



ACÓRDÃO 2ª

Turma
GMDMA/VRA/

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, REGIDO PELA LEI 13.467/2017. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. COMPROVAÇÃO DA OMISSÃO CULPOSA NA FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO (CULPA IN VIGILANDO).

INCIDÊNCIA DA SÚMULA 331, V, DO TST. 1 - O Tribunal Regional registrou a existência de omissão culposa da Administração Pública na fiscalização do contrato (culpa in vigilando), consignando que “Em razão da ausência de fiscalização por parte do Poder Público, a Reclamante foi submetida a tratamento indigno e constrangedor durante o contrato laboral decorrente da prática de desestimular a entrega de atestado médico, bem como não houve a concessão das pausas de intervalo previstas na NR-17, conforme a r. sentença, evidenciando que a omissão e a ausência de fiscalização por parte do Poder Público foi decisiva para a prática de inadimplência e atos abusivos por parte da empresa prestadora de serviços, em flagrante descumprimento da legislação federal.” Logo, a responsabilidade subsidiária foi mantida em face da comprovação de culpa, e não de mera presunção, encontrando-se a decisão em harmonia com o disposto na Súmula 331, V, do TST. Tal entendimento também está em sintonia com a tese com repercussão geral firmada pelo Supremo Tribunal Federal, no RE-760931/DF, pela qual se considerou possível a responsabilização subsidiária da Administração Pública pelo pagamento das verbas trabalhistas devidas aos empregados das empresas terceirizadas, quando constatada a falha na fiscalização. 2 – Diante do quadro fático estabelecido no acórdão recorrido, insuscetível de revisão por esta Corte, nos termos da Súmula 126 do TST, deve ser mantida a responsabilidade subsidiária do ente público. **Agravo de instrumento conhecido e não provido.**

II - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE REGIDO PELA LEI 13.467/2017. DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO. CONDUTAS DO EMPREGADOR QUE

ESTIMULAVAM A NÃO APRESENTAÇÃO DE ATESTADOS MÉDICOS. Demonstrada possível violação do art. 5º, X, da Constituição Federal, impõe-se o provimento do agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. **Agravo de instrumento conhecido e provido.**

III - RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE REGIDO PELA LEI 13.467/2017. DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO. CONDUTAS DO EMPREGADOR QUE ESTIMULAVAM A NÃO

APRESENTAÇÃO DE ATESTADOS MÉDICOS. 1. Na hipótese, o Tribunal Regional manteve a sentença que fixou o valor da indenização por dano moral em R\$5.000,00, decorrente da conduta da reclamada de constrangimento do empregado em razão da apresentação de atestado médico. 2. Com efeito, verifica-se o extrapolamento dos limites do poder diretivo da empregadora, na medida em que o “incentivo” adotado resulta, de forma transversa, na coação dos funcionários a não usufruírem o caro direito de se licenciarem quando adoecidos, colocando em risco a sua própria saúde. Afinal, a noção *kantiana* da dignidade, que compreende o ser humano como fim em si mesmo, fundamenta o ordenamento jurídico pátrio (art. 1º, III, da Constituição Federal), e norteia a sistemática de proteção internacional dos direitos humanos, a teor dos arts. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos. Decorre daí,

por sua vez, a preocupação com a tutela da saúde e segurança do trabalhador e o compromisso com a garantia de um meio ambiente de trabalho ecologicamente equilibrado e livre de riscos, nos termos do art. 16 da Convenção 155 da OIT e dos arts. 7º, XXII, 170, caput e III, 200, VIII, e 225 da Constituição Federal. Nesse contexto, a prática adotada pela reclamada subverte a lógica da gestão sustentável, baseada na prevenção de danos, e configura dano moral presumido (*in re ipsa*), cuja ocorrência independente até mesmo da frustração efetiva do benefício, na medida em que a norma empresarial traz em si a sombra da retaliação pelos próprios pares do empregado que porventura venha a adoecer. Assim, seja sob a ótica da clássica responsabilidade civil (arts. 186, 927 e 944 do Código Civil) ou da sua vertente ambiental - consagrada à luz do princípio do poluidor-pagador (art. 16, § 1º, da Lei 6.938/81 e Princípio 16 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992) -, cumpre ao ofensor o dever de compensar integralmente o respectivo dano. Desse modo, considerando-se a gravidade da conduta da ré e a finalidade pedagógica da indenização, conclui-se que o valor estabelecido pela Corte Regional a título de indenização por danos morais (cinco mil reais) revela-se insuficiente. Em casos similares, inclusive envolvendo a mesma reclamada, esta Turma arbitrou o valor de quinze mil reais. Precedentes. **Recurso de revista conhecido e provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Recurso de Revista com Agravo** nº TST-RRAg - 277-02.2021.5.10.0802, em que é Agravada e Recorrente -----, é Agravante e Recorrido **INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL** e é Agravado e Recorrido -----.

A Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região denegou seguimento aos recursos de revista interpostos pelas partes Inconformadas, as partes interpõem agravos de instrumento, sustentando que os seus recursos de revista tinham condições de prosperar.

Foram apresentada contraminuta ao agravo e contrarrazões ao recurso de revista.

Desnecessária a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, consoante o art. 95, § 2.º, II, do RITST.

É o relatório.

V O T O

I – AGRAVO DE INSTRUMENTO DO SEGUNDO RECLAMADO

1 – CONHECIMENTO

Preenchidos os requisitos legais de admissibilidade, **CONHEÇO** do agravo de instrumento.

2 – MÉRITO

2.1 – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO

O recurso de revista do ente público teve seu seguimento denegado em juízo primário de admissibilidade, aos fundamentos:

“PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS
Tempestivo o recurso (publicação em 01/08/2022 - fls. 5653E1C; recurso apresentado em 02/08/2022 - fls. efb97e5).

Regular a representação processual (nos termos da Súmula nº 436/TST).

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

PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

Anulação / Nulidade de Ato ou Negócio Jurídico.

Alegação(ões):

- contrariedade à(s) Súmula(s) nº 331, item V do colendo Tribunal Superior do Trabalho.- contrariedade

à(s) Súmula(s) vinculante(s) nº 10 do excelso Supremo Tribunal Federal.

- violação ao(s) artigo 97, da Constituição Federal.

A União acena com a inobservância, por parte da Turma, do comando insculpido no artigo 97 da Constituição Federal, que trata da cláusula de reserva de plenário. Sinaliza, assim, com a declaração de inconstitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, proferida pelo Órgão fracionário deste Regional, resultando em contrariedade à Súmula Vinculante nº 10/STF e à Súmula nº 331, V, do TST, assim como em ofensa ao artigo 97 da Carta Magna.

Todavia, não vislumbro a suscitada declaração de inconstitucionalidade, haja vista que o Colegiado simplesmente limitou-se a aplicar o entendimento consubstanciado na Súmula nº 331, IV e V, do TST. Incólumes, pois, o artigo 97 da Constituição Federal, o item V da Súmula nº 331/TST e a

Súmula Vinculante nº 10/STF.

Nego, pois, seguimento ao recurso de revista.

Responsabilidade Solidária / Subsidiária.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO / Processo e Procedimento / Provas / Ônus da Prova.

Alegação(ões):

- contrariedade à(s) Súmula(s) nº 331 do colendo Tribunal Superior do Trabalho.
- violação ao(s) inciso XXXV do artigo 5º; inciso LIV do artigo 5º; inciso LV do artigo 5º; §6º do artigo 37; §2º do artigo 102, da Constituição Federal.
- violação ao(s) §1º do artigo 71 da Lei nº 8666/1993; inciso I do artigo 373 do Código de Processo Civil de 1973; inciso II do artigo 373 do Código de Processo Civil de 1973; artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho.
- divergência jurisprudencial: .

