

VOTO DIVERGENTE (EM PARTE):

O Senhor Ministro Flávio Dino: Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Estado de São Paulo, com fundamento no permissivo do art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, que está assim ementado:

AGRAVO – AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – SÚMULA Nº 331, ITENS V E VI, DO TST – ÔNUS DA PROVA.

A decisão agravada observou os artigos 932, III, IV e VIII, do NCPC, e 5º, LXXVIII, da Constituição da República, não comportando reconsideração ou reforma.

Agravo a que se nega provimento.

Nas razões recursais, a Fazenda Pública do Estado de São Paulo sustenta que o acórdão recorrido *“incorreu em violação aos artigos 5.º, 11, 37, §6.º, e 97 da Constituição Federal, porquanto, além de declarar a inconstitucionalidade em branco do §1.º do artigo 71 da Lei n. 8.666/93, sem a observância da cláusula de reserva de plenário, deixou de observar o julgamento do ADC 16 e do RE 760.931 (tema 246 do ementário temático de repercussão geral), e infringiu 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”*.

Alega que *“[o]s fatos subjacentes ao presente processo são, inclusive, idênticos aos que levaram o STF a dar parcial provimento ao recurso da União no RE 760.931 (tema 246) e determinar o afastamento da responsabilidade subsidiária do ente público, quais sejam: (i) o acórdão do TST havia aduzido que o ente público foi responsabilizado a partir da verificação de sua conduta culposa; (ii) o ente público, por sua vez, recorreu da decisão, demonstrando que lhe foi*

atribuída responsabilização de forma genérica, sem apontamento de uma conduta culposa concreta, o que viola a decisão do STF na ADC 16”.

Assevera que “se a redação do §1.º do artigo 71 da Lei n. 8.666/93 é manifestamente oposta à súmula n. 331, V, 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 recorrente por débitos trabalhistas”.

Firma que “não pode a Administração Pública ser responsabilizada pelo pagamento de verbas trabalhistas devidas pela empresa contratada, especialmente porque inexistente qualquer conduta culposa concreta de sua parte relacionada àquele inadimplemento”.

Por fim, “requer o conhecimento e o provimento deste recurso extraordinário para que seja cassado o acórdão a quo, por violação à cláusula de reserva de plenário, ou, subsidiariamente, para que ele seja reformado, em virtude da violação direta aos artigos 5.2, 11, 37, caput, XXI, §6.2, da Constituição Federal, e da inobservância do julgamento da ADC 16/DF e do RE 760.931 (tema 246 do ementário temático de repercussão geral)”

Foi determinado o retorno dos autos à Turma Julgadora, para eventual juízo de retratação em relação ao Tema 246 da Repercussão Geral, o qual foi negado pela 8ª Turma do TST em acórdão assim ementado:

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - JULGAMENTO ANTERIOR PELA C. TURMA – DEVOLUÇÃO PARA JUÍZO DE RETRATAÇÃO – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - TERCEIRIZAÇÃO – SÚMULA Nº 331, ITEM V, DO TST – CULPA DA ADMINISTRAÇÃO – ÔNUS DA PROVA 1. A C. SBDI-1, no julgamento dos TST-E-RR-925-

07.2016.5.05.0281, e em atenção ao decidido pelo E. Supremo Tribunal Federal (tema nº 246 da repercussão geral), firmou a tese de que, “com base no Princípio da Aptidão da Prova, é do ente público o encargo de demonstrar que atendeu às exigências legais de acompanhamento do cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços”. 2. O E. Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Tema nº 246 de Repercussão Geral, não fixou tese sobre a distribuição do ônus da prova pertinente à fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas, matéria de natureza infraconstitucional. 3. Na hipótese, a Corte de origem reputou concretamente caracterizada a conduta culposa do ente público, que não logrou demonstrar a efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas da prestadora de serviços, encargo que lhe competia. 4. Desse modo, deve ser mantido o acórdão que negou provimento ao Agravo, sem proceder ao juízo de retratação, e devolvidos os autos à Vice-Presidência do TST.

