

12/12/2017

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NA RECLAMAÇÃO 28.623 BAHIA

**RELATOR** : **MIN. ROBERTO BARROSO**  
**AGTE.(S)** : VALEC ENGENHARIA CONSTRUÇÕES E FERROVIAS S/A  
**ADV.(A/S)** : CAMILLA MATOS RANGEL AGUIAR  
**AGDO.(A/S)** : CLICIUS OLIVEIRA SANTANA  
**ADV.(A/S)** : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS  
**INTDO.(A/S)** : TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO  
**ADV.(A/S)** : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

**EMENTA:** DIREITO DO TRABALHO E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECLAMAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO POR DÍVIDAS TRABALHISTAS EM CASO DE TERCEIRIZAÇÃO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À ADC 16 E À SÚMULA VINCULANTE 10. SUPERVENIÊNCIA DO JULGAMENTO DO TEMA Nº 246 DA REPERCUSSÃO GERAL.

1. O Supremo Tribunal Federal firmou, no julgamento do RE 760.931, redator para acórdão Min. Luiz Fux, a seguinte tese: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93” (tema nº 246 da repercussão geral).

2. Em 02.05.2017, data em que publicada a ata do julgamento do RE 760.931, ocorreu a substituição do parâmetro sobre a matéria. A partir de então, tornou-se inviável a propositura de reclamações com fundamento no julgado da ADC 16.

3. A alegação de descumprimento de tese firmada em repercussão geral exige o esgotamento das vias ordinárias (art. 988, § 5º, II, do CPC/2015).

4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que não há desrespeito à Súmula Vinculante nº 10 se houve mera interpretação do texto infraconstitucional, sem esvaziamento de seu sentido. A ausência de juízo de inconstitucionalidade afasta a obrigatoriedade do quórum

**RCL 28623 AGR / BA**

qualificado previsto no art. 97 da Constituição.

5. Agravo interno desprovido.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata de julgamento, por maioria de votos, em negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio.

Brasília, 12 de dezembro de 2017.

**MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - RELATOR**

12/12/2017

PRIMEIRA TURMA

**AG.REG. NA RECLAMAÇÃO 28.623 BAHIA**

**RELATOR** : **MIN. ROBERTO BARROSO**  
**AGTE.(S)** : VALEC ENGENHARIA CONSTRUÇÕES E FERROVIAS S/A  
**ADV.(A/S)** : CAMILLA MATOS RANGEL AGUIAR  
**AGDO.(A/S)** : CLICIUS OLIVEIRA SANTANA  
**ADV.(A/S)** : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS  
**INTDO.(A/S)** : TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO  
**ADV.(A/S)** : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

**RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):**

1. Trata-se de agravo regimental contra decisão monocrática por meio da qual neguei seguimento à reclamação, nos seguintes termos:

1. Trata-se de reclamação, com pedido liminar, ajuizada por Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. em face de acórdão proferido pela 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Alega violação à autoridade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 16, rel. Min. Cezar Peluso, e à Súmula Vinculante nº 10, por inobservância da cláusula de reserva de plenário (art. 97 da Constituição).

2. Aduz a parte reclamante, empresa pública federal, ter sido condenada ao pagamento de verbas trabalhistas inadimplidas por empresa contratada, sem comprovação de culpa sua, na condição de tomadora dos serviços. Argumenta que tal condenação afronta o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, cuja constitucionalidade foi declarada, com efeitos vinculantes, na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADC

**RCL 28623 AGR / BA**

16, rel. Min. Cezar Peluso. Afirma que, por ter se desconsiderado o referido dispositivo legal, foi violada a cláusula de reserva de plenário.

**3. É o relatório. Decido.**

4. Dispensó as informações, bem como o parecer ministerial, diante do caráter reiterado da matéria (art. 52, parágrafo único, do RI/STF). Deixo, ademais, de determinar a citação da parte beneficiária da decisão reclamada, em face da manifesta inviabilidade do pedido.

5. No julgamento da ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993. O dispositivo legal assim prevê: *“A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis”*.