A 3ª Turma deu provimento ao recurso obreiro para reconhecer a responsabilidade subsidiária da União, nos termos da Súmula nº 331 do TST, conforme ementa a seguir transcrita:

"RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. SÚMULA 331 DO C. TST. ADC 16 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 16/DF, assentou que, de fato, segundo os termos do art. 71, §1º, da Lei 8.666/1993, a mera inadimplência do contratado não autoriza seja transferida à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, a vedar irrestrita aplicação da Súmula 331, IV, V e VI, do TST. Entretanto, também reconheceu expressamente, no julgamento da mesma ADC 16/DF, que referido preceito normativo não obsta o reconhecimento dessa responsabilidade em virtude de eventual omissão da Administração Pública no dever - que impõem os arts. 58, III, e 67 da Lei 8.666/1993 - de fiscalizar as obrigações do contratado, caso que ocorreu nestes autos. O Exc. Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 324 e RE 958252, em 30/08/2018, a despeito de reconhecer a licitude da terceirização dos serviços, fixou entendimento em relação à manutenção da responsabilidade subsidiária da empresa contratante (certidão do RE 958252: "É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante")."

Inconformado, insurge-se o ente público contra essa decisão, mediante as alegações alhures destacadas, objetivando afastar a condenação subsidiária. Alega, inicialmente, que não pode ser responsabilizada subsidiariamente pelo pagamento das verbas deferidas à reclamante, pois esta não se desincumbiu do ônus de comprovar a ausência de fiscalização do contrato de terceirização, encargo que lhe pertencia. Sustenta, outrossim, não evidenciada sua conduta culposa na fiscalização das obrigações da prestadora de serviços.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 760.931/DF, com repercussão geral, decidiu que o ônus de provar a ausência de fiscalização da execução do contrato com a empresa prestadora é do empregado. Todavia, tal entendimento não modifica a conclusão alcançada pela Turma, pois a condenação imposta está fundamentada na prova de que o ente público incorreu em culpa "in vigilando", legitimando a imputação da responsabilidade subsidiária.

Em tal cenário, o acórdão está em perfeita harmonia com a jurisprudência cristalizada na Súmula nº 331, V, do TST.

De outra parte, decidida a matéria com arrimo no contexto fático-probatório produzido nos autos, o processamento do recurso de revista fica obstado, na medida em que seria necessário o revolvimento de fatos e provas, o que é defeso (Súmula nº 126/TST).

A propósito, nesse sentido, trago à baila os seguintes precedentes do TST:

"AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CARACTERIZAÇÃO DE CULPA IN VIGILANDO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 331, V, DO TST. Do quadro fático registrado no acórdão recorrido extrai-se que a condenação decorre da culpa do tomador dos serviços. Com efeito, o TRT destacou que: "Na seqüência, o que deve ser aferido é se houve culpa 'in vigilando' do Estado do RN, ora recorrente, quanto à fiscalização da reclamada SALUTE, no que se refere ao adimplemento das obrigações trabalhistas geradas durante o período de vigência do contrato mantido entre os litisconsortes passivos. Neste ponto, o recorrente afirma que 'o ente público, ao decorrer da execução do contrato administrativo, não tem a obrigação legal de fiscalizar se a empresa contratada honra os demais contratos, firmados com outras pessoas, físicas ou jurídicas, ainda mais quando detêm natureza privada' e que o único objeto de fiscalização era a prestação de serviços (ID. 2be5609 - pág. 10). Noutras palavras, o litisconsorte admite que não fiscalizava as empresas contratadas no que diz respeito ao cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias e tenta justificar-se, daí porque assume a sua culpa in vigilando". Registre-se, por oportuno, que a recente decisão do STF no RE nº 760.931, com repercussão geral, que atribuiu o ônus da prova da ausência de fiscalização ao trabalhador, em nada altera a conclusão destes autos, uma vez que a condenação subsidiária da entidade pública está amparada na prova de que incorreu em culpa in vigilando, ante a ausência de fiscalização dos direitos trabalhistas dos empregados da empresa prestadora de serviços. Nesse contexto, é inviável a admissibilidade do recurso de revista, pois a decisão recorrida encontra-se em consonância com o item V da Súmula 331 do TST. Assim, tendo em vista que a parte não trouxe, nas razões de agravo, nenhum argumento capaz de infirmar a decisão denegatória do agravo de instrumento, há que ser mantida a decisão. Agravo conhecido e desprovido." (Ag-AIRR - 67208.2013.5.21.0013, Data de Julgamento: 13/09/2017, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/09/2017)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ÔNUS DA PROVA. A contratação de empresa prestadora de serviços, por meio de regular licitação, não basta para excluir a responsabilidade do ente público. Nos termos do item V da Súmula nº 331 do TST, editado à luz da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16/DF, em se tratando de terceirização de serviços, os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta responderão subsidiariamente pelas dívidas trabalhistas das empresas prestadoras, quando forem negligentes em relação ao dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais e legais da contratada. Na presente demanda, o Tribunal Regional, soberano na análise do conjunto probatório, registrou que o ente público não se desincumbiu do ônus de comprovar a correta fiscalização do cumprimento do contrato com a empresa prestadora. Assim, ao atribuir-lhe a responsabilidade subsidiária, decidiu em plena sintonia com o verbete acima mencionado. Acrescente-se que não se verifica desrespeito à tese de repercussão geral, firmada no julgamento do RE-760931, pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que não houve, no caso, a transferência automática da responsabilidade decorrente do inadimplemento da obrigação pelo empregador. Ficou evidenciada a culpa in vigilando do ente público. Tal conclusão se baseia apenas nas informações disponibilizadas no sítio daquela Corte na internet, pois a decisão ainda aguarda a redação do acórdão e a respectiva publicação no órgão oficial. Agravo de instrumento a que se nega provimento." (AIRR - 10054-69.2013.5.01.0049, Data de Julgamento: 30/08/2017, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/09/2017)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. 1. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA. ENTIDADES ESTATAIS. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NA ADC Nº 16-DF. SÚMULA 331, V/TST. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CONDUTA CULPOSA NO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DA LEI 8.666/93 EXPLICITADA NO ACÓRDÃO REGIONAL. Registre-se que o Supremo Tribunal Federal, ao decidir a ADC nº 16-DF, reverteu a interpretação sedimentada há duas décadas na jurisprudência trabalhista no sentido de que as entidades estatais - a exemplo das demais pessoas físicas e jurídicas - eram firmemente responsáveis por verbas contratuais e legais trabalhistas dos trabalhadores terceirizados na área estatal, caso houvesse o inadimplemento por parte do empregador terceirizante (Súmula 331, antigo item IV, TST). Para o STF, é necessária a efetiva presença de culpa in vigilando da entidade estatal ao longo da prestação de serviços (STF, ADC nº 16-DF). Observados tais parâmetros, é preciso perceber, no caso concreto, se o ente público agiu com culpa para a ocorrência do inadimplemento dos débitos trabalhistas. Se não resultar claramente evidenciada a ação ou omissão, direta ou indireta, na modalidade culposa, do agente público em detrimento do contrato administrativo para a prestação de serviços terceirizados, não há como identificar a responsabilidade da Administração Pública em relação às obrigações trabalhistas da prestadora de serviços, à luz do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. Insista-se que essa é a linha do entendimento atual do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16-DF. Em observância a esse entendimento da Corte Máxima, o TST alinhou-se à tese de que a responsabilidade subsidiária dos entes integrantes da Administração Pública direta e indireta não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada, mas apenas quando comprovada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666, de 21.6.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora (artigos 58 e 67, Lei 8.666/93) - novo texto da Súmula 331, V, do TST. Nesse quadro, a mera culpa in eligendo não autoriza, por si só, deduzir a responsabilidade do Poder Público pelos débitos inadimplidos pela empregadora, segundo o STF.

