

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

DECISÃO

RECLAMAÇÃO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO PROFERIDA NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N. 16. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

Relatório

1. Reclamação, com pedido de medida liminar, ajuizada pelo Estado do Rio de Janeiro, em 23.8.2011, contra decisão da 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, que, nos autos do Recurso Ordinário n. 0171200-03.2005.5.01.0049, teria afastado a aplicabilidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993 e descumprido o que decidido na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16.

O caso

2. Em 26.11.2010, julguei procedente a Reclamação n. 10.655, ajuizada pelo ora Reclamante, “para cassar a decisão proferida pela 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região nos autos do Recurso Ordinário n. 0171200-03.2005.5.01.0049” (fl. 27, doc. 2). Essa decisão transitou em julgado em 15.12.2010.

Em 22.3.2011, a 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, ao julgar novamente a lide, manteve a condenação subsidiária do Estado do Rio de Janeiro ao pagamento dos créditos trabalhistas, nos termos seguintes:

“Recebido o ofício de fls. 222/226, do E. STF, protocolado em 02/12/2010, com cópia da decisão monocrática prolatada pela Exma. Sra. Ministra Relatora Cármen Lúcia nos autos da Reclamação n.º 10.655, ajuizada pelo Estado do Rio de Janeiro, no sentido de cassar o acórdão dessa 8ª Turma relativo ao recurso ordinário ajuizado pela autora, com o seguinte fundamento (item 8 da decisão, à fl. 226): ‘8. Assim, ao afastar a aplicação do § 1º do artigo 71 da Lei n. 8.666/93, com base na Súmula 331, inc. IV, o Tribunal Regional do Trabalho descumpriu a Súmula Vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal, pois negou a vigência do dispositivo pretensamente por ser ele incompatível com a Constituição’. Face à aposentadoria

da Exma. Sra. Desembargadora Relatora original, a Presidência do Tribunal determinou a redistribuição do feito na forma regimental, conforme fl. 238.

(...)

RECURSO ORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. POSSIBILIDADE. A excludente de responsabilidade do Estado contida no § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 está em consonância com a Constituição Federal e é plenamente aplicável nos casos de culpa exclusiva da empresa prestadora de serviços. Contudo, não exclui a responsabilidade civil da Administração Pública em caso de culpa dessa ou de culpa concorrente com a da empresa prestadora. Uma vez que a empresa terceirizada, ao cumprir o contrato administrativo, age na qualidade de agente da Administração, a responsabilidade desse pelos atos daquela é objetiva, de modo que ao lesado não se exige a prova da culpa da Administração. Inexistindo prova cabal, produzida pela Administração, de inexistência de culpas in eligendo ou in vigilando, ou de culpa exclusiva do empregado-lesado, a Fazenda Pública responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas sonogadas ao empregado pela empresa contratada” (fls. 30-31, doc. 2, grifos nossos).

É contra esse acórdão que se ajuíza a presente reclamação.

3. O Reclamante alega que “a C 8ª Turma Regional, que pese explicitar no novo acórdão editado já sob a égide da ADC 16, de 24.11.2010 seu entendimento agora em favor da constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei n. 8.666/93, segue, entretanto, ignorando o óbice contido no referido dispositivo legal para manter inalterada a automática condenação do Reclamante com base na culpa presumida, utilizando, para tanto, construção jurisprudencial já fulminada no Excelso Pretório” (fl. 2).

Argumenta que a “decisão do E. TRT da 1ª, a qual houve por bem manter afastada a incidência do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações Públicas), em sua totalidade, a despeito do quanto já definitivamente estabelecido pela E. Corte Constitucional tanto na Reclamação n. 10.655, quanto na própria Ação Direta de Constitucionalidade n. 16, desde sua edição em 24/11/2010” (fls. 3-4).

Sustenta que “não haveria porque o Excelso Pretório reiteradamente entender desatendida a Súmula Vinculante n. 10 se o artigo 71, da Lei das Licitações, objeto das acórdão impugnados, não tivesse sido afastado em razão de neles se enxergar sempre o vício da inconstitucionalidade, a despeito de invocarem cada um deles o Emunciado 331, IV, do E. TST, portanto, a responsabilidade sem culpa acolhida do parágrafo 6º do artigo 37, da Carta” (fl. 21).

Assevera que estariam presentes nos autos desta reclamação os requisitos essenciais para o deferimento de medida liminar.

Requer “a suspensão liminar dos efeitos da decisão colegiada preferida na C. 8ª Turma do E. TRT da 1ª Região” (fl. 23).

Pede “ao final a procedência da reclamação, a fim de que seja cassada a decisão regional na parte em que condena o Reclamante como responsável subsidiário, excluindo-o assim definitivamente do polo passivo da ação trabalhista em vista da apontada contrariedade ao quanto estabelecido na Ação Declaratória de Constitucionalidade 16/DF, garantindo-se, assim, a autoridade da decisão proferida por esse Excelso Pretório” (fl. 23).