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

7. Alguns precedentes desta Corte negaram seguimento a reclamações ajuizadas contra decisões da Justiça do Trabalho reconhecendo a responsabilidade subsidiária da Administração, desde que fundamentadas em evidências de ausência de fiscalização do contrato. Essa linha de entendimento foi observada em diversas reclamações sobre o

**RCL 28623 AGR / BA**

tema, *v.g.*, Rcl 23.282-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; Rcl 13.739-AgR, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Rosa Weber; Rcl 12.050-AgR, rel. Min. Celso de Mello; e Rcl 24.545-AgR, sob a minha relatoria, assim ementada:

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

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

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

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

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

5. Agravo regimental ao qual se nega provimento.”

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

**RCL 28623 AGR / BA**

continuou a condenar automaticamente a Administração. Nesse sentido: Rcl 20.701, Rcl 20.933 e Rcl 21.284, todas sob a minha relatoria.

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

10. Em razão disso, no julgamento do RE 760.931, Redator p/o acórdão o Ministro Luiz Fux, propus a seguinte tese de julgamento:

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

2. Compete à Administração comprovar que houve adequada fiscalização.

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

4. Constatada, pelo Poder Público, a ocorrência de

**RCL 28623 AGR / BA**

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

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

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

“O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.”

12. A superveniência do julgamento do RE 760.931 implica dizer que a tese firmada na ADC 16, quanto à sua eficácia vinculante, foi plenamente substituída pela tese do Tema 246 da repercussão geral. Dessa forma, as reclamações ajuizadas a partir de 02.05.2017, data da publicação da ata do

**RCL 28623 AGR / BA**

referido julgamento, devem tomar como paradigma o RE 760.931, que reinterpreto o julgado proferido na ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso.

13. Por conseguinte, eventual má aplicação da nova tese acerca da responsabilidade subsidiária da Administração Pública na hipótese de terceirização deve ser impugnada, inicialmente, por meio de recursos. Isso porque, nos termos do art. 988, § 5º, II, do CPC/2015, a inobservância da tese firmada em repercussão geral somente enseja o ajuizamento da reclamação quando exauridas as instâncias ordinárias.

14. Nesses casos, a melhor interpretação parece ser aquela que exige o correto percurso de todo o *iter* processual, ultimado na interposição de agravo interno contra a decisão que nega seguimento ao recurso extraordinário, nos termos do art. 1.030, I e § 2º, do CPC/2015. Ou seja, é imprescindível que a parte tenha interposto todos os recursos cabíveis, até a última via processual que lhe é aberta. Nesse sentido, veja-se a ementa da Rcl 24.686-ED-AgR, Rel. Min. Teori Zavascki:

“PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO PROPOSTA PARA GARANTIR A OBSERVÂNCIA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. CPC/2015, ART. 988, § 5º, II. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA.

1. Em se tratando de reclamação para o STF, a interpretação do art. 988, § 5º, II, do CPC/2015 deve ser fundamentalmente teleológica, e não estritamente literal. O esgotamento da instância ordinária, em tais casos, significa o percurso de todo o íter recursal cabível antes do acesso à Suprema Corte. Ou seja, se a decisão reclamada ainda comportar reforma por via de recurso a algum tribunal, inclusive a tribunal superior, não se permitirá acesso à Suprema Corte por via de reclamação.

2. Agravo regimental não provido.’

**RCL 28623 AGR / BA**

15. Saliente-se que entender em sentido contrário seria permitir o acesso direto ao Supremo Tribunal Federal, por alegação, ainda que transversa, de afronta a tese firmada em repercussão geral, sem o cumprimento do pressuposto legal.

16. No caso em análise, de acordo com os elementos dos autos, a reclamação foi proposta contra decisão de Tribunal Regional do Trabalho na análise de recurso ordinário. De modo que não se verifica o exaurimento das instâncias ordinárias em relação à questão da responsabilidade da Administração, o que impede o prosseguimento da reclamação.

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

18. Isso não significa que os órgãos fracionários estejam proibidos de *interpretar* a legislação ordinária, com ou sem referência à Constituição. A aplicação do direito pressupõe a definição do seu sentido e alcance. Essa é a atividade cotidiana dos Tribunais e de seus órgãos fracionários. O que não se admite é o *afastamento* do ato, por força de norma constitucional, sem observância da reserva de plenário. A

**RCL 28623 AGR / BA**

diferença entre as duas hipóteses nem sempre será clara, mas há uma zona de certeza positiva quanto à incidência do art. 97 da Constituição: se o Tribunal de origem esvaziar a lei ou o ato normativo, *i.e.*, se não restar qualquer espaço para a aplicação do diploma, não haverá dúvida de que o que ocorreu foi um *afastamento*, não uma simples interpretação.

