



PROCESSO N° TST-RR-885-38.2012.5.04.0234

A C Ó R D ã O

(6ª Turma)

GMACC/rzm/jr/mrl

RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE EM GRAU MÁXIMO. A higienização de instalações sanitárias de uso público ou coletivo de grande circulação e a respectiva coleta de lixo, por não se equiparar à limpeza em residências e escritórios, enseja o pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo, incidindo o disposto no Anexo 14 da NR-15 da Portaria do MTE n° 3.214/78 quanto à coleta e industrialização de lixo urbano. Inteligência da Súmula 448, II do TST, com a qual está em consonância o acórdão regional. Recurso de revista não conhecido.

BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. Após a edição da Súmula Vinculante 4 do STF, até que sobrevenha nova lei dispondo sobre a base de cálculo do adicional de insalubridade, e não havendo previsão normativa nesse sentido, tal parcela deverá continuar sendo calculada sobre o salário-mínimo nacional. Recurso de revista conhecido e provido.

ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA EM ATIVIDADE INSALUBRE. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DAS AUTORIDADES COMPETENTES. ARTIGO 60 DA CLT. Após o cancelamento da Súmula 349 do TST, esta Corte passou a adotar o entendimento de que o acordo de compensação de jornada em atividade insalubre somente é válido se for precedido de autorização das autoridades competentes em higiene do trabalho, conforme determina o artigo 60 da CLT. Recurso de revista não conhecido.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Nos termos da Súmula 219 do TST, a concessão de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho está condicionada a dois



PROCESSO Nº TST-RR-885-38.2012.5.04.0234

requisitos: 1) a parte deve estar assistida por sindicato da categoria profissional; e 2) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica a qual não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. No caso concreto, ausente a assistência sindical. Recurso de revista conhecido e provido.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. SÚMULA 331 DO TST. CULPA IN VIGILANDO. ÔNUS DA PROVA. MÁ-APLICAÇÃO.

A 6ª Turma do TST decidiu seguir o teor de decisões monocráticas do STF que têm afirmado que é do reclamante o ônus da prova acerca da efetiva fiscalização na execução do contrato de terceirização de mão de obra por integrante da Administração Pública. Considerando que no caso em exame a ausência de fiscalização decorreu unicamente do entendimento de não satisfação do encargo probatório pela tomadora dos serviços, o que contrariaria o entendimento exarado pela Suprema Corte - ressalvado entendimento contrário do relator -, ficou ausente registro factual específico da culpa *in vigilando* em que teria incorrido o tomador de serviços. Nesse contexto, não há como manter a responsabilidade subsidiária do órgão público contratante. Recurso de revista conhecido e provido.

ACÚMULO DE FUNÇÕES. O artigo 2º, *caput*, da CLT não guarda pertinência direta com a questão debatida. Arestos inservíveis por não preencherem os requisitos da Súmula 337 do TST, ou inespecíficos, nos termos da Súmula 296 do TST. Recurso de revista não conhecido.



PROCESSO N° TST-RR-885-38.2012.5.04.0234

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° **TST-RR-885-38.2012.5.04.0234**, em que é Recorrente **MUNICÍPIO DE GRAVATAÍ** e são Recorridas **ÂNGELA CONCEIÇÃO PINTO e CLINSUL MÃO DE OBRA E REPRESENTAÇÃO LTDA.**

O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, por meio do acórdão de fls. 870-898 (numeração de fls. verificada na visualização geral do processo eletrônico - "todos os PDFs" - assim como todas as indicações subsequentes), deu provimento parcial ao recurso ordinário da reclamante, bem como ao recurso ordinário adesivo do Município.

O Município de Gravataí interpôs recurso de revista às fls. 904-974, com fulcro no artigo 896, alíneas a e c da CLT.

O recurso foi admitido às fls. 978/979.

Contrarrazões foram apresentadas às fls. 988-1.011.