Examinados os elementos havidos nos autos, **DECIDO**.

4. Razão jurídica assiste ao Reclamante.

É inegável – e incompreensível juridicamente – o descumprimento das decisões proferidas por este Supremo Tribunal Federal na Reclamação n. 10.655 e na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16.

5. O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal dispõe, no art. 157, que “o Relator requisitará informações da autoridade, a quem for imputada a prática do ato impugnado” e, no art. 52, que “poderá o Relator dispensar a vista ao Procurador-Geral (...) quando sobre a matéria versada no processo já houver o Plenário firmado jurisprudência”.

A presente reclamação está instruída com todos os documentos essenciais para a solução da controvérsia, e a 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região fundamentou sua decisão na Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, matéria recorrente neste Supremo Tribunal, razão pela qual deixo de requisitar informações à autoridade Reclamada e dispense o parecer do Procurador-Geral da República.

6. O que se põe em foco na presente reclamação é, mais uma vez e em reiteração do que antes buscado e obtido pelo ora Reclamante, se a 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região teria descumprido a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, ao aplicar o entendimento da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho para declarar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por obrigações trabalhistas.

7. Na sessão plenária de 24.11.2010, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 para reconhecer constitucional o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993. Ressalte-se o debate havido nesse julgamento:

“A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA -_Presidente, acho que aqui há um dado: a norma, como acabei de ler, é taxativa. No contrato administrativo, não se transferem ônus à Administração que são entregues ao contratado. Se a Justiça do Trabalho afasta, ela tem que afastar essa norma por inconstitucionalidade, porque senão é descumprimento de lei. Não há alternativa.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Esse é o ponto crucial: o artigo 71 da Lei n. 8.666/93 é categórico no que

afasta a responsabilidade do Poder Público quando tomada a mão de obra mediante empresa prestadora de serviço. No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, sedimentou-se, sem se instaurar um incidente de inconstitucionalidade desse artigo, uma jurisprudência a partir do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, quanto à solidariedade, e a partir do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, quanto à responsabilidade do Poder Público no sentido de que haveria a responsabilidade do setor público. E o que houve lá não foi um incidente de inconstitucionalidade, mas de uniformização da jurisprudência, editando-se, portanto, a partir desse incidente, o Verbete n. 331. É uma matéria que está em aberto, e, a meu ver, quando se declarou a responsabilidade, sem se assentar a inconstitucionalidade do artigo 71 da Lei n. 8.666/93, afastou-se esse preceito sem se cogitar da pecha de inconstitucionalidade.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - *Contornando-se, não é, Ministro?*

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Tenho a visão aberta para os processos objetivos e a conveniência de o Supremo se pronunciar quanto ao alcance, considerada a Constituição Federal, de certo preceito normativo. A rigor, o Poder Público fica praticamente, se não for assim, manietado para chegar a este Tribunal, porque há inúmeras reclamações apontando que, *em última análise, os Tribunais do Trabalho – refiro-me, quanto ao acesso ao Supremo, ao Tribunal Superior do Trabalho – acabam driblando, no bom sentido, o artigo 71 da Lei nº 8.666/93, deixando de observá-lo, sem que declarem o conflito desse dispositivo com a Carta da República.* Quanto ao extraordinário se diz, na vala comum, que o tema é fático e tem regência estritamente legal. Daí a conveniência de adentrar-se o tema e pacificar-se a matéria, porque são inúmeras as reclamações que estão chegando ao Supremo, presente o Verbete nº 10 da Súmula Vinculante.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Em relação a isso não tenho dúvida nenhuma, 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, neste 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.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - O preceito é categórico quanto ao afastamento da responsabilidade.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas hoje, Presidente, é com base no Enunciado n. 331. Só para ler o que se contém naquele incidente de uniformização e jurisprudência. O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Ele faz a referência, no final, entre parênteses?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não, afirma, textualmente, o seguinte: 'Admitir-se o contrário' - a irresponsabilidade subsidiária da Administração, em face de seu comportamento omissivo ou irregular na fiscalização do contrato, partindo de uma interpretação meramente literal da norma em exame - o § 1º do artigo 71 da 8.666 -, em detrimento de uma exegese sistemática - 'seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer corresponsabilidade do ato administrativo que pratica'. Aí, faz referência aos artigos 173 e 195, § 3º, da Constituição, para se afirmar responsabilidade, afirmando-se ali: 'Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro.' Com um detalhe: essa frase é rigorosamente, fragorosamente e exemplarmente contrária à Constituição, porque o artigo 37, § 6º, trata de responsabilidade objetiva extrapatrimonial e extracontratual. Aqui é responsabilidade contratual, então, na verdade, contrariaram a Constituição.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Vossa Excelência me permite? *O problema maior é que o § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 é categórico. 'Art. 71 (...) § 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas' - é o caso -, '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.' Então, o que ocorreu em última análise? Fechou-se a Lei nº 8.666/93 e decidiu-se a partir, reconheço, do disposto nos artigos 37, § 6º, da Constituição Federal e 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, mas sem afastar-se do cenário jurídico o preceito. O que é isso senão algo glosado pelo Verbete Vinculante nº 10? (grifos nossos).*