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

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

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

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

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

**RCL 28623 AGR / BA**

21. Diante do exposto, com base no art. 21, § 1º, do RI/STF, nego seguimento à reclamação. Fica prejudicada a análise do pedido cautelar.

22. Sem honorários, porquanto não instaurado o contraditório.

Publique-se.

Brasília, 10 de outubro de 2017.

2. A parte agravante sustenta que *“não há dispositivo processual (nem regimental) que determine o não cabimento da Reclamação para cassar pronunciamento judicial que descumpra decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade sobre matéria que foi posteriormente julgada em recurso extraordinário com repercussão geral”*. Argumenta que, *“se a decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade foi ratificada por outro julgamento, mesmo que relativo a recurso extraordinário com repercussão geral, a sua força vinculante não pode ser diminuída por essa nova decisão, de forma a impedir a propositura de reclamação constitucional em face do seu descumprimento”*. Defende a incidência da tese firmada na ADC 16 ao caso concreto. Além disso, afirma que o acórdão do RE 760.931 (paradigma do tema nº 246 da repercussão geral) ainda não transitou em julgado. Reitera a alegação de inobservância da Súmula Vinculante 10.

**3. É o relatório.**

12/12/2017

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NA RECLAMAÇÃO 28.623 BAHIA

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

1. Conheço do agravo, mas nego-lhe provimento.

2. No julgamento da ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993. O dispositivo legal assim prevê: *“A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis”*.

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

4. Com base nesse entendimento, em alguns casos, esta Corte julgou improcedente reclamações ajuizadas contra decisões da Justiça do Trabalho, reconhecendo a responsabilidade subsidiária da Administração quando fundamentada em evidências de omissão na fiscalização do contrato. Esta linha foi observada em diversas reclamações sobre o tema, *v.g.*: Rcl 23.282 AgR, Rel. Min. Luiz Fux; Rcl 13.739 AgR, Rel. Min. Rosa Weber; Rcl 12.050 AgR, Rel. Min. Celso de Mello; e Rcl 24.545 AgR, sob a minha relatoria.

**RCL 28623 AGR / BA**

5. Ocorre que em 26.04.2017, o Plenário do STF concluiu o julgamento do RE 760.931, paradigma do tema nº 246 da repercussão geral. Naquela decisão, a Corte afastou a condenação subsidiária da União por dívidas decorrentes de contrato de terceirização, embora, segundo o TST, o poder-dever de fiscalização do contrato não tivesse sido adequadamente exercido. Fixou-se a seguinte tese:

“O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”.

6. **Assim, a superveniência do julgamento do RE 760.931 implica dizer que a tese firmada na ADC 16, no que toca à sua eficácia vinculante, foi plenamente substituída pela tese do tema nº 246 da repercussão geral.** Desse modo que, a partir 02.05.2017 (data da publicação da ata do julgamento que fixou a nova tese), **é inviável reclamação com fundamento em alegação de afronta ao julgado da ADC 16.** Assim, eventual má aplicação da nova tese acerca da responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos débitos trabalhistas de contratado deve ser impugnada, inicialmente, por meio de recursos.

7. Nessa linha, a inobservância de tese firmada em repercussão geral somente enseja o ajuizamento da reclamação, quando *“esgotadas as instâncias ordinárias”*, nos termos do art. 988, § 5º, II, do CPC/2015. Esse dispositivo vem sendo interpretado por esta Corte no sentido de se exigir o percurso de todo o *iter* processual, ultimado na interposição de agravo interno contra a decisão que nega seguimento ao recurso extraordinário (art. 1.030, I e § 2º, do CPC/2015). Nesse sentido, veja-se a Rcl 24.686-ED-AgR, Rel. Min. Teori Zavascki:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO

**RCL 28623 AGR / BA**

PROPOSTA PARA GARANTIR A OBSERVÂNCIA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. CPC/2015, ART. 988, § 5º, II. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA.