Por meio do parecer de fls. 1.018-1.022, o Ministério Público do Trabalho opinou pelo conhecimento e provimento parcial do recurso.

É o relatório.

V O T O

O recurso é tempestivo, regular a representação processual, nos termos da Súmula 436 do TST, e inexigível o preparo (arts. 1º, IV, do Decreto-Lei 779/69 e 790-A da CLT).

Convém destacar que o presente apelo não se rege pela Lei 13.015/2014, tendo em vista haver sido interposto contra decisão publicada antes de 22/9/2014, data da vigência da referida norma.

1 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE EM GRAU MÁXIMO

Conhecimento

Está consignado no acórdão regional:



PROCESSO N° TST-RR-885-38.2012.5.04.0234

“1. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE EM GRAU MÁXIMO E BASE DE CÁLCULO.

A reclamante não se conforma com a sentença que indeferiu o pedido de pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo. Sustenta que se equivoca a douta julgadora ao entender que o laudo pericial estava condicionado à produção de prova, uma vez que o mesmo é conclusivo ao afirmar a existência de condições insalubres em grau máximo por contato com agentes biológicos, por ocasião da limpeza da banheiros. Assevera que o laudo não foi elaborado com informações prestadas de modo unilateral, pois estiveram presentes na ocasião os representantes do segundo reclamado que prestaram as informações necessárias para formação do laudo e acompanharam a vistoria no local. Ressalta, por fim, que diante da redação da Súmula Vinculante n° 4 do STF, que vedou a vinculação do salário mínimo à base de cálculo de qualquer adicional de natureza remuneratória, está cada vez mais pacificado o entendimento de que a base de cálculo do adicional de insalubridade é o salário do empregado.

Analiso.

De acordo com o laudo pericial (fls. 315/318), as atividades da reclamante, durante todo o contrato de trabalho, eram insalubres em grau máximo, pelo labor em contato com agentes biológicos, nos termos previstos no anexo 154 da NR 15. Registro que estiveram presentes à inspeção pericial a Diretora da Escola, o engenheiro de segurança do trabalho e o técnico de segurança do trabalho do segundo reclamado, que prestaram informações para a elaboração do estudo pericial. No entanto, os representantes do reclamado não impugnaram a descrição das atividades, dentre elas a limpeza de banheiros, que consta no laudo (fls. 317, verso/318), como exercidas pela reclamante.

Com efeito, a limpeza de sanitários e o recolhimento de lixo expõem o trabalhador ao contato com agentes biológicos, enquadrando-se a primeira como ‘trabalho ou operações, em contato permanente com esgotos’, uma vez que há a presença de materiais e compostos idênticos aos encontrados em galerias e tanques de esgotos. O lixo dos banheiros, por sua vez, contém resíduos de alimentos, fezes e materiais empregados por seres humanos, podendo, portanto, ser comparado à ‘coleta de lixo urbano’. Referidas atividades enquadram-se perfeitamente no Anexo n° 14 da norma



PROCESSO N° TST-RR-885-38.2012.5.04.0234

regulamentadora precitada, notadamente porque o trabalho era realizado em banheiros de escola, utilizados por número expressivo de pessoas (cerca de 600 alunos).

O simples fornecimento e utilização de luvas de borracha (era fornecido um par por mês, laudo, item 4, fl. 316) não é suficiente para elidir os efeitos danosos do contato com agentes biológicos, pois estes podem ser transmitidos, também, pela via aérea, não protegida. De outra parte, as luvas podem servir de meio de propagação dos agentes infecciosos, tornando-se, assim, veículo de transmissão dos fatores de contaminação. Assim, tendo em vista que a autora desenvolvia diariamente as atividades de limpeza de sanitários e de recolhimento de lixo em banheiros de uso coletivo público, inerentes à sua função, é evidente o contato permanente com agentes nocivos.

