter havido culpa *in vigilando* ou *in eligendo* da Administração Pública. Prevaleceu, então, a **matização da responsabilidade**, conforme a constatação, caso a caso, da culpa da Administração Pública, nos termos do voto do Relator, Min. **Cezar Peluso**, que assim se manifestou reiteradas vezes ao longo dos debates:

“[...] Considero a norma constitucional também, **o que não impedirá que a Justiça do Trabalho continue reconhecendo a responsabilidade da Administração com base nos fatos da cada causa**” (pág. 38).

“Eu reconheço a plena constitucionalidade da norma, e se o tribunal a reconhecer, como eventualmente poderá fazê-lo, a mim me parece que **o tribunal não pode nesse julgamento impedir que a justiça trabalhista, com base em outras normas, em outros princípios e à luz dos fatos de cada causa, reconheça a responsabilidade da administração**” (pág. 40).

“Só estou advertindo ao Tribunal que isso não impedirá que a Justiça do Trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da Administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos. [...] **Não é a constitucionalidade dessa norma que vai impedir a Justiça do Trabalho de reconhecer a responsabilidade da Administração perante os fatos!**” (págs. 42-43) (grifos nossos).

Outros membros do Pretório Excelso que se manifestaram expressamente no mesmo sentido foram:

Min. **Gilmar Mendes**, *verbis*:

“É bem verdade que os pontos que têm sido suscitados pelo TST fazem todo o sentido e talvez exijam dos órgãos de controle, seja TCU, seja Tribunal de Contas do Estado, aqueles responsáveis pelas contas do município, que haja realmente a fiscalização, porque realmente o pior dos mundos pode ocorrer para o empregado que prestou o serviço, a empresa recebeu da Administração mas não cumpriu os deveres elementares. Então, essa questão continua posta e **foi o que o TST, de alguma forma, tentou explicitar ao não declarar a inconstitucionalidade da lei e resgatar a ideia da súmula, para que haja essa culpa *in vigilando*, fundamental. [...] De modo que haja talvez até uma exigência de demonstração de que se fez o pagamento, o cumprimento pelo menos das verbas elementares: pagamento de salário, recolhimento da previdência social e do FGTS**” (pág. 45) (grifos nossos).

Min. **Ricardo Lewandowski**, *verbis*:

“Na verdade, **eu tenho acompanhado esse entendimento do Ministro Cezar Peluso**, no sentido de considerar a matéria infraconstitucional, porque, realmente, **ela é decidida sempre em um caso concreto, se há culpa ou não [...]**” (pág. 44) (grifos nossos).

Diante dessa orientação do STF, o TST, **revedo a Súmula 331**, passou a admitir **apenas excepcionalmente a responsabilidade subsidiária** da entidade pública, no caso de ficar evidenciada a **culpa *in vigilando* ou *in eligendo*** do tomador dos serviços. Ou seja, não mais se baseou na responsabilidade objetiva. É o que consta do **novo inciso V** do referido verbete sumulado, *verbis*:

“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” (grifo nosso).

Após o julgamento da ADC 16, o Supremo Tribunal Federal tem recebido diversas **reclamações constitucionais**, que questionam a condenação subsidiária de ente público, após a declaração de constitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/93, quando não há registro de culpa. O julgamento de tais incidentes permite identificar a **consolidação da interpretação** pela qual é possível a **condenação de ente público** nos casos de **culpa demonstrada**. Nesse sentido, podemos citar a seguinte **decisão plenária do STF**:

“EMENTA: RECLAMAÇÃO – ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO À AUTORIDADE DA DECISÃO PROFERIDA, COM EFEITO VINCULANTE, NO EXAME DA ADC 16/DF – INOCORRÊNCIA – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR DÉBITOS TRABALHISTAS (LEI Nº 8.666/93, ART. 71, § 1º) – ATO JUDICIAL RECLAMADO PLENAMENTE JUSTIFICADO, NO CASO, PELO RECONHECIMENTO DE **SITUAÇÃO CONFIGURADORA DE CULPA IN VIGILANDO, IN ELIGENDO OU IN OMITTENDO – DEVER LEGAL DAS ENTIDADES PÚBLICAS CONTRATANTES DE FISCALIZAR O CUMPRIMENTO, POR PARTE DAS EMPRESAS CONTRATADAS, DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS REFERENTES AOS EMPREGADOS VINCULADOS AO CONTRATO CELEBRADO (LEI Nº 8.666/93, ART. 67) – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO**” (AgR na Recl 14.947-RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 01/08/13).