1. Em se tratando de reclamação para o STF, a interpretação do art. 988, § 5º, II, do CPC/2015 deve ser fundamentalmente teleológica, e não estritamente literal. O esgotamento da instância ordinária, em tais casos, significa o percurso de todo o íter recursal cabível antes do acesso à Suprema Corte. Ou seja, se a decisão reclamada ainda comportar reforma por via de recurso a algum tribunal, inclusive a tribunal superior, não se permitirá acesso à Suprema Corte por via de reclamação.

2. Agravo regimental não provido.

8. A adoção de entendimento em sentido contrário implicaria permitir o acesso direto ao Supremo Tribunal Federal, por alegação, ainda que transversa, de afronta à tese firmada em repercussão geral, sem o cumprimento do requisito legal.

9. Destaco que a ausência de publicação ou do trânsito em julgado do paradigma não constitui obstáculo processual à sua imediata observância. A jurisprudência do STF é firme no sentido de que a existência de precedente julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal autoriza o julgamento imediato de causas que versem o mesmo tema. Nesse sentido: ARE 707.863-ED, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

10. A Primeira Turma desta Corte já teve a oportunidade de se manifestar em caso semelhante ao presente, no qual prevaleceu o entendimento ora assentado: Rcl 27.789-AgR, da minha relatoria.

11. Por fim, no que diz respeito à alegação de violação à Súmula Vinculante 10, é relevante destacar que o fundamento dessa Súmula é o art. 97 da Constituição, que veda a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo por órgão fracionário de

**RCL 28623 AGR / BA**

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

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

13. Portanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que não há desrespeito à Súmula Vinculante 10 se houve mera interpretação do texto infraconstitucional, sem que haja o esvaziamento de seu sentido. Confira-se, nessa linha, a Rcl 24.316 AgR, Rel. Min. Edson Fachin; a Rcl 24.368 AgR, Rel. Min. Luiz Fux; e a Rcl 24.317 AgR, sob a minha relatoria, cuja ementa transcrevo:

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

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

**RCL 28623 AGR / BA**

esvaziá-la.

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

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

15. Diante do exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**

16. É como voto.

**PRIMEIRA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**AG.REG. NA RECLAMAÇÃO 28.623**

PROCED. : BAHIA

**RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO**

AGTE.(S) : VALEC ENGENHARIA CONSTRUÇÕES E FERROVIAS S/A

ADV.(A/S) : CAMILLA MATOS RANGEL AGUIAR (36683/BA)

AGDO.(A/S) : CLICIUS OLIVEIRA SANTANA

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

INTDO.(A/S) : TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO

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

**Decisão:** Após o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, Relator, que negava provimento ao agravo interno, pediu vista do processo o Ministro Alexandre de Moraes. Primeira Turma, Sessão Virtual de 17.11.2017 a 23.11.2017.

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

Carmen Lilian Oliveira de Souza  
Secretária da Primeira Turma

12/12/2017

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NA RECLAMAÇÃO 28.623 BAHIA

V O T O-VISTA

**O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES:** O presente agravo regimental foi interposto contra decisão do eminente Ministro ROBERTO BARROSO, que negou seguimento à reclamação, nos termos reproduzidos a seguir:

5. No julgamento da ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/1993. O dispositivo legal assim prevê: *A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.*

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

7. Alguns precedentes desta Corte negaram seguimento a reclamações ajuizadas contra decisões da Justiça do Trabalho reconhecendo a responsabilidade subsidiária da Administração, desde que fundamentadas em evidências de ausência de fiscalização do contrato. Essa linha de entendimento foi observada em diversas reclamações sobre o tema, *v.g.*, Rcl 23.282-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; Rcl 13.739-AgR, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Rosa Weber; Rcl 12.050-AgR, rel. Min. Celso de Mello; e Rcl 24.545-AgR, sob a minha relatoria.

8. Na prática, contudo, diversas reclamações ajuizadas

**RCL 28623 AGR / BA**

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

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

10. Em razão disso, no julgamento do RE 760.931, Redator p/o acórdão o Ministro Luiz Fux, propôs a seguinte tese de julgamento:

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

2. Compete à Administração comprovar que houve adequada fiscalização.

3. O dever de fiscalização da Administração acerca do

**RCL 28623 AGR / BA**

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

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

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

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

O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

12. A superveniência do julgamento do RE 760.931 implica dizer que a tese firmada na ADC 16, quanto à sua eficácia

**RCL 28623 AGR / BA**

vinculante, foi plenamente substituída pela tese do Tema 246 da repercussão geral. Dessa forma, as reclamações ajuizadas a partir de 02.05.2017, data da publicação da ata do referido julgamento, devem tomar como paradigma o RE 760.931, que reinterpreto o julgado proferido na ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso.