Registro, por oportuno, não ser o caso em tela, por óbvio, o mesmo contemplado na invocada Orientação Jurisprudencial nº 04 da SDI-I do TST, que trata da limpeza de escritórios e residências ou da simples coleta de lixo nessas dependências, desprezando a higienização de banheiros utilizados por um enorme número de pessoas.

Esta Turma Julgadora já firmou posição no sentido da existência de insalubridade em grau máximo na atividade de limpeza de banheiros de uso público. Nesse sentido, o acórdão lavrado nos autos do processo n. 0000357-42.2012.5.04.0771 pela Exma. Desembargadora Tânia Maciel de Souza (julgamento em 20/02/2013), cuja ementa possui o seguinte teor:

EMENTA: ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. O contato com agentes biológicos, quando da realização de tarefas de limpeza de sanitários utilizados por expressivo número de pessoas, enseja o pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo, à luz do que dispõe o Anexo 14 da NR-15 da Portaria 3.214/78. Provimento do recurso da reclamante.

Destaco, por fim, que a prova, no aspecto, é eminentemente pericial, segundo preconiza o artigo 195 da CLT. Portanto, acolho a conclusão do perito que, embora tenha sido impugnada pelos reclamados, não restou infirmada por prova em contrário. Merece, portanto, acolhida a conclusão pericial e reconhecer que a reclamante estava sujeita a condições insalubres em grau máximo.

(...).



PROCESSO N° TST-RR-885-38.2012.5.04.0234

Nesse passo, dou provimento parcial ao recurso, em reforma da sentença, para condenar os reclamados, sendo o Município de Gravataí de forma subsidiária, ao pagamento de diferenças de adicional de insalubridade do grau médio para o máximo com base de cálculo no salário básico da autora. Por se tratar de parcela de natureza salarial, deve ser computada no salário para o cálculo das horas extras, férias com 1/3, 13º salários e depósitos do FGTS. Não são devidas as repercussões em repouso semanais remunerados e feriados trabalhados, pois a autora recebia salário por mês e, portanto, esse valor remunerava o repouso semanal remunerado e feriados, nos termos do art. 7º, § 2º, da Lei n.º 605/1949. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é revertida aos reclamados, cujo valor arbitrado na sentença, de R\$ 800,00, está em consonância com a complexidade do trabalho realizado e dentro dos parâmetros habitualmente praticados por esta Justiça Especializada” (fls. 874-877, sublinhou-se).

O Município de Gravataí interpôs recurso de revista às fls. 904-974. Alega que *“a limpeza e higienização de sanitários, bem como o recolhimento do lixo deles provenientes, ainda que utilizado por ‘um enorme número de pessoas’, não pode dar ensejo à percepção do adicional de insalubridade em grau máximo”*. Sustenta que a higienização de banheiros não deve ser confundida com as atividades previstas no Anexo 14, da NR-15, da Portaria n.º 3.214/78, que classifica como insalubres em grau máximo as atividades que envolvem o contato com agentes biológicos em esgotos (galerias e tanques) e com o lixo urbano (coleta e industrialização). Indica contrariedade à OJ 4 da SBDI-1 do TST (cancelada em decorrência da sua conversão na Súmula n.º 448). Transcreve arestos.

Passo à análise.

O acórdão regional está em consonância com a Súmula 448, II, do TST, que preconiza:

“A higienização de instalações sanitárias de uso público ou coletivo de grande circulação, e a respectiva coleta de lixo, por não se equiparar à limpeza em residências e escritórios, enseja o pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo, incidindo o disposto no Anexo 14 da NR-15



PROCESSO N° TST-RR-885-38.2012.5.04.0234

da Portaria do MTE n° 3.214/78 quanto à coleta e industrialização de lixo urbano.”

Assim, incide o teor dos §§ 4° e 5° do artigo 896 da CLT, conforme redação vigente na data da publicação da decisão recorrida e da Súmula 333 do TST.

Não conheço.