A propósito, para a Corte Máxima, tendo sido a terceirização resultado de processo licitatório, não há que se falar em culpa in eligendo. Também não há que se falar, em tais casos de terceirização, em responsabilidade objetiva, a teor da jurisprudência advinda da Corte Máxima. Porém, naturalmente, se houver clara, inquestionável culpa da entidade estatal tomadora de serviços quanto à fiscalização da conduta da empresa terceirizada relativamente ao cumprimento de suas obrigações trabalhistas, incidirá a responsabilidade subsidiária, por força de outros preceitos legais, além do art. 71, caput e § 1º, da Lei de Licitações. Havendo manifesta ou demonstrada culpa in vigilando, incidem preceitos responsabilizatórios concorrentes, tais como os artigos 58, III, 67, caput e § 1º, da Lei 8.666/93 e os artigos 186 e 927, do Código Civil. Nesse contexto, o STF, ao julgar com repercussão geral o RE nº 760.931, confirmou a tese já explicitada na anterior ADC nº 16-DF, no sentido de que a responsabilidade da Administração Pública não pode ser automática, cabendo a sua condenação apenas se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos, bem como atribuiu o ônus de provar o descumprimento desse dever legal ao trabalhador. Assim, em que pese a decisão do RE nº 760.931 atribua ao trabalhador o ônus processual, no caso dos autos, enfatize-se que houve a conduta omissiva do Estado Recorrente no tocante ao pagamento das faturas do contrato de prestação de serviços, sendo condição mais grave que a simples ausência do dever de fiscalização pelo ente público, o que autoriza sua responsabilização subsidiária. Agravo de instrumento desprovido." (AIRR - 1443-14.2015.5.06.0019, Data de Julgamento: 09/08/2017, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/08/2017)

"RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CULPA IN VIGILANDO CARACTERIZADA. I - Para equacionar a controvérsia em torno da existência ou inexistência de responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelas obrigações trabalhistas não honradas pela empresa prestadora de serviço é imprescindível trazer a lume a decisão proferida pelo STF na ADC 16/2007. II - Nela, apesar de ter sido reconhecida a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93, os eminentes Ministros daquela Corte permitiram-se alertar os tribunais do trabalho para não generalizar as hipóteses de responsabilização subsidiária da Administração Pública. III - Na ocasião, traçaram inclusive regra de conduta a ser observada pelos tribunais do trabalho, de se proceder, com mais rigor, à investigação se a inadimplência da empresa contratada por meio de licitação pública teve como causa principal a falha ou a falta de fiscalização pelo órgão público contratante. IV - A partir dessa quase admoestação da Suprema Corte, o Tribunal Superior do Trabalho houve por bem transferir a redação do item IV da Súmula 331 para o item V desse precedente, dando-lhe redação que refletisse o posicionamento dos Ministros do STF. V Compulsando o verbete, percebe-se, sem desusada perspicácia, que a responsabilização subsidiária da Administração Pública tem por pressuposto a comprovação da sua conduta culposa ao se demitir do dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa prestadora de serviços. VI - Em outras palavras, impõe-se extrair da decisão do Regional elementos de prova de que a Administração Pública observou ou não o dever de fiscalização dos direitos trabalhistas devidos aos empregados da empresa prestadora de serviços, uma vez que o seu chamamento à responsabilização subsidiária repousa na sua responsabilidade subjetiva e não objetiva. VII Mediante exame do acórdão recorrido, verifica-se que o Colegiado de origem fora incisivo e minudente ao extrair do contexto factual a responsabilidade subsidiária do agravante. VIII - O acórdão recorrido, com riqueza de detalhes probatórios em torno da culpa in vigilando do agravante, por ter se demitido do dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa prestadora de serviços, premissa, aliás, insuscetível de modificação no TST, a teor da Súmula 126, guarda absoluta sintonia com entendimento contido na Reclamação nº 23151/DF - Distrito Federal, em que fora Relator o Ministro Luiz Fux, cuja decisão foi publicada no DJe de 3/3/2016. IX - Sobrevém, assim, a certeza de o Regional ter-se valido do princípio da persuasão racional do artigo 131 do CPC de 73, no qual se acha subentendido o princípio da despersonalização da prova oral, consagrado, a propósito, no artigo 371 do CPC de 2015, para extrair a culpa in vigilando do agravante, nos termos da ADC 16/2010. X - Desse modo, cai por terra a arguição de infringência aos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC de 73, pois o Regional não dirimira a controvérsia pelo critério do ônus subjetivo da prova. XI - Por outro lado, não se vislumbra ofensa literal e direta ao artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93, pois a decisão impugnada encontra-se, ao fim e ao cabo, em consonância com a Súmula 331, item V, do TST, erigida em requisito negativo de admissibilidade do recurso revista. XII - A divergência jurisprudencial, a seu turno, não se credencia à cognição do TST, não só por se reportar a arestos que não guardam similitude factual com a decisão recorrida, mas, sobretudo, por estarem superados no caso concreto. XIII - Com isso, avulta a convicção de que o recurso de revista efetivamente não lograva processamento, quer à guisa de violação legal ou constitucional, quer por dissenso pretoriano, na esteira do artigo 896, § 7º, da CLT e da Súmula nº 333/TST. XIV - Agravo de instrumento a que se nega provimento." (AIRR - 10235-65.2014.5.03.0086, Data de Julgamento: 19/04/2017, Relator Ministro: Antonio José de Barros Levenhagen, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/04/2017)

A tal modo, inviável a prossecução do feito, a teor das Súmulas nºs 126 e 333 do TST e do artigo 896, § 7º, da CLT.

Responsabilidade Solidária / Subsidiária / Tomador de Serviços / Terceirização / Ente Público / Abrangência da Condenação.

Alegação(ões):

- ofensa aos artigos 5º, inciso XLVI; artigo 100, da Constituição Federal e violação da Lei nº 8.666/93.

A despeito dos argumentos lançados no arrazoado, relativamente ao tópico em destaque, o fato é que a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral (Súmula nº 331, VI, do TST).

Logo, inviável o processamento da revista, sob o enfoque do alcance da responsabilidade subsidiária, nos termos da Súmula nº 333/TST.

Descontos Fiscais / Juros de Mora.

Alegação(ões):

- violação ao(s) inciso II do artigo 5º da Constituição Federal.
- violação ao(s) artigo 1-F da Lei nº 9494/1997.
- divergência jurisprudencial.

Em prosseguimento, a Turma determinou a incidência dos juros de mora no percentual de 1% ao mês.

Inconformado, insurge-se o ente público contra essa decisão, sustentando a incidência dos juros reduzidos.

Contudo, por estar o acórdão em harmonia com a diretriz traçada na OJ da SBDI-1 382 do TST, inviável o processamento da revista, nos termos da Súmula 333 e da OJ da SBDI-1 336, ambas do TST.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO / Liquidação / Cumprimento / Execução / Valor da Execução / Cálculo / Atualização / Correção Monetária.

Alegação(ões):

- violação ao(s) inciso II do artigo 5º da Constituição Federal.
- violação da (o) §2º do artigo 8º da Lei nº 13467/2017; artigo 1-F da Lei nº 9494/1997.

A egr.Turma, no que tange à correção monetária, determinou a aplicação do entendimento do STF no julgamento da ADC nº 58.

Irresignado, insurge-se o INSS contra essa decisão. Insiste na tese de que a atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial seja feita pelo IPCA-E no interregno de 25.03.15 a 10.11.2017; e a TR no período anterior a 24.03.2015, e posterior a 11.11.2017 (data da alteração promovida pela Lei 13.467/2017, incluindo a TR como fator de correção, nos termos do artigo 879, § 7º, da CLT).

Contudo, a egr. Turma decidiu em consonância com o entendimento proferido pelo Pleno do Excelso STF, nos autos das ADCs nºs 58 e 59.

As decisões do STF, em controle concentrado de constitucionalidade, possuem eficácia erga omnes e efeito vinculante, sendo de observância obrigatória, nos termos do art. 927, I do CPC. Nego, pois, seguimento ao recurso no particular.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, DENEGO seguimento ao recurso de revista.