13. Por conseguinte, eventual má aplicação da nova tese acerca da responsabilidade subsidiária da Administração Pública na hipótese de terceirização deve ser impugnada, inicialmente, por meio de recursos. Isso porque, nos termos do art. 988, § 5º, II, do CPC/2015, a inobservância da tese firmada em repercussão geral somente enseja o ajuizamento da reclamação quando exauridas as instâncias ordinárias.

14. Nesses casos, a melhor interpretação parece ser aquela que exige o correto percurso de todo o *iter* processual, ultimado na interposição de agravo interno contra a decisão que nega seguimento ao recurso extraordinário, nos termos do art. 1.030, I e § 2º, do CPC/2015. Ou seja, é imprescindível que a parte tenha interposto todos os recursos cabíveis, até a última via processual que lhe é aberta. Nesse sentido, veja-se a ementa da Rcl 24.686-ED-AgR, Rel. Min. Teori Zavascki:

PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO PROPOSTA PARA GARANTIR A OBSERVÂNCIA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. CPC/2015, ART. 988, § 5º, II. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA.

15. Saliente-se que entender em sentido contrário seria permitir o acesso direto ao Supremo Tribunal Federal, por alegação, ainda que transversa, de afronta a tese firmada em repercussão geral, sem o cumprimento do pressuposto legal.

16. No caso em análise, de acordo com os elementos dos autos, a reclamação foi proposta contra decisão de Tribunal Regional do Trabalho na análise de recurso ordinário. De modo que não se verifica o exaurimento das instâncias ordinárias em relação à questão da responsabilidade da Administração, o que impede o prosseguimento da reclamação.

**RCL 28623 AGR / BA**

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

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

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

20. No caso em análise, o TRT em nenhum momento realizou juízo de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº

**RCL 28623 AGR / BA**

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

21. Diante do exposto, com base no art. 21, § 1º, do RI/STF, nego seguimento à reclamação. Fica prejudicada a análise do pedido cautelar.

22. Sem honorários, porquanto não instaurado o contraditório.

A agravante alega, em síntese, que: (a) *não há dispositivo processual (nem regimental) que determine o não cabimento da Reclamação para cassar pronunciamento judicial que descumpra decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade sobre matéria que foi posteriormente julgada em recurso extraordinário com repercussão geral* (doc. 13, fls. 4); (b) *impendente considerar que se a decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade foi ratificada por outro julgamento, mesmo que relativo a recurso extraordinário com repercussão geral, a sua força vinculante não pode ser diminuída por essa nova decisão, de forma a impedir a propositura de reclamação constitucional em face do seu descumprimento* (doc. 13, fls 4); (c) *diante do reiterado descumprimento de uma decisão proferida por duas vezes por essa Excelsa Corte (na ADC nº 16/DF e no julgamento do RE nº 760.931), a Reclamação Constitucional se torna o mais adequado e relevante meio processual para garantir a autoridade desse entendimento, pois permite que seja cassada de imediato a decisão de instância inferior que persiste em contrariar o reiterado posicionamento dessa Excelsa Corte* (doc. 13, fls. 4); e (d) *essa decisão ainda não transitou em julgado e, em tese, poderá até mesmo ser alterada no julgamento dos aclaratórios, o que constitui mais um motivo para que não prepondere sobre o julgamento na ADC nº 16/DF para efeito de impedir o ajuizamento de Reclamação Constitucional* (doc. 13, fls. 4). No mais, reitera os argumentos

**RCL 28623 AGR / BA**

apresentados na inicial, aduzindo estar sendo responsabilizada sem que exista nos autos demonstração de sua *culpa in vigilando*, o que não se coadunaria com o decidido no julgamento da ADC 16.

É o relatório.

A hipótese presente envolve a autoridade do decidido na ADC 16 (Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJe de 9/9/2011), que declarou constitucional o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993.