2 - BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Conhecimento

Está consignado no acórdão regional:

“Com relação à base de cálculo do adicional de insalubridade, acompanho o entendimento da Turma Julgadora, que se funda na decisão da 1ª Turma do TST (Processo n° 494331-04.1998.5.03.0102, Rel. Min. Lélío Bentes Corrêa, julgado em 22.11.10) no sentido de ‘... *determinar que o adicional de insalubridade devido ao empregado seja calculado sobre o salário contratual*’ (salário-base acertado entre as partes quanto da contratação), em razão do trânsito em julgado da decisão do STF, proferida no RE/497371, a qual reiterou a vedação para a adoção do salário mínimo como base de cálculo da parcela.

Nesse passo, dou provimento parcial ao recurso, em reforma da sentença, para condenar os reclamados, sendo o Município de Gravataí de forma subsidiária, ao pagamento de diferenças de adicional de insalubridade do grau médio para o máximo com base de cálculo no salário básico da autora. Por se tratar de parcela de natureza salarial, deve ser computada no salário para o cálculo das horas extras, férias com 1/3, 13° salários e depósitos do FGTS. Não são devidas as repercussões em repouso semanais remunerados e feriados trabalhados, pois a autora recebia salário por mês e, portanto, esse valor remunerava o repouso semanal remunerado e feriados, nos termos do art. 7º, § 2º, da Lei n.º 605/1949. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é revertida aos reclamados, cujo valor arbitrado na sentença, de R\$ 800,00, está em consonância com a



PROCESSO N° TST-RR-885-38.2012.5.04.0234

complexidade do trabalho realizado e dentro dos parâmetros habitualmente praticados por esta Justiça Especializada” (fls. 876/877).

O Município de Gravataí interpôs recurso de revista às fls. 904-974. Entende que o adicional de insalubridade deve incidir sobre o salário-mínimo. Aponta violação do artigo 192 da CLT. Transcreve arestos.

Analiso.

Muito se tem discutido no âmbito da Justiça Trabalhista acerca da base de cálculo do adicional de insalubridade. O artigo 192 da CLT dispõe nos seguintes termos:

“O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.”

A questão, anteriormente pacificada no âmbito da jurisprudência desta Corte, por meio de sua Súmula 228, segundo a qual o referido adicional seria calculado sobre o salário-mínimo, voltou à zona *gris* da controvérsia após a edição da Súmula Vinculante 4 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe:

“Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.”

Diante dessa nova orientação de caráter geral, o Tribunal Superior do Trabalho deu nova redação à Súmula 228, a qual passou a ter o seguinte teor:

“A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade



PROCESSO N° TST-RR-885-38.2012.5.04.0234

será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.”

Não obstante, o próprio Supremo Tribunal Federal, por meio de decisão monocrática do seu Presidente (publicada no DJE 144, em 4/8/2008), proferida em liminar, no julgamento da Reclamação 6.266-0/DF, proposta pela Confederação Nacional da Indústria - CNI -, decidiu suspender os termos da referida súmula na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade. Para tanto, consignou:

“Com efeito, no julgamento que deu origem à mencionada Súmula Vinculante n° 4 (RE 565.714/SP, Rel. Min. Carmen Lúcia, Sessão de 30.4.2008 - Informativo n° 510/STF), esta Corte entendeu que o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou convenção coletiva.

Dessa forma, com base no que ficou decidido no RE 565.714/SP e fixado na Súmula Vinculante n° 4, este Tribunal entendeu que não é possível a substituição do salário mínimo, seja como base de cálculo, seja como indexador, antes da edição de lei ou celebração de convenção coletiva que regule o adicional de insalubridade.

Logo, à primeira vista, a nova redação estabelecida para a Súmula n° 228/TST revela aplicação indevida da Súmula Vinculante n° 4, porquanto permite a substituição do salário mínimo pelo salário básico no cálculo do adicional de insalubridade sem base normativa.

Ante o exposto, defiro a medida liminar para suspender a aplicação da Súmula n° 228/TST na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade.”