Ressalte-se que o acórdão do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 16 foi publicado em 9.9.2011. No entanto, este Supremo Tribunal assentou ser desnecessária a publicação do acórdão tido por afrontado para o cabimento de reclamação, pois a decisão proferida em ação objetiva de controle de constitucionalidade tem efeito vinculante e eficácia *erga omnes* desde a publicação da ata do julgamento.

Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. PROCESSAMENTO DA RECLAMAÇÃO CONDICIONADO À JUNTADA DA ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO DITO VIOLADO. PUBLICAÇÃO DA ATA DE JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DIÁRIO DE JUSTIÇA. REFORMA DO ATO QUE NEGOU SEGUIMENTO À RECLAMAÇÃO. 1. O cabimento da reclamação não está condicionado a publicação do acórdão supostamente inobservado. 2. A decisão de inconstitucionalidade produz efeito vinculante e eficácia erga omnes desde a publicação da ata de julgamento e não da publicação do acórdão. 3. A ata de julgamento publicada impõe autoridade aos pronunciamentos oriundos desta Corte. 4. Agravo regimental provido” (Rel 3.632-AgR, Redator para o acórdão o Ministro Eros Grau, Plenário, DJ 18.8.2006).

8. Na espécie vertente, a decisão impugnada foi proferida em 22.3.2011 (fl. 39, doc. 2); e a ata do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, publicada em 3.12.2010. Portanto, ao afastar a aplicação do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, com base na Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região descumpriu a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16.

Nesse sentido:

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

Confira-se, excerto do voto do Relator:

“Ao apreciar a ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, Sessão Plenária de 24.11.2010, esta Corte julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade para declarar a compatibilidade do referido dispositivo com a Constituição.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo regimental, para reconsiderar a decisão agravada, e, com base na jurisprudência desta Corte (art. 161, parágrafo único, RISTF), conheço da reclamação e julgo-a procedente, para cassar o acórdão reclamado e determinar que outro seja proferido em seu lugar, levando em consideração a decisão deste Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, proferida na ADC 16”.

Em caso análogo ao dos autos:

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

Portanto, apesar de ter proferido outra decisão por força do que decidido na Reclamação n. 10.655, a 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região reiterou o provimento e, mais uma vez, e em manifesto descumprimento agora da decisão que lhe impôs novo julgamento em conformidade com a Constituição, afastou novamente a aplicação do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, e concluiu pela responsabilidade subsidiária da Administração Pública por obrigações trabalhistas de empregado que não compõe os seus quadros.

De se anotar o que antes ponderado neste Supremo Tribunal:

“Que não está o Juiz adstrito à letra da lei, não se nega; que o fundamento da moral da aplicação do texto legal não lhe é estranho, não se objeta; que a equidade, os fins sociais, o bem comum devem inspirá-lo, não só se reconhece, de consciência,

como se afirma em disposição expressa. Mas, por outro lado, que o Juiz não se substitui ao legislador e não julga 'contra-legem'; que não despreza e descumpra a norma impositiva, é tanto regra jurídica como regra moral: porque seria imoral que se autorizasse o Juiz negar aplicação à lei sob o fundamento moral de que sua consciência a ela se opunha. Estabelecer-se-ia o reino do arbítrio, da vontade de cada um, erigida em Juízo soberano. O que equivaleria a não haver Juízo que pudesse impor-se a todos. (...). Mitigue o Juiz o rigor da lei, aplique-a com equidade e equanimidade; dose-lhe a dureza ante a fraqueza humana; é de seu dever e deve ser o seu comportamento. Mas não a enfrente para negá-la, que não se constrói assim o direito" (RE 93.701, Rel. Min. Oscar Corrêa, Primeira Turma, DJ 11.10.1985, grifos nossos).

9. No julgamento da Questão de Ordem no Agravo Regimental na Reclamação n. 9.894, Relator o Ministro Gilmar Mendes, este Supremo Tribunal assentou que os Ministros poderiam julgar monocraticamente os processos relativos à matéria, na esteira dos precedentes.

10. Pelo exposto, na linha do entendimento firmado por este Supremo Tribunal, julgo procedente a presente reclamação para cassar a decisão proferida pela 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região nos autos do Recurso Ordinário n. 0171200-03.2005.5.01.0049 e determinar que outra decisão seja proferida como de direito.

Publique-se.

Brasília, 3 de outubro de 2011.

Ministra CARMEN LÚCIA
Relatora