Essa reclamação constitucional foi **julgada à unanimidade pelo Pleno**, em sessão presidida pelo Ministro Joaquim Barbosa, contando com a presença dos eminentes Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Teori Zavascki. Do voto do Relator, Ministro **Celso de Mello**, destacamos os seguintes trechos, que corporificam a **posição pacífica da Corte Constitucional** acerca do **alcance do julgado proferido na ADC 16**:

“[...]”

É oportuno ressaltar, no ponto, que, em referido julgamento, não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal tenha confirmado

a plena validade constitucional do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 – por entender juridicamente incompatível com a Constituição a transferência automática, em detrimento da Administração Pública, dos encargos trabalhistas, fiscais, comerciais e previdenciários resultantes da execução do contrato na hipótese de inadimplência da empresa contratada –, enfatizou-se que essa declaração de constitucionalidade não impediria, em cada situação ocorrente, o reconhecimento de eventual culpa *in omittendo* ou *in vigilando* do Poder Público.

Essa visão em torno do tema tem sido observada por Ministros de ambas as Turmas desta Suprema Corte (Rcl 8.475/PE, Rel. Min. AYRES BRITTO – Rcl 11.917/SP, Rel. Min. LUIZ FUX – Rcl 12.089/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX – Rcl 12.310/SP, Rel. Min. LUIZ FUX – Rcl 12.388/SC, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – Rcl 12.434/SP, Rel. Min. LUIZ FUX – Rcl 12.595/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – Rcl 12.828/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO – Rcl 12.944/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – Rcl 13.272-MC/MG, Rel. Min. ROSA WEBER – Rcl 13.425/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – Rcl 13.841/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – Rcl 14.623/ES, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – Rcl 14.658/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – Rcl 14.943/RS, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – Rcl 15.052/RO, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.), em julgamentos nos quais se tem reconhecido possível a atribuição de responsabilidade subsidiária ao ente público na hipótese excepcional de restar demonstrada a ocorrência de comportamento culposos da Administração Pública.

[...]

Cumpra assinalar, por necessário, que o dever legal das entidades públicas contratantes de fiscalizar a idoneidade das empresas que lhes prestam serviços abrange não apenas o controle prévio à contratação – consistente em exigir, das empresas licitantes, a apresentação dos documentos aptos a demonstrar a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a situação econômico-financeira, a regularidade fiscal e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal (Lei nº 8.666/93, art. 27) –, mas compreende, também, o controle concomitante à execução contratual, viabilizador, dentre outras medidas, da vigilância efetiva e da adequada fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas em relação aos empregados vinculados ao contrato celebrado (Lei nº 8.666/93, art. 67)”.’

Cabe registro de que o **parecer** do **Ministério Público Federal**, em pronunciamento do eminente Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, **também** militou no sentido da **improcedência** da reclamação constitucional.

Destaca-se que a Ministra **Cármem Lúcia**, ausente justificadamente à sessão, também já relatou reclamação constitucional sobre caso idêntico e julgou-a improcedente diante da possibilidade de condenação subsidiária de ente público em caso de culpa, debatida e autorizada no julgamento da ADC 16 (Rcl 15.629-RS, DJE de 02/05/13). No mesmo sentido, o Ministro **Roberto Barroso**, empossado após a decisão plenária acima transcrita, julgou a matéria (Rcl 17.934-RJ, DJe de 19/08/14).

Diante do contexto ora fixado, é certo que **todos os atuais ministros do Supremo Tribunal Federal** já tiveram a oportunidade de julgar a matéria de que trata o presente recurso, sendo **pacífico e unânime** o entendimento pela **compatibilidade** da decisão atacada com a autoridade do julgado na ADC 16 e com a própria Constituição Federal, uma vez **registrada na decisão recorrida a culpa da Administração Pública**.