Em virtude de aplicações interpretativas diversas dos reflexos da matéria decidida em controle concentrado, esse tema foi revolido por esta CORTE, no julgamento do RE 760.931 (Rel. Min. ROSA WEBER, DJe de 2/5/2017), cuja tese de repercussão geral restou assim editada: *O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93*”.

Na ocasião, o Plenário, por maioria, afirmou que inexistente responsabilidade do Estado por débitos trabalhistas de terceiros, alavancada pela premissa da inversão do ônus da prova em favor do trabalhador, e, conforme declarei em meu voto, *ante a ausência de prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador, a dizer, que se tenha comprovado peremptoriamente no processo tal circunstância, subsiste o ato administrativo e a Administração Pública exime-se da responsabilidade por obrigações trabalhistas em relação àqueles que não compõem seus quadros*.

No mesmo julgamento, também consignei em meu voto, que:

O Supremo Tribunal Federal fixou, na ADC 16, que a mera inadimplência não pode converter a Administração Pública em responsável por verbas trabalhistas, decidindo que não é todo e qualquer episódio de atraso na quitação de verbas trabalhistas que pode ser imputado subsidiariamente ao Poder Público, mas só aqueles que tenham se reiterado com a conivência comissiva ou omissiva do Estado. Não me parece que seja

**RCL 28623 AGR / BA**

automaticamente dedutível, da conclusão deste julgamento, um dever estatal de fiscalização do pagamento de toda e qualquer parcela, rubrica por rubrica, verba por verba, devida aos trabalhadores. O que pode induzir à responsabilização do Poder Público é a comprovação de um comportamento sistematicamente negligente em relação aos terceirizados; ou seja, a necessidade de prova do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público e o dano sofrido pelo trabalhador. Se não houver essa fixação expressa, clara e taxativa por esta Corte, estaremos possibilitando, novamente, outras interpretações que acabem por afastar o entendimento definitivo sobre a responsabilização da Administração Pública nas terceirizações, com a possibilidade de novas condenações do Estado por mero inadimplemento e, conseqüentemente a manutenção do desrespeito à decisão desta Corte na ADC 16.

Assentadas essas premissas, peço vênica ao relator para avançar no julgamento da Reclamação, principalmente, porque a conclusão do julgamento do RE 760.931 RG (Rel. Min. ROSA WEBER, DJe de 2/5/2017), a meu ver, não esvazia ou substitui a causa de pedir pautada no descumprimento do decidido na ADC 16.

No caso concreto, o ato reclamado reconheceu a responsabilidade subsidiária da empresa pública, sob os seguintes parâmetros:

Compulsando os autos, verifico que não há prova da fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço, razão pela qual aplica-se ao presente caso o entendimento consubstanciado na Súmula nº 41 deste Regional.

Destarte, os entes da Administração Pública respondem subsidiariamente pelos débitos contraídos pelos empregadores quando agem como tomadores dos serviços. E tal fato decorre da regra geral da responsabilidade civil, que impõe o ônus de indenizar quando a conduta culposa concorre determinadamente para o infortúnio e nesses casos é de

**RCL 28623 AGR / BA**

importância fundamental a caracterização da culpa pela não satisfação do dever da Administração Pública de fiscalizar, intrínseca aos contratos administrativos, em torno dos quais existem os direitos e interesses de terceiros envolvidos naquela prestação.

A responsabilidade do ente público, assim, está baseada no inciso V da Súmula nº 331 do c. TST, e principalmente nos artigos 186 e 927 do Código Civil (artigo 186 - "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". E artigo 927, "Aquele que, por ato ilícito (arts 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo"). Ausente a fiscalização da atividade da terceirizada pelo ente público e comprovada a inadimplência dos direitos trabalhistas do empregado Reclamante, há a responsabilidade subsidiária. (doc. 6, fls. 5-6).

Com efeito, não houve a comprovação real de um comportamento sistematicamente negligente em relação à Administração Pública, tampouco há prova do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público e o dano sofrido pelo trabalhador, a revelar presunção de responsabilidade da ora reclamante conclusão não admitida por esta CORTE quando do julgamento da ADC 16.

Ante o exposto, pedindo vênias ao Relator, voto pelo provimento do agravo regimental para julgar procedente o pedido, de forma seja cassado o acórdão reclamado, na parte em que atribui responsabilidade subsidiária à empresa pública (Processo 0000563- 46.2014.5.05.0581).