Inconformado, o ente público pede a reforma da decisão. Sustenta não ter sido

apresentado na decisão nenhum elemento que permita inferir a análise concreta da conduta culposa da Administração Pública. Assevera que a condenação se deu com apoio em presunção de culpa, decorrente do inadimplemento das verbas trabalhistas pela prestadora de serviços, e indevida inversão do ônus da prova em seu desfavor. Aponta a existência de repercussão geral reconhecida nos autos do RE 760.931.

Ao exame.

O Tribunal Regional confirmou a responsabilidade subsidiária do ente público, aos

fundamentos:

“Inicialmente, cumpre registrar que é incontroversa nos autos a existência de contrato de prestação de serviços entre os demandados, bem como o labor da Reclamante em proveito do 2º Reclamado (INSS), sendo reconhecido no tópico acima a evidente a conduta abusiva da 1ª Reclamada quanto à ausência de concessão das pausas previstas na NR-17 e aos fatos relativos à entrega de atestados médicos pelos empregados, o que ensejou devida a reparação pretendida (horas extras e dano moral).

Com efeito, não há óbice à responsabilização subsidiária do tomador de serviços pelas obrigações inadimplidas e pela omissão quanto aos fatos ilícitos e abusivos praticados pela prestadora de serviços, nos termos dos itens IV, V e VI da Súmula 331 do C. TST.

Registro, primeiramente, que, no caso, o art. 8º, §2º, da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/17, não afasta a aplicação da Súmula 331 do C. TST, uma vez que a referida Súmula foi editada antes da alteração legislativa.

A Súmula 331 do C. TST resulta de jurisprudência pacífica e reiterada na área trabalhista, cujo entendimento decorre da interpretação sistemática da ordem jurídica, remontando aos conceitos de culpa *in eligendo* e *in vigilando*.

Cabe à empresa tomadora dos serviços selecionar criteriosamente aquela empresa que irá lhe prestar serviços. Deve, ainda, conhecer a idoneidade econômico-financeira, sob pena de responder por incorreta eleição. Contudo, não basta escolher corretamente, é necessária uma constante vigilância e verificação do cumprimento das obrigações trabalhistas, sob pena de incidência da culpa *in vigilando* (arts. 58, III e 67 da Lei 8.666/1993).

Portanto, além da escolha, a vigilância da empresa prestadora por parte do Ente Público contratante deve ser feita com extrema cautela.

Por meio da jurisprudência citada, o C. TST transfere a responsabilidade subsidiária para o ente tomador dos serviços em razão de culpa (na eleição/contratação) ou de precária vigilância no curso da execução do contrato. Se a empresa tomadora ou cliente - ainda que se trate de Ente Público beneficiária direta dos serviços prestados pelo trabalhador, escolhe como prestadora uma empresa inidônea e/ou deixa de acompanhar a execução do contrato, inclusive quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas, torna-se ela responsável subsidiariamente pelas parcelas a que a prestadora dos serviços fora condenada.

Considera-se que se a empresa tomadora, beneficiária direta dos serviços prestados pelo trabalhador, escolhe como prestadora uma firma inidônea e/ou deixa de acompanhar a execução do contrato, inclusive quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas, é ela também responsável.

No presente caso, considerando que a Autora prestou serviços nas dependências do 2º

Reclamado, a este, na qualidade de tomador dos serviços, impõe-se declarar a responsabilidade subsidiária pelas obrigações da 1ª Reclamada para com a Reclamante decorrentes do contrato de trabalho, na forma da Súmula 331, IV, V e VI, do C. TST.

E não se alegue violação à cláusula de reserva de plenário (Súmula Vinculante 10), em face da aplicação da constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93.

O C. TST, em sua composição plena, decide pela edição de suas Súmulas e Orientações Jurisprudenciais, razão pela qual resta atendida a exigência contida no art. 97 da CF, que trata do quórum para a declaração de inconstitucionalidade de texto legal ou de ato normativo do Poder Público pelos tribunais. Não se vislumbra, assim, contrariedade ao art. 97 da Constituição Federal Não altera esse cenário o julgamento da ADC 16 pelo excelso Supremo Tribunal Federal (24/11/2010), que declarou constitucional o art. 71, §1º, da Lei 8.666/93, tampouco há ofensa à Súmula Vinculante 10 do STF.

Nesse sentido, os seguintes acórdãos do C. TST: "AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ART. 71, § 1º, DA LEI 8.666/93. RESERVA DE PLENÁRIO. SÚMULA VINCULANTE 10/STF. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. SÚMULA 331 DO TST. EDIÇÃO Os entendimentos PELA COMPOSIÇÃO PLENÁRIA DESTA TRIBUNAL. contidos nas súmulas e orientações jurisprudenciais, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, são formalizados pela sua composição plenária. Assim sendo, o disposto na Súmula 331, IV, desta Corte, acerca da manutenção da

responsabilidade subsidiária de entes estatais terceirizantes, atende a exigência relacionada à cláusula de reserva de plenário a que alude o art. 97 da Constituição Federal e a Súmula Vinculante 10/STF. Ademais, a decisão agravada não declarou a inconstitucionalidade do 71 da Lei nº 8.666/93, mas apenas consignou que referido dispositivo de lei não afasta a responsabilidade subsidiária da Agravante. Agravo desprovido. (A-AIRR 47211/2002-900-02-00, 6ª Turma, Rel.

Min. MAURICIO GODINHO DELGADO, DJ 19/09/2008)" "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA Nº 331, IV, DO TST. OMISSÃO NÃO VERIFICADA. NATUREZA PROTETÓRIA. Ao negar provimento ao agravo em recurso de revista, o acórdão foi explícito no sentido de que, além de a decisão agravada ter se baseado no entendimento proferido pelo Pleno do TST, não se tratava de declaração de inconstitucionalidade ou mesmo de negação da vigência do art. 71, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93, mas apenas da interpretação do seu alcance. Assim, a alegação infundada de omissão em relação ao art.

97 da Constituição da República, acompanhada de pedido de prequestionamento da matéria e de arguição de nulidade por violação desse dispositivo constitucional, evidencia o intuito protelatório e atrai a aplicação da multa do art. 538, parágrafo único, do CPC, como forma de punir o uso abusivo dos embargos e de prestigiar a razoável duração do processo, assegurada pelo art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. Embargos de declaração a que se nega provimento, com aplicação de multa. (ED-A-RR 683/2006-022-06-00, 1ª Turma, Rel. Min. WALMIR OLIVEIRA DA COSTA, DJ DJ - 19/09/2008)".

Não é demais lembrar que as súmulas e orientações jurisprudenciais apenas consolidam os entendimentos reiteradamente afirmados nos Tribunais, inexistindo, portanto, respaldo legal à arguição de inconstitucionalidade de súmula, haja vista que esta não é lei ou ato normativo do Poder Público.

Cumprido salientar que, conforme fundamentação supra, a responsabilidade subsidiária lastreia-se na aplicação da Súmula 331 do C. TST baseada em culpa, e não na teoria da responsabilidade objetiva.

Inclusive, o E. Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 24/11/2010, ao julgamento da ADC 16/DF (Relator Ministro Cezar Peluso), acerca da constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei 8.666/1993, declarou a constitucionalidade deste, segundo o qual "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".

O mesmo Supremo Tribunal Federal, nessa ADC 16/DF, reconheceu a incidência do art. 71, §1º, da Lei 8.666/1993, afastando o art. 37, §6º, da Carta Política, cujo objeto estaria circunscrito à hipótese de responsabilidade objetiva extracontratual da Administração pelos danos causados, nessa qualidade, por seus agentes a terceiros, não comportando exegese extensiva à hipótese de responsabilidade contratual.