Em tal quadro, o **T-246** restou dirimido em relação ao objeto do presente apelo. Do **tema remanesce**, pois, o exame das seguintes questões: **a)** estabelecimento de responsabilidade objetiva da Administração Pública desde a 1ª instância, sem apuração de eventual culpa; **b)** responsabilidade da Administração Pública por **culpa presumida in vigilando e in eligendo**; **c)** aproveitamento da **culpa declarada em primeiro grau** quando o acórdão regional aplica a responsabilidade objetiva sem examinar o descumprimento dos deveres legais pelo ente público.

Por todo o exposto, na medida em que o **acórdão recorrido** mantém a **condenação subsidiária** da entidade pública em razão da **comprovada culpa**, conforme premissas fáticas assentadas nas instâncias ordinárias, conclui-se que o presente recurso **se afasta do remanescente do Tema 246** e seu julgamento não depende, haja vista **não se tratar de imposição de condenação pela mera inadimplência** da empresa contratada pelo ente público, da aplicação da responsabilidade objetiva estatal. Desse

modo, a **decisão recorrida** não permite ilação de afronta literal ao texto constitucional, mas, pelo contrário, **compatibiliza-se com a autoridade do julgado na ADC 16 e com a iterativa e atual jurisprudência do STF**, em desdobramento ao exame da matéria.

Ressalte-se que **não houve nenhuma declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93**, mas apenas a correta aplicação de acordo com os **estritos parâmetros** definidos pelo Supremo Tribunal na sua jurisprudência, a qual **afasta** a tese de **irresponsabilidade irrestrita da Administração Pública**. Desse modo, a **decisão recorrida não viola o art. 97 da CF e a Súmula Vinculante 10 do STF**.

Ademais, eventual julgamento fundado em regra de distribuição do ônus da prova **não configura** culpa presumida, mas apenas julgamento com base na consequência derivada da aplicação do **princípio da aptidão para a prova**, uma vez que cabia à Administração comprovar, por ser **detentora do dever de fiscalizar**, os **atos empreendidos** para tanto. Entendimento contrário **importaria, na realidade, ao Autor**, e não ao Réu, o encargo de **provar fato negativo** da parte adversa, o que se afigura processualmente inadequado.

Por fim, quanto à suposta ausência de provas das omissões fiscalizatórias ou de culpa da Administração Pública, **não cabe** ao Tribunal Superior **reexaminar fatos e provas**, devendo se basear nas **premissas fáticas** estabelecidas pela **instância ordinária**. No caso dos autos, houve indicação de efetiva **culpa** com base na livre convicção do juiz.

Assim, não demonstrada nenhuma violação ao texto da *Lex Legum*, e já tendo parte da questão específica do T-246 sido deslindada pelo STF, em desfavor do Recorrente, o recurso extraordinário da entidade pública está fadado ao insucesso. Nesse sentido, o STF decidiu:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA RECLAMAÇÃO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ARTIGO 71, § 1º, DA LEI 8.666/93. CONSTITUCIONALIDADE. ADC 16. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.”

BLICA. DEVER DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE DA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. AFRONTA À SÚMULA VINCULANTE 10. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Os embargos de declaração opostos objetivando a reforma da decisão do relator, com caráter infringente, devem ser convertidos em agravo regimental, que é o recurso cabível, por força do princípio da fungibilidade. (Precedentes: Pet 4.837-ED, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJ 14.3.2011; Rcl 11.022-ED, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJ 7.4.2011; AI 547.827-ED, rel. Min. DIAS TOFFOLI, 1ª Turma, DJ 9.3.2011; RE 546.525-ED, rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma, DJ 5.4.2011). 2. A Administração tem o dever de fiscalizar o fiel cumprimento do contrato pelas empresas prestadoras de serviço, também no que diz respeito às obrigações trabalhistas referentes aos empregados vinculados ao contrato celebrado, sob pena de atuar com culpa *in eligendo* ou *in vigilando*. 3. A aplicação do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 16, não exime a entidade da Administração Pública do dever de observar os princípios constitucionais a ela referentes, entre os quais os da legalidade e da moralidade administrativa. 4. A decisão que reconhece a responsabilidade do ente público com fulcro no contexto fático-probatório carreado aos autos não pode ser alterada pelo manejo da reclamação constitucional. Precedentes: Rcl 11985-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-050 DIVULG 14-03-2013 PUBLIC 15-03-2013. 5. A ausência de juízo de inconstitucionalidade acerca da norma citada na decisão impugnada afasta a violação à Súmula Vinculante 10 desta Corte. 6. Declarada a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93 nos autos da ADC 16, não há falar em aplicação, ao caso, da sistemática da repercussão geral fundamentada no RE 603.397/SC (Tema 246). 7. Agravo regimental a que se nega provimento” (Rcl 18778 ED, Rel. Min. **Luiz Fux**, Primeira Turma, DJE de 06/02/15).