Como se pode observar, a própria liminar pontuou de forma inquestionável que, até o advento de nova lei dispendo sobre a base de cálculo do adicional de insalubridade, e não havendo previsão normativa nesse sentido, tal parcela deverá continuar sendo calculada sobre o salário-mínimo nacional.



PROCESSO N° TST-RR-885-38.2012.5.04.0234

A previsão normativa deve ser específica quanto à base de cálculo do adicional de insalubridade e não somente quanto à existência de salário da categoria, razão pela qual também foi cancelada a Súmula 17 do TST.

Assim, ao adotar o salário básico contratual da reclamante como base de cálculo do adicional de insalubridade, o Tribunal Regional violou o artigo 192 da CLT.

Conheço por violação do artigo 192 da CLT.

Mérito

Conhecido o recurso de revista por violação do art. 192 da CLT, seu provimento é consectário lógico.

Dou provimento ao recurso de revista para determinar que a base de cálculo do adicional de insalubridade seja o salário-mínimo.

3 - ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA EM ATIVIDADE INSALUBRE

Conhecimento

Está consignado no acórdão regional:

“4. NULIDADE DO REGIME COMPENSATÓRIO.

Afirma a reclamante que não pode prevalecer a sentença que indeferiu o pedido de nulidade do regime compensatório, uma vez que a habitualidade de jornada extraordinária invalida o regime adotado (Súmula 85, IV, do TST), bem como o labor em atividade insalubre impede a adoção do referido regime sem autorização prévia da autoridade competente do MTb, nos termos do artigo 60 da CLT. Assevera ser incontroverso, pois as recorridas reconhecem a atividade insalubre em grau médio, pago à recorrente durante a contratualidade, devendo, portanto, ser declarada a nulidade do regime compensatório adotado.

Analiso.



PROCESSO N° TST-RR-885-38.2012.5.04.0234

A reclamante percebia adicional de insalubridade e, relativamente à compensação de jornada em atividade insalubre, revendo posicionamento anteriormente adotado, passo a decidir no sentido de que não há como se considerar regular o regime compensatório, uma vez que a reclamante desempenhava seu trabalho em ambiente em que se faziam presentes agentes nocivos à sua saúde, devendo ser considerado nulo qualquer acordo tácito ou individual de compensação de horário neste aspecto. Deste modo, e acompanhando a evolução jurisprudencial acerca do tema, em vista do cancelamento das Súmulas 349 do TST e 7 deste TRT, tenho que é nulo o regime de compensação horária em atividade insalubre, pactuado em acordo ou em convenção coletiva de trabalho, quando inexistir comprovação da licença prévia de que trata o art. 60 da CLT. Isso porque tal requisito não prevalece diante do disposto no art. 7º, XIII, da CF. Assim decidi no processo 0000032-07.2012.5.04.0015 RO (julg: 18/04/13, partic: Des. Alexandre Corrêa da Cruz e Des. Raul Zoratto Sanvicente). Outro precedente da Turma: 0000859-11.2011.5.04.0352 RO (julg: 07/03/13, Rel. Des. Raul Zoratto Sanvicente, partic: Des. Tânia Maciel de Souza e Des. Alexandre Corrêa da Cruz).

Portanto, não sendo válido o regime compensatório são devidas as horas extras em relação às excedentes à oitava hora diária e 44 horas semanais, com adicional de 50%, com reflexos em repouso semanais remunerados e feriados, adicional de insalubridade, férias com 1/3, 13º salários e FGTS.

Recurso provido” (fls. 880/881).

O Município de Gravataí interpôs recurso de revista às fls. 904-974. Sustenta ser válido o acordo individual para compensação de horas em atividade insalubre, mesmo que inexistir comprovação da licença prévia de que trata o artigo 60 da CLT. Aponta violação do artigo 7º, XIII, da Constituição Federal. Transcreve aresto.

Passo à análise.