No contexto, se por um lado assentou o E. STF que, de fato, segundo os termos do art. 71, §1º, da Lei 8.666/1993, a mera inadimplência do contratado não autoriza seja transferida à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas (responsabilidade objetiva), a vedar irrestrita aplicação da Súmula 331, IV, V e VI, do TST, por outro, reconheceu expressamente, no julgamento da mesma ADC 16 do STF, que o referido preceito normativo não obsta o reconhecimento dessa responsabilidade (subjéctiva) em virtude de eventual omissão da Administração Pública no dever - que impõem os arts. 58, III, e 67 da Lei 8.666/1993 - de fiscalizar as obrigações do contratado, caso que ocorreu nestes autos.

O E. STF, como dito, ao julgar a ADC 16/DF (sessão de 24/11/2010), assentou a 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. No entanto, o mesmo E. Tribunal, conforme palavras do Relator da citada Ação, Min. Cezar Peluso, reconheceu que, nos casos de verificação concreta de culpa da entidade pública contratante, poder-se-ia cogitar a responsabilização subsidiária: "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" (Pronunciamento acessível em vídeo da sessão plenária do STF, dia 24/11/2010, 2º bloco, Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF).

O Min. Gilmar Mendes também esclareceu: "Bem verdade que os conflitos 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, os responsáveis pelas contas dos municípios, que haja realmente fiscalização, porque realmente o pior dos mundos pode ocorrer para o empregado que presta o serviço. A empresa recebeu, certamente recebeu da Administração, mas não cumpriu os deveres elementares, então essa decisão continua posta. Foi o que o TST de alguma forma tentou explicitar ao não declarar a inconstitucionalidade da lei e resgatar a ideia da súmula, mas que haja essa 'culpa in vigilando' É fundamental [...]. Talvez aqui reclame-se normas de organização e procedimento por parte dos próprios órgãos que têm que fiscalizar, que inicialmente são os órgãos contratantes, e depois os órgãos fiscalizadores, de modo que haja talvez até uma exigência de demonstração de que se fez o pagamento, o cumprimento, pelo menos das verbas elementares, o pagamento de salário, o recolhimento da previdência social e do FGTS" (mesmo sítio da citação anterior) (d.n.).

Em face dessa decisão do E. STF, o C. TST, revendo a Súmula 331, admitiu apenas excepcionalmente a responsabilidade subsidiária do ente público, no caso de ficar evidenciada a do Ente Público tomador dos serviços, ou seja, culpa "in vigilando" não com base em presunção ou na responsabilidade objetiva, mas na ausência de fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da empresa prestadora de serviço, *in verbis*: "Súmula nº 331.

(nova redação - Res. 174/2011, de 31.05.2011 (...)) 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 n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada." (d.n.) Dispõem os arts. 58, III, e 67 da Lei 8.666/1993: "Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: ("omissis") III - fiscalizar-lhes a execução; ("omissis") 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.

("omissis")". (d.n.) Não se olvida, ainda, a decisão proferida pelo Plenário do E. STF que, nos autos do RE 760931, julgado em 26/04/2017, firmou tese de repercussão geral, nos seguintes termos: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere ao poder público contratante automaticamente a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666/1993".

A responsabilidade subsidiária ora reconhecida se baseia, pois, na falta de fiscalização pelo Ente Público, tomador ou cliente, sobre a empresa prestadora dos serviços (culpa in vigilando).

Há de se ressaltar que o E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 324 e RE 958252, em 30/08/2018, a despeito de reconhecer a licitude da terceirização dos serviços, fixou entendimento em relação à manutenção da responsabilidade subsidiária da empresa contratante (certidão do RE 958252, conforme segue: "É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante").

O INSS, enquanto tomador dos serviços e integrante da Administração Pública, deve, com muito mais esmero, prezar pelo cumprimento das obrigações decorrentes dos contratos terceirizados, em obediência aos princípios da moralidade e eficiência insculpidos no art. 37 da Constituição Federal.

Visando garantir a correta execução dos contratos de serviços terceirizados prestados no âmbito da Administração Pública, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por meio da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, expediu a Instrução Normativa 02, de 30/04/2008, alterada pela Instrução Normativa aqui invocada por analogia 03, de 15/10/2009 (vigente até 25/05/2017; depois em vigor a Instrução Normativa 05, de 26/05/2017, DOU de 26/05/2017, Edição 100, Seção 1, pg. 90-109, que continuou dispondo dos mesmos termos) estabelecendo normas de conduta para o pagamento da fatura mensal pela Administração Pública às empresas contratadas.

Esta Instrução vincula o pagamento às empresas prestadoras dos serviços ao perfeito cumprimento do contrato (art. 34), além da comprovação, pelas ditas empresas, da quitação de todas as obrigações trabalhistas, previdenciárias e tributárias (arts. 19, XIX, 19-A, 34 e seus parágrafos, 35, parágrafo único, e 36, §§ 6º e 7º, da IN 03/2009; e art. 39 e Anexo VIII-B, incisos 2 a 10, da IN 05/2017), por meio de acompanhamento e fiscalização.

Na IN 03/2009: "Art. 34. A execução dos contratos deverá ser acompanhada e fiscalizada por meio de instrumentos de controle, que compreendam a mensuração dos seguintes aspectos, quando for o caso: I - os resultados alcançados em relação ao contratado, com a verificação dos prazos de execução e da qualidade demandada; II - os recursos humanos empregados, em função da quantidade e da formação profissional exigidas; III - a qualidade e quantidade dos recursos materiais utilizados; IV - a adequação dos serviços prestados à rotina de execução estabelecida; V - o cumprimento das demais obrigações decorrentes do contrato; e VI - a satisfação do público usuário. § 1º (omissis). § 2º (omissis).

§ 3º O representante da Administração deverá promover o registro das ocorrências verificadas, adotando as providências necessárias ao fiel cumprimento das cláusulas contratuais, conforme o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 67 da Lei nº 8.666/93.

§ 4º O descumprimento total ou parcial das responsabilidades assumidas pela contratada, sobretudo quanto às obrigações e encargos sociais e trabalhistas, ensejará a aplicação de sanções administrativas previstas no instrumento convocatório e na legislação vigente, podendo culminar em rescisão contratual, conforme disposto nos s 77 e 87 da Lei nº 8.666/93.

§ 5º Na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais nas contratações continuadas com dedicação exclusiva dos trabalhadores da contratada, exigir-se-á as seguintes comprovações: I - no caso de empresas regidas pela Consolidação das Leis Trabalhistas: a) recolhimento da contribuição previdenciária estabelecida para o empregador e de seus empregados, conforme dispõe o 195, § 3º da Constituição Federal, sob pena de rescisão contratual; b) recolhimento do FGTS, referente ao mês anterior; c) pagamento de salários no prazo previsto em Lei, referente ao mês anterior; d) fornecimento de vale-transporte e auxílio-alimentação quando cabível; e) pagamento do 13º salário; f) concessão de férias e correspondente pagamento do adicional de férias, na forma da Lei; g) realização de exames admissionais e demissionais e periódicos, quando for o caso; h) eventuais cursos de treinamento e reciclagem; i) encaminhamento das informações trabalhistas exigidas pela legislação, tais como: a RAIS e a CAGED; j) cumprimento das obrigações contidas em convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa em dissídio coletivo de trabalho; e k) cumprimento das demais obrigações dispostas na CLT em relação aos empregados vinculados ao contrato.

Art. 35. Quando da rescisão contratual, o fiscal deve verificar o pagamento pela contratada das verbas rescisórias ou a comprovação de que os empregados serão realocados em outra atividade de prestação de serviços, sem que ocorra a interrupção do contrato de trabalho.

Parágrafo único. Até que a contratada comprove o disposto no caput, o órgão ou entidade contratante deverá reter a garantia prestada, podendo ainda utilizá-la para o pagamento direto aos trabalhadores no caso da empresa não efetuar os pagamentos em até 2 (dois) meses do encerramento da vigência contratual, conforme previsto no instrumento convocatório e no art. 19-A, inciso IV desta Instrução Normativa.