Extrai-se do **voto condutor** os seguintes trechos pelos quais se constata o **descabimento da pretensão** relacionada à **suspensão do processo com fundamento no T-246**:

“Irresignada, a embargante opôs embargos de declaração, com efeito infringente, alegando omissão no julgado atinente à ‘petição protocolizada em 06 de outubro de 2014’, por meio da qual ‘a reclamante **requereu a suspensão do feito (ante o fato de ter sido reconhecida a repercussão geral desta lide)**’.

[...]

Com efeito, incumbe às instâncias ordinárias examinar, diante do contexto fático-probatório carreado aos autos, se houve o comportamento culposos (i.e ., culpa *in eligendo* ou *in vigilando*) por parte da entidade da Administração para, em caso afirmativo, proceder à sua responsabilização subsidiária em razão do inadimplemento ou insolvência do prestador de serviços.

Reitero, ainda, que a Corte Superior Trabalhista apenas considerou as circunstâncias fáticas e probatórias do caso para efeito da responsabilização da Municipalidade, não tecendo nenhum juízo de inconstitucionalidade de norma, afastando-se, portanto, qualquer alegação de violação à Súmula Vinculante 10 deste Supremo Tribunal Federal. Por derradeiro, ao contrário da tese perfilhada pela parte, a declaração de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 nos autos da ADC 16 torna inócua a aplicação da sistemática da repercussão geral com fundamento no julgamento do RE 603.397/SC (Tema 246), cuja ementa possui a seguinte redação:

[...]

Desse modo, definida a responsabilidade subsidiária do ente público decorrente da verificação concreta da culpa – em absoluta consonância com entendimento desta Suprema Corte firmado no julgamento da ADC 16 –, não há que se cogitar em responsabilidade objetiva pelo mero inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviço” (grifos nossos).

Assim, **não há sequer que se cogitar em usurpação de competência por este Tribunal**, na medida em que, com o referido precedente do STF, é inequívoco o descabimento de sobrestamento do recurso extraordinário.

O próprio **Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho**, em sessão realizada no dia **09/02/15**, manteve a **decisão denegatória desta**

Vice-Presidência em matéria idêntica, cuja decisão pode ser sintetizada na seguinte ementa:

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇO – ENTE PÚBLICO – CULPA RECONHECIDA.

1. Com o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 16 (Relator Min. Cézar Peluso, Tribunal Pleno, DJE de 09/09/11), restou fixada a interpretação constitucionalmente adequada a ser conferida ao art. 71 da Lei 8.666/94, segundo a qual a previsão legal de inexistência de responsabilidade do ente público pelos débitos trabalhistas de seus contratados não impede a sua condenação subsidiária nas causas em que for comprovada a culpa do contratante pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do prestador de serviços.

2. O julgamento da ADC 16 foi posterior ao reconhecimento da repercussão geral pertinente à responsabilidade trabalhista dos entes públicos na condição de tomador de serviços (T-246 da Tabela de Repercussão Geral do STF). Assim, dado o caráter vinculante da decisão proferida no controle concentrado de constitucionalidade, o Tema 246 restou solucionado, por coerência lógica, no que tange à responsabilidade subsidiária dos entes públicos na hipótese de comprovada culpa, remanescendo apenas a questão relativamente às hipóteses de culpa presumida, não demonstração de culpa ou silêncio sobre a culpabilidade.