O entendimento desta Corte Superior é no sentido de que, com o cancelamento da Súmula 349 do TST, o acordo de compensação de jornada em atividade insalubre somente tem validade se tiver



PROCESSO N° TST-RR-885-38.2012.5.04.0234

autorização das autoridades competentes em higiene do trabalho, conforme determina o art. 60 da CLT. Citem-se os seguintes precedentes:

“RECURSO DE REVISTA. RECLAMANTE. COMPENSAÇÃO DE JORNADA. ATIVIDADE INSALUBRE. NORMA COLETIVA. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DO MINISTÉRIO DO TRABALHO. A Súmula nº 349 do TST, que admitia a validade de cláusula prevendo a compensação de horário em atividades insalubres, sem a autorização oficial, foi cancelada, conforme a Resolução nº 174/2011, do DEJT, divulgada nos dias 27, 30 e 31/5/2011. Prevalece agora nesta Corte o entendimento de que o art. 60 da CLT somente permite a prorrogação de jornada de trabalho em atividades insalubres mediante prévia autorização da autoridade competente em matéria de higiene, com a finalidade de preservar o trabalhador de exposições excessivas a agentes insalubres e como medida de medicina e segurança do trabalho. Trata-se, pois, de norma cogente de indisponibilidade absoluta, que não pode ser transacionada mediante negociação coletiva, sendo nula disposição normativa em contrário. Essa orientação atende plenamente ao texto constitucional, considerando-se o disposto no inciso XXII do art. 7º, que impõe a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Reforça esse entendimento o fato de que o Brasil ratificou a Convenção nº 155 da OIT, que determina a adoção de medidas relativas à segurança, à higiene e ao meio ambiente do trabalho. Recurso de revista a que se dá provimento.” (Processo: RR - 1025-66.2012.5.04.0333 Data de Julgamento: 17/12/2013, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2013.)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. COMPENSAÇÃO DE JORNADA. ATIVIDADE INSALUBRE. NORMA COLETIVA. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DO MINISTÉRIO DO TRABALHO. Ante o cancelamento da Súmula nº 349 do TST, prevalece agora nesta Corte o entendimento de que, pelo disposto no art. 60 da CLT, somente se admite a prorrogação de jornada de trabalho em atividades insalubres mediante prévia autorização da autoridade competente em matéria de higiene, com a finalidade de preservar o trabalhador de exposições



PROCESSO N° TST-RR-885-38.2012.5.04.0234

excessivas a agentes insalubres, e como medida de medicina e segurança do trabalho. Trata-se, pois, de norma cogente de indisponibilidade absoluta, que não pode ser transacionada mediante negociação coletiva, sendo nula disposição normativa em contrário. Essa orientação atende ao disposto no art. 7º, XXII, da CF, que impõe a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (Processo: AIRR - 113000-34.2008.5.04.0301 Data de Julgamento: 4/12/2013, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 6/12/2013.)

“RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO ANULATÓRIA. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. PRORROGAÇÃO DA JORNADA. ATIVIDADE INSALUBRE. NECESSIDADE DE LICENÇA PRÉVIA. A Constituição Federal autoriza a compensação de horários e a redução da jornada mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, conforme previsto no seu art. 7º, XIII. Todavia, tal dispositivo não teve o condão de promover a não recepção do art. 60 da CLT, relativo à exigência de que o acordo de prorrogação da jornada em atividade insalubre dependa de licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho. De fato, ao mesmo tempo em que assegura a compensação de horários e o reconhecimento dos acordos e convenções coletivas de trabalho (art. 7º, XXVI), a Constituição Federal prevê como direito social do trabalhador a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança, nos termos do art. 7º, XXII. Nesse quadro, pode-se concluir que o art. 60 da CLT funciona como norma de saúde, higiene e segurança do trabalho, de forma que não se revela suficiente a negociação coletiva que culmine na prorrogação da jornada em atividade insalubre, sendo imprescindível a autorização das autoridades competentes. Nada mais recomendável, pois não se pode perder de vista que a jornada em atividade insalubre, considerada como tal aquela que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponha os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos, deve observar critérios e padrões definidos por estudos técnicos. Por essas razões, o Tribunal Pleno do TST cancelou a Súmula 349 desta Corte. Logo, inválida a cláusula que autoriza a prorrogação da jornada em atividade