Art. 36. O pagamento deverá ser efetuado mediante a apresentação de Nota Fiscal ou da Fatura pela contratada, que deverá conter o detalhamento dos serviços executados, conforme disposto no art. 73 da Lei nº 8.666, de 1993, observado o disposto no art. 35 desta Instrução Normativa e os seguintes procedimentos: (...) § 6º A retenção ou glosa no pagamento, sem prejuízo das sanções cabíveis, só deverá ocorrer quando o contratado: I - não produzir os resultados, deixar de executar, ou não executar com a qualidade mínima exigida as atividades contratadas; ou II deixar de utilizar materiais e recursos humanos exigidos para a execução do serviço, ou utilizá-los com qualidade ou quantidade inferior à demandada.

§ 7º O pagamento pela Administração das verbas destinadas ao pagamento das férias^{13º} dos trabalhadores da contratada poderá ocorrer em conta vinculada, conforme estiver previsto no instrumento convocatório" Na IN 5/2017: "Art. 39. As atividades de gestão e fiscalização da execução contratual são o conjunto de ações que tem por objetivo aferir o cumprimento dos resultados previstos pela Administração para os serviços contratados, verificar a regularidade das obrigações, bem como prestar apoio a instrução previdenciárias, fiscais e trabalhistas processual e o encaminhamento da documentação pertinente ao setor de contratos para a formalização dos procedimentos relativos a repactuação, alteração, reequilíbrio, prorrogação, pagamento, eventual aplicação de sanções, extinção dos contratos, dentre outras, com vista a assegurar o cumprimento das cláusulas avençadas e a solução de problemas relativos ao objeto." (destacamos).

Restou provado nos autos que o Poder Público não fiscalizou a execução do contrato de prestação de serviços que mantinha com a prestadora, nos termos exigidos pela Lei (arts. 58, III, e 67 da Lei 8.666/1993). Nem mesmo se dignou o Poder Público em usar os mecanismos normativos que estavam à sua disposição (IN 03/2009 e IN 5/2017) que permitem a glosa do crédito da prestadora de serviços até a regularização de eventual pendência por parte desta. Em razão da ausência de fiscalização por parte do Poder Público, a Reclamante foi submetida a tratamento indigno e constrangedor durante o contrato laboral decorrente da prática de desestimar a entrega de atestado médico, bem como não houve a concessão das pausas de intervalo previstas na NR-17, conforme a r. sentença, evidenciando que a omissão e a ausência de fiscalização por parte do Poder Público foi decisiva para a prática de inadimplência e atos abusivos por parte da empresa prestadora de serviços, em flagrante descumprimento da legislação federal.

Restou provado, portanto, que a Reclamante teve seus direitos violados - reconhecidos como tais - pela ausência de fiscalização por parte do Poder Público e pelo fato de a empresa prestadora dos serviços, ambos em flagrante descumprimento da legislação trabalhista federal, não ter cumprido, a tempo e modo, com suas obrigações trabalhistas decorrentes de lei, descumprimento esse que poderia ter sido estancado se o tomador dos serviços - no caso, o ente público ora declarado responsável subsidiário - tivesse fielmente fiscalizado a execução do contrato com a empresa prestadora de serviços, nos termos exigidos pelos arts. 58, III, e 67 da Lei 8.666/1993, c/c arts. 34 e seus parágrafos, 35, parágrafo único, e 36, §§ 6º e 7º, da Instrução Normativa 03/2009 e art. 39 e Anexo VIII-B, incisos 2 a 10, da Instrução Normativa 05/2017 - SLTI do MPOG, retrotranscritos.

Nestes autos, o acervo probatório demonstra a ausência de fiscalização dos direitos dos empregados. Caracterizada está, portanto, a culpa *in vigilando* do tomador de serviços que não adotou as medidas necessárias e suficientes, exigidas por lei, de modo a assegurar a integralidade dos direitos da Reclamante. Incidência do art. 186 do Código Civil, eis que configurada a negligência do tomador dos serviços, ente público, gerando dano ao trabalhador.

No contexto, a condenação subsidiária do ente público (tomador dos serviços) não decorre de transferência automática da responsabilidade da empresa prestadora, mas tem como fundamento a constatação da ausência de fiscalização, por parte do ente público, dos direitos trabalhistas dos empregados que lhe prestavam serviços.

Incontroverso que a Obreira laborou em favor do 2º Reclamado (INSS), por meio de empresa interposta, cabendo ao INSS, na condição de tomador de serviços, o dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviços (art. 37, caput, da CF, c/c Súmula 331, IV, V e VI, do TST, c/c IN 03/2009 e IN 05/2017 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão) e, apesar de ter afirmado desde a sua defesa que houve a devida fiscalização do contrato de terceirização, ainda assim restou comprovado nos autos que sua atuação fiscalizatória não foi suficiente para evitar a prática de atos abusivos relativos à restrição de uso de sanitário por parte da 1ª Reclamada, o que caracteriza a ausência de fiscalização do contrato, que é exigida pelos arts. 58, III, e 67 da Lei 8.666/1993, c/c art. 37, caput, da CF, IN 03/2009 e IN 05/2017 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, circunstância essa suficiente para albergar a responsabilização subsidiária, nos termos da Súmula 331, IV, V e VI, do TST, o que, por si só, afasta violação ao art. 373, I, do CPC/2015 e ao art. 818, I, da CLT.

Aponto, ainda, que não se está a reconhecer o vínculo empregatício entre a Reclamante e o 2º Reclamado (INSS), mas tão somente a sua responsabilidade pelos créditos da Obreira, no caso de inadimplência do empregador, assim despidiendas maiores discussões acerca da matéria.

No mais, esclareça-se que a responsabilidade subsidiária alcança todas as verbas decorrentes do contrato de trabalho, inclusive as de natureza indenizatória (Súmula 331, VI, do C. TST e Verbete 11/2008 deste Tribunal).

Por fim, consigno que no caso de redirecionamento da execução contra o devedor subsidiário, o Juízo de origem adotará procedimento próprio, observada a legislação pertinente, inclusive, o disposto no art. 100 da Constituição Federal.

Dessarte, entendo inexistir contrariedade à Súmula 331 do TST e aos demais dispositivos legais e constitucionais invocados.

Dou provimento ao recurso do Reclamante para reconhecer a responsabilidade subsidiária do 2º Reclamado (INSS)."

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade 16/DF, proclamou que a mera inadimplência do contratado em relação às verbas trabalhistas devidas aos seus empregados não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelo seu pagamento, embora subsista responsabilidade subsidiária quando houver omissão no dever de fiscalizar as obrigações do contratado.

Lastreado neste entendimento, o TST, mediante nova redação da Súmula 331, fixou a orientação de que subsiste a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pela inadimplência dos créditos trabalhistas da empresa por ela contratada, quando comprovada a sua culpa por ausência de fiscalização (*culpa in vigilando*). Nesse sentido, dispõe o item V do mencionado verbete:

Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. (grifos nossos)

Vale ressaltar, todavia, que, segundo a própria Corte Suprema, cabe à Administração Pública fiscalizar a execução do contrato. Não apenas a perfeição da obra ou do serviço prestado, mas também o cumprimento da legislação trabalhista pelo seu contratado e a manutenção das condições originais de habilitação na licitação, **entre as quais se encontra exatamente a regularidade fiscal e trabalhista** (Lei 8.666/93, art. 27, IV), bem como a inexistência de débitos para com a Previdência Social e o FGTS (art. 29, IV).

É o que asseverou o Ministro Celso de Mello, nos autos da Reclamação 12.440:

É importante assinalar, por oportuno, 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 n.º 8.666/93, art. 67). (DJE 4/12/2012)

Referido entendimento foi reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal em inúmeros julgados, como, por exemplo, na Rcl 60.473/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 11/10/2023; Rcl 25.221/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 6/11/2017; Rcl 18917/BA, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 6/11/2014.