3. O sistema de repercussão geral, instituído a partir da Emenda Constitucional 45, impõe filtro processual por meio do qual torna desnecessário o julgamento repetitivo e individualizado de demandas de idêntico conteúdo jurídico pelo STF, sendo possível resolver o conflito no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho.

4. No caso presente, o Agravante foi responsabilizado subsidiariamente em relação aos créditos reconhecidos à Reclamante, em razão de sua comprovada culpa, decisão que se adéqua aos uníssonos precedentes do STF, em sede da ADC 16 e de diversas reclamações constitucionais que a esta seguiram. Assim, a hipótese dos autos se amolda ao Tema 246 da Tabela de Repercussão Geral do STF, mas no sentido de já estar solucionado pelo Pretório Excelso em direção contrária à pretensão recursal.

Recurso recebido como agravo regimental, ao qual se nega provimento, com determinação de baixa dos autos à origem” (Ag-AIRR-825-39.2010.5.02.0251, Rel. Min. **Ives Gandra da Silva Martins Filho**, Órgão Especial).

Do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo e, revelando-se manifestamente infundado o apelo, impõe-se a condenação da Agravante no pagamento de **multa**, a favor da parte contrária, equivalente a 1% do valor corrigido da causa, nos termos do **art. 557, § 2º, do CPC**.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros do Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao agravo, determinar a baixa dos autos à origem e aplicar à Agravante, nos termos do art. 557, § 2º, do CPC, multa de 1% (um por cento) do valor corrigido da causa, ante o caráter manifestamente infundado do apelo, a ser revertida em prol da parte contrária.

Brasília, 02 de março de 2015.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO
Ministro Vice-Presidente do TST

ANEXO 5

RECLAMAÇÃO 19.939 SÃO PAULO

Relator: **Min. Teori Zavascki**

Reclte.(S): **Estado de São Paulo**

Proc.(A/S)(Es): **Procurador Geral do Estado de São Paulo**

Recldo.(A/S): **Tribunal Superior do Trabalho**

Adv.(A/S): **Sem Representação nos Autos**

Intdo.(A/S): **Maria Nadir Amâncio**

Adv.(A/S): **Simone Santagnelo Rodrigues**

Intdo.(A/S): **Professional Clean Servicos de Asseio e Conservação Ltda.**

Adv.(A/S): **Sem representação nos autos**

DECISÃO: 1. Trata-se de reclamação, com pedido de liminar, contra acórdão do Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho (Processo 459-58.2011.5.15.0071), que recusou a remessa de agravo em recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, bem como o conheceu como agravo interno, desprovendo-o, com aplicação de multa no importe de 1% do valor da causa atualizado. Alega o agravante que houve usurpação da competência desta Corte, pois: (a) interpôs recurso extraordinário contra o acórdão que manteve a sua condenação subsidiária ao pagamento de débitos de natureza trabalhista não adimplidos por empresa prestadora de serviços terceirizados; porém, o Vice-Presidente do TST denegou seguimento ao recurso extraordinário e determinou a baixa dos autos à origem; (b) para tanto, consignou que o recurso não se enquadra no Tema 246 da Tabela de Repercussão Geral, que trata da responsabilidade subsidiária da

Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço; (c) contra a negativa de seguimento ao recurso extraordinário interpôs o agravo do art. 544 do Código de Processo Civil, o qual foi recebido como recurso interno e desprovido, com aplicação de multa processual; (d) a competência para apreciação do agravo é exclusiva desta Corte, conforme preconiza a Súmula 727/STF; (e) a negativa de seguimento não se deu por conta de aplicação da sistemática da repercussão geral, tendo em vista que o Tema 246 ainda não foi julgado; e (f) não tem cabimento a multa aplicada com base no § 2º do art. 557 do CPC, uma vez que não buscou a reforma da decisão agravada junto ao Órgão Especial do TST. Requer o deferimento da medida liminar por entender presentes os requisitos necessários para o seu deferimento.