Admitido o recurso extraordinário pelo Tribunal Superior do Trabalho, o feito foi afetado, por maioria do Plenário deste Supremo Tribunal Federal, como representativo da controvérsia para fins de fixação de tese de repercussão geral. Assim foi firmado o acórdão pelo qual se entendeu presente a repercussão geral da controvérsia:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ENCARGOS TRABALHISTAS GERADOS PELO INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS CONTRATADA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 16 E RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931. TEMA 246 DA REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIZAÇÃO SUBSIDIÁRIA AUTOMÁTICA DA ADMINISTRAÇÃO. MERA PRESUNÇÃO

DE CULPA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. MULTIPLICIDADE DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. PAPEL UNIFORMIZADOR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RELEVÂNCIA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

O Relator apresentou voto pelo provimento do recurso extraordinário para afastar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, bem como propôs a fixação da seguinte tese de repercussão geral:

1. Não há responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviços contratada, se amparada exclusivamente na premissa da inversão do ônus da prova, remanescendo imprescindível a comprovação, pelo empregado, da efetiva existência de comportamento negligente ou nexos de causalidade entre o dano por ele invocado e a conduta comissiva ou omissiva do poder público.

2. Haverá comportamento negligente quando a Administração Pública permanecer inerte após o recebimento de notificação formal e fundamentada de que a empresa contratada está descumprindo suas obrigações trabalhistas, notadamente o pagamento, enviada pelo trabalhador, sindicato, Ministério do Trabalho, Ministério Público do Trabalho, Defensoria Pública ou outro meio idôneo.

3. Nos contratos de terceirização, a Administração Pública deverá: (i) exigir da contratada a comprovação de capital social integralizado compatível com o número de

empregados, na forma do art. 4º-B da Lei nº 6.019/1974; e (ii) adotar medidas para assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas pela contratada, na forma do art. 121, § 3º, da Lei nº 14.133/2021, tais como condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas do mês anterior.

É o relatório. Passo a votar.

Acompanho o Relator quanto ao provimento, no mérito, do recurso extraordinário em exame, como caso piloto para a fixação da tese de repercussão geral.

Contudo, peço vênua para dele divergir quanto à redação da tese proposta, ocasião em que promovo **ajustes pontuais** nos dispositivos.

Dois são os pontos de divergência: (i) no item 2 da tese, proponho a supressão do termo “notadamente o pagamento”; e (ii) no item 3 da tese, proponho que a legitimidade para o envio de notificação formal e fundamentada de que a empresa contratada está descumprindo suas obrigações trabalhistas alcance o **Ministério Público de maneira geral, não apenas o Ministério Público do Trabalho.**

Quanto ao primeiro, fundamento minha divergência na necessidade de tornar a tese mais direta, evitando-se eventuais aplicações do precedente vinculante que prejudiquem a sua estabilidade, integridade e coerência (art. 926 do CPC). Isso porque entendo que a notificação formal e fundamentada dirigida à administração pública **pode noticiar quaisquer descumprimentos de obrigações trabalhistas pela empresa contratada**, seja no que concerne ao pagamento, seja em relação àquelas de natureza previdenciária ou do FGTS, por exemplo.

Dessa forma, visando a evitar eventual má compreensão ou

distorções na aplicação da tese, proponho a retirada do termo “notadamente o pagamento” constante no item 2.

No que concerne ao segundo ponto de divergência, entendo que a legitimidade para o envio de notificação formal e fundamentada de que a empresa contratada está descumprindo suas obrigações trabalhistas **deve alcançar o Ministério Público em geral**, não só o Ministério Público do Trabalho.

Acerca das funções do Ministério Público, dispõe a Constituição Federal:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

A própria capilaridade de atuação do Ministério Público Estadual (art. 128, II, da Constituição Federal) fomentará que, em parceria com os órgãos do Ministério Público da União, notadamente o Ministério Público do Trabalho (art. 128, I, b, da Constituição Federal), seja promovida uma tutela mais efetiva dos direitos dos trabalhadores. Ademais, a lesão aos direitos trabalhistas pode implicar danos ao erário e, até mesmo, improbidade administrativa, o que também autoriza a atuação do MP Estadual.

Lembro que há 5.569 Municípios no Brasil e, evidentemente, o MPT não está acessível e presente em todas essas localidades do nosso vasto Território.

Diante do exposto, **divirjo** parcialmente do Ministro Relator e voto pela adoção de redação com as duas modificações acima indicadas.

É como voto.