O art. 71, § 1.º, da Lei 8.666/93, deve ser interpretado em harmonia com outros dispositivos dessa lei que imputam às entidades estatais o dever de fiscalização da execução dos seus contratos de terceirização (art. 58, III). Constatando o descumprimento de direitos trabalhistas pela empresa contratada, a Administração Pública tem a obrigação de aplicar sanções como advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação, declaração de inidoneidade para licitar ou contratar (art. 87, I, II, III e IV), e/ou rescindir unilateralmente o contrato (arts. 78 e 79).

Esse entendimento confere maior eficácia aos preceitos constitucionais que consagram a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1.º, III e IV), e que estabelecem como objetivo da República construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3.º, I) de modo a garantir os direitos fundamentais dos trabalhadores (art. 7.º) como forma de valorizar o trabalho humano e assegurar a todos existência digna (art. 170).

Mesmo com a declaração de constitucionalidade do art. 71, § 1.º, da Lei 8.666/93 (ADC 16/DF), a Corte Suprema relegou à Justiça do Trabalho a possibilidade de reconhecer a responsabilidade com base nos fatos de cada

causa. Não seria razoável, de fato, que esta Especializada estivesse tolhida de, no exercício regular de sua jurisdição, reconhecer, à base de outras normas, dependendo das causas, a responsabilidade do Poder Público.

No caso dos autos, o que se denota é que o reconhecimento da responsabilidade subsidiária decorreu da comprovada omissão do ente público na fiscalização dos haveres do empregado, que perduraram ao longo do contrato de trabalho. Eis os fundamentos do acórdão recorrido no aspecto:

“Restou provado nos autos que o Poder Público não fiscalizou a execução do contrato de prestação de serviços que mantinha com a prestadora, nos termos exigidos pela Lei (arts. 58, III, e 67 da Lei 8.666/1993). Nem mesmo se dignou o Poder Público em usar os mecanismos normativos que estavam à sua disposição (IN 03/2009 e IN 5/2017) que permitem a glosa do crédito da prestadora de serviços até a regularização de eventual pendência por parte desta. Em razão da ausência de fiscalização por parte do Poder Público, a Reclamante foi submetida a tratamento indigno e constrangedor durante o contrato laboral decorrente da prática de desestimular a entrega de atestado médico, bem como não houve a concessão das pausas de intervalo previstas na NR-17, conforme a r. sentença, evidenciando que a omissão e a ausência de fiscalização por parte do Poder Público foi decisiva para a prática de inadimplência e atos abusivos por parte da empresa prestadora de serviços, em flagrante descumprimento da legislação federal.

Restou provado, portanto, que a Reclamante teve seus direitos violados - reconhecidos como tais - pela ausência de fiscalização por parte do Poder Público e pelo fato de a empresa prestadora dos serviços, ambos em flagrante descumprimento da legislação trabalhista federal, não ter cumprido, a tempo e modo, com suas obrigações trabalhistas decorrentes de lei, descumprimento esse que poderia ter sido estancado se o tomador dos serviços - no caso, o ente público ora declarado responsável subsidiário - tivesse fielmente fiscalizado a execução do contrato com a empresa prestadora de serviços, nos termos exigidos pelos arts. 58, III, e 67 da Lei 8.666/1993, c/c arts. 34 e seus parágrafos, 35, parágrafo único, e 36, §§ 6º e 7º, da Instrução Normativa 03/2009 e art. 39 e Anexo VIII-B, incisos 2 a 10, da Instrução Normativa 05/2017 - SLTI do MPOG, retrotranscritos.

Nestes autos, o acervo probatório demonstra a ausência de fiscalização dos direitos dos empregados. Caracterizada está, portanto, a culpa in vigilando do tomador de serviços Assinado eletronicamente. A Certificação Digital pertence a: JOSE LEONE CORDEIRO LEITE:1009176 Num. 4c068dd - Pág. 21 que não adotou as medidas necessárias e suficientes, exigidas por lei, de modo a assegurar a integralidade dos direitos da Reclamante. **Incidência do art. 186 do Código Civil, eis que configurada a negligência do tomador dos serviços, ente público, gerando dano ao trabalhador.**

No contexto, a condenação subsidiária do ente público (tomador dos serviços) não decorre de transferência automática da responsabilidade da empresa prestadora, mas tem como fundamento a constatação da ausência de fiscalização, por parte do ente público, dos direitos trabalhistas dos empregados que lhe prestavam serviços.”

Consoante os fundamentos do acórdão recorrido, a hipótese não se refere à presunção de culpa, mas de sua verificação em concreto pela instância revisora, cuja conclusão não pode ser alterada sem a reanálise dos fatos e provas, o que é vedado a esta Corte, ao teor da Súmula 126 do TST.

Nesse passo, é forçoso concluir que a decisão do Tribunal Regional encontra-se em consonância com a Súmula 331, V, do TST e com a tese vinculante firmada pelo Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, no Tema 246.

Desse modo, o recurso de revista não reúne condições de processamento, ficando afastada a fundamentação jurídica suscitada, nos termos da Súmula 333 do TST, e do art. 896, § 7.º, da CLT.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo de instrumento.

II – AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE

1 – CONHECIMENTO

Preenchidos os requisitos legais de admissibilidade, **CONHEÇO** do agravo de instrumento.

2 – MÉRITO

2.1 – DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO CONDUTAS DO EMPREGADOR QUE ESTIMULAVAM A NÃO APRESENTAÇÃO DE ATESTADOS MÉDICOS

O recurso de revista do reclamante teve seu seguimento denegado em juízo primário de admissibilidade, aos fundamentos:

“ PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS
Tempestivo o recurso (publicação em 25/07/2022 - fls. 6246EA6; recurso apresentado em 02/08/2022 - fls. f971b0a).

Regular a representação processual (fls. 9f347d5).

Dispensado o preparo (fls. 4144596). PRESSUPOSTOS

INTRÍNSECOS

Responsabilidade Civil do Empregador / Indenização por Dano Moral.

Responsabilidade Civil do Empregador / Indenização por Dano Moral / Valor Arbitrado.

Alegaço(ões):

- violação do(s) incisos V e X do artigo 5º, da Constituição Federal.

- violação ao(s) artigos 186, 927 e 944 do Código Civil.

- divergência jurisprudencial: .

A Terceira Turma, considerando a gravidade da agressão, o porte da reclamada, o caráter pedagógico e repressivo da reparação, ratificou a sentença em que foi fixada indenização por dano moral no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), consignando na ementa os fundamentos seguintes:

"INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATESTADOS MÉDICOS. DISCRIMINAÇÃO. CONFIGURAÇÃO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. Para que nasça o direito à reparação civil, devem ser observados os seguintes requisitos: conduta culposa, dano patrimonial ou extrapatrimonial e nexo de causalidade entre a conduta e o dano. O impacto negativo das faltas justificadas extrapolou o poder diretivo da Reclamada, apto à configuração do direito à indenização pelos danos morais sofridos. A fixação do quantum deve-se pautar na razoabilidade, evitando-se valores ínfimos ou vultosos. Dada a gravidade da conduta e da perversidade potencial de seus efeitos sobre a incolumidade física do trabalhador, deve-se manter a indenização por danos morais fixada na origem no importe de R\$5.000,00, eis que não excessiva e compatível com a gravidade das circunstâncias."

Insurge-se a reclamante contra essa decisão, almejando a majoração do valor da indenização deferida. Contudo, verificar a presença dos requisitos da responsabilidade civil, assim como rever o valor arbitrado, nos termos em que proposto o arrazoado, reclama o revolvimento de fatos e provas, vedado pela Súmula nº 126/TST.

Prescindível, pois, o cotejo jurisprudencial.

Assim, nego seguimento ao recurso de revista.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, DENEGO seguimento ao recurso de revista."

Nas razões do agravo, o reclamante pugna pela majoração da indenização de danos morais. Defende que o montante de R\$5.000,00 mostra-se irrisório, quando cotejado com a gravidade do ato praticado pelo reclamado.