2. O cabimento da reclamação, instituto jurídico de natureza constitucional, deve ser aferido nos estritos limites das normas de regência, que só a concebem para preservação da competência do Tribunal e para garantia da autoridade de suas decisões (art. 102, I, 1, CF/88), bem como contra atos que contrariem ou indevidamente apliquem súmula vinculante (art. 103-A, § 3º, CF/88).

No caso, tem razão o reclamante. É que o Vice-Presidente do TST negou seguimento ao recurso extraordinário pelo entendimento de que a questão em análise no Tema 246 da Repercussão Geral foi deslindada pelo STF em desfavor do recorrente, daí a interposição do agravo de instrumento do art. 544 do CPC, recebido como recurso interno e desprovido pelo Órgão Especial desse tribunal. Ocorre que o mérito desse tema de repercussão geral ainda não foi julgado pelo STF, razão pela qual não se pode falar em aplicação da sistemática prevista no art. 543-B do CPC nas circunstâncias do caso. Assim, o recebimento como recurso interno do agravo do art. 544 do CPC contraria o entendimento consagrado pela Súmula 727/STF (Não pode o magistrado deixar de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal o agravo de instrumento interposto da decisão que não admite recurso extraordinário, ainda que referente a causa instaurada no âmbito dos Juizados Especiais), devendo ser reconhecida a usurpação da competência

desta Corte, com a consequente cassação do acórdão reclamado, o que torna prejudicado o exame da questão envolvendo a aplicação da multa processual.

Não obstante, consta do art. 328-A do Regimento Interno do STF que, nos casos previstos no art. 543-B, *caput*, do Código de Processo Civil, o Tribunal de origem não emitirá juízo de admissibilidade sobre os recursos extraordinários já sobrestados, nem sobre os que venham a ser interpostos, até que o Supremo Tribunal Federal decida os que tenham sido selecionados nos termos do § 1º daquele artigo. Nesses termos, não cabe ao TST proferir juízo de admissibilidade de recurso extraordinário que envolva tema de repercussão geral reconhecida, mas pendente de julgamento de mérito.

3. Por outro lado, no caso de recurso extraordinário cujo objeto se relaciona com tema de repercussão geral reconhecida, esta Corte tem adotado como procedimento a devolução dos autos à origem para os fins do art. 543-B do CPC, inclusive dos agravos em recurso extraordinário (v.g. ARE 851.518, de minha relatoria, DJe de 24/3/2015; ARE 717.001, Min. Cármen Lúcia, DJe 22/11/2012, ARE 690.106, Min. Celso de Mello, DJe de 6/6/2012). Nesses termos, o agravo interposto nos autos do Processo 459-58.2011.5.15.0071 deve ficar sobrestado no TST enquanto pendente de julgamento o mérito do Tema 246 da repercussão geral.

4. Ante o exposto, julgo procedente a reclamação para cassar o acórdão reclamado; e, no mais, determino o sobrestamento, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, do agravo em recurso extraordinário interposto nos autos do Processo 459-58.2011.5.15.0071.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 22 de abril de 2015.

Ministro TEORI ZAVASCKI
Relator

ANEXO 6

Embargante: **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Procurador: Dr. Murilo Rodrigues Júnior

Embargado(a): **MARIA NADIR AMÂNCIO**

Advogado: Dra. Simone Santagnelo Rodrigues

Embargado(a): **PROFESSIONAL CLEAN SERVIÇOS DE ASSEIO E CONSERVAÇÃO LTDA.**

DESPACHO

Conforme comunicação enviada pela Seção de Processos do Controle Concentrado e Reclamações do Supremo Tribunal Federal, a Suprema Corte julgou procedente a Reclamação apresentada pelo ente da Administração Pública, para determinar o sobrestamento do recurso extraordinário envolvendo o Tema 246 da Tabela de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal (Responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço).

À Coordenadoria de Recursos – CREC –, para adoção das providências necessárias ao sobrestamento determinado pelo Supremo Tribunal Federal.

Intime-se.

Publique-se.

Brasília, 23 de junho de 2016.

EMMANOEL PEREIRA
Ministro Vice-Presidente do TST



PGE - SP

Procuradoria Geral do Estado de São Paulo
Centro de Estudos