Invoca o art. 5º, V e X, da Constituição Federal.

Ao exame

Sobre o ato ilícito reconhecido pela Corte local, consta no acórdão recorrido que "restou evidenciada uma conduta constrangedora por parte da Reclamada aos funcionários, o que conduz à conclusão de que a Reclamante sofreu os abalos relatados decorrentes das condutas que estimulavam a não apresentação de atestados médicos".

A respeito do valor da indenização o Tribunal Regional consignou:

"A indenização por danos morais visa amenizar a dor sofrida pela vítima. Dessa feita, a fixação do *quantum* deve pautar-se na razoabilidade, evitando-se valores ínfimos ou vultosos.

Assim, **levando em conta os termos do art. 5º, X, da Constituição, e tendo em vista o caráter pedagógico que deve ter a medida, a capacidade econômica das partes e os demais critérios orientadores do arbitramento da indenização por danos morais e os precedentes julgados pela Eg. 3ª Turma, prevalece o entendimento no sentido de manter o montante fixado pela decisão recorrida no valor de R\$5.000,00, eis que não excessivo e compatível com as circunstâncias do caso".**

Pois bem.

Em relação ao valor da indenização, conforme a jurisprudência desta Corte Superior, a majoração ou redução do montante fixado nas instâncias ordinárias a título de danos morais só é possível quando a importância se mostrar nitidamente exorbitante ou irrisória.

No caso, o Tribunal Regional manteve a sentença que fixou o valor da indenização por dano moral em R\$5.000,00, decorrente da conduta da reclamada de constrangimento do empregado em razão da apresentação de atestado médico.

Com efeito, verifica-se o extrapolamento dos limites do poder diretivo da empregadora, na medida em que o "incentivo" adotado resulta, de forma transversa, na coação dos funcionários a não usufruírem o caro direito de se licenciarem quando adoecidos, colocando em risco a sua própria saúde.

Aqui, é preciso rememorar que a busca pela produtividade deve se conjugar com a visão *kantiana* da dignidade, que enxerga o ser humano como fim em si mesmo, e não como instrumento para a maximização dos lucros de seu empregador.

Esse é o ponto cardeal do nosso ordenamento jurídico, encabeçado pela previsão contida no art. 1º, III, da Constituição Federal, e da sistemática de proteção internacional dos direitos humanos, a teor do art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a nível global, e do art. 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos, a nível regional.

É da dignidade do ser humano que advém, inclusive, a preocupação com a tutela da saúde e segurança do trabalhador e o compromisso com a garantia de um meio ambiente de trabalho ecologicamente equilibrado e livre de riscos, nos termos do art. 16 da Convenção 155 da OIT e dos arts. 7º, XXII, 170, *caput* e III, 200, VIII, e 225 da Constituição Federal.

Nesse contexto, compreende-se que a prática adotada pela reclamada subverte a lógica da gestão sustentável, baseada na prevenção de danos, eis que "a parte reclamante foi constrangida a não apresentar atestados médicos e mediante a ameaça de perdas para si e para a sua equipe".

Trata-se, a rigor, de dano moral presumido (*in re ipsa*), cuja ocorrência independente até mesmo da frustração efetiva do benefício, na medida em que a norma empresarial traz em si a sombra da retaliação pelos próprios pares do empregado que porventura venha a adoecer.

Assim, seja sob a ótica da clássica responsabilidade civil (arts. 186 e 927 do Código Civil) ou da sua vertente ambiental - consagrada à luz do princípio do poluidor-pagador (art. 16, § 1º, da Lei 6.938/81 e Princípio 16 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992) -, cumpre ao ofensor o dever de reparar ou compensar integralmente o respectivo dano.

Assim, levando-se em consideração a gravidade da conduta da ré e a finalidade pedagógica da indenização, entendo que o valor estabelecido pela Corte Regional, no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), revela-se insuficiente.

Em casos similares, inclusive envolvendo a mesma reclamada, esta Turma arbitrou o valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), conforme se observa abaixo:

"[...] RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE . ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - VALOR DA INDENIZAÇÃO - APRESENTAÇÃO DE ATESTADOS MÉDICOS - RETALIAÇÕES - ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS PUNITIVOS. A jurisprudência do TST se consolidou no sentido de não ser possível, nesta instância extraordinária, a majoração ou minoração do montante atribuído à indenização por danos morais, quando o valor arbitrado não for ínfimo ou exagerado, de modo a se mostrar patente a discrepância, considerando a gravidade da culpa e do dano, tornando, por consequência, injusto para uma das partes do processo. Todavia, verifica-se, no caso concreto, que a fixação de danos morais decorrentes da conduta da primeira reclamada de atribuir efeitos punitivos à reclamante em virtude da apresentação de atestados médicos no montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) ofende os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Em razão de o valor fixado pelo Regional se mostrar ínfimo, imperiosa se faz a reforma do acórdão para fixar o valor da indenização por danos morais em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). Julgado da e. 2ª Turma do TST. Recurso de revista conhecido e provido" (RRAg-26670.2021.5.10.0802, 2ª Turma, Relatora Ministra Liana Chaib, DEJT 23/02/2024).

"AGRAVO. RECURSO DE REVISTA . RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI Nº 13.015/2014, PELO CPC/2015 E PELA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40/2016 DO TST . INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. APRESENTAÇÃO DE ATESTADOS MÉDICOS. PERDA DO DIREITO DE FOLGAS AOS SÁBADOS. DANO IN RE IPSA. No caso, condenou-se a reclamada ao pagamento de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) de indenização por danos morais à reclamante, tendo em vista a atitude da empregadora de punir a apresentação de atestados médicos com a supressão de folga aos sábados. Não merece provimento o agravo, uma vez que não desconstitui os fundamentos da decisão monocrática. Agravo desprovido" (Ag-RR-4106-33.2017.5.10.0801, 2ª Turma, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 21/08/2020).

Diante do exposto, por possível violação do art. 5º, X, da Constituição Federal, **DOU PROVIMENTO** ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista do reclamante.

III – RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE

1 – CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade, passa-se ao exame dos pressupostos intrínsecos do recurso de revista.

1.1 – DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO CONDUTAS DO EMPREGADOR QUE ESTIMULAVAM A NÃO APRESENTAÇÃO DE ATESTADOS MÉDICOS

Consoante os fundamentos lançados quando do exame do agravo de instrumento e aqui reiterados, **CONHEÇO** do recurso de revista por violação do art. 5º, X, da Constituição Federal.

2 – MÉRITO

2.1 – DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO CONDUTAS DO EMPREGADOR QUE ESTIMULAVAM A NÃO APRESENTAÇÃO DE ATESTADOS MÉDICOS

Conhecido por violação do art. 5º, X, da Constituição Federal, **DOU PROVIMENTO** ao recurso de revista para majorar o valor da indenização por danos morais para R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), com aplicação da Súmula 439 do TST. Custas acrescidas em R\$ 260,00 (duzentos e sessenta reais), sobre o novo valor da condenação.

ISTO POSTO

ACORDAM as Ministras da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, I) por unanimidade, conhecer e negar provimento ao agravo de instrumento do segundo reclamado; II) por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento do reclamante, por violação do art. 5º, X, da Constituição Federal, para determinar o processamento do recurso de revista, a reatuação dos autos e a intimação das partes e dos interessados para seu julgamento, nos termos dos arts. 935 do CPC de 2015 e 122 do RITST; III) por unanimidade, conhecer do recurso de revista

do reclamante, por violação do art. 5.º, X, da Constituição Federal, e, no mérito, dar-lhe provimento para majorar o valor da indenização por danos morais para R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), com aplicação da Súmula 439 do TST. Custas acrescidas em R\$ 200,00 (duzentos e reais), calculadas sobre o valor que ora se acresce à condenação.

Brasília, 12 de março de 2025.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

DELAÍDE MIRANDA ARANTES

Ministra Relatora

Firmado por assinatura digital em 21/03/2025 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.