PROCESSO N° TST-RR-885-38.2012.5.04.0234

insalubre sem a inspeção prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho. Recurso Ordinário a que se nega provimento.” (Processo: RO - 1699-73.2012.5.04.0000 Data de Julgamento: 11/11/2013, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 22/11/2013.)

“B) RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. 1.ACORDO DE COMPENSAÇÃO. JORNADA DE TRABALHO. ATIVIDADE INSALUBRE. PREVISÃO. NORMA COLETIVA. AUTORIZAÇÃO PRÉVIA DO MTE. NECESSIDADE. Consoante o entendimento jurisprudencial desta Corte, após o cancelamento da Súmula nº 349, é válido o regime de compensação de jornada de trabalho, regularmente ajustado por meio de norma coletiva (artigo 7º, XIII, da Constituição Federal), para o labor prestado em condições insalubres, desde que existente prévia licença fornecida por autoridade competente em segurança e higiene do trabalho, nos termos exigidos pelo artigo 60 da CLT. Descumprida a exigência contida no referido preceito, por parte da reclamada, torna-se inválido o acordo de compensação de jornada previsto na norma coletiva, sendo devido o pagamento do adicional de horas extraordinárias sobre as horas irregularmente compensadas. Inteligência da Súmula nº 85, III, e de Precedentes desta Corte. Recurso de revista conhecido e provido.” (Processo: RR - 462-93.2011.5.04.0305 Data de Julgamento: 6/11/2013, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/11/2013.)

Nesse contexto, incólume o inciso XIII do artigo 7º da Constituição Federal.

O aresto de fl. 966 não trata de compensação de horas em atividade insalubre. Óbice da Súmula 296 do TST.

Não conheço.



PROCESSO N° TST-RR-885-38.2012.5.04.0234

4 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Conhecimento

Está consignado no acórdão regional:

“7. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Entendo que, à exceção das hipóteses do art. 5º da IN 27 e dos incisos II e III da Súmula 219, ambas do TST, a assistência judiciária e os honorários advocatícios, nas lides decorrentes da relação de emprego, são devidos somente quando preenchidos os requisitos do art. 14 da Lei 5.584/70, que continua em vigor, a saber, declaração de pobreza ou percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal e credencial sindical, pois o art. 133 da Constituição Federal de 1988 não revogou o ‘jus postulandi’ das partes nesta Justiça Especializada. A Lei 8.906/94 em nada modificou tal situação, pois igualmente não revogou a norma legal. Na hipótese dos autos, como a parte autora não está representada por procurador credenciado pelo sindicato de sua categoria profissional, embora tenha declarado pobreza (fl. 05, verso), restaram desatendidos os requisitos impostos pela Lei 5.584/70, que rege a matéria em sede trabalhista, sendo indevidos os honorários assistenciais a seu procurador, tal como decidido. Incidência das Súmulas 219 e 329, ambas da SDI -1 do TST.

Todavia, esse entendimento não prevalece na Turma julgadora, na sua atual composição, a qual entende que a credencial não é requisito para a concessão dos honorários. Com efeito, apesar do disposto nas Súmulas 219 e 329 do TST, o inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal prevê a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita e, via de consequência, o deferimento dos respectivos honorários, sem a exigência da credencial fornecida pelo sindicato da categoria profissional a que pertence o trabalhador.

A verba honorária é devida à razão de quinze por cento do valor bruto da condenação, como autorizado no § 1º do art. 11 da Lei 1.060/50 [‘Os honorários do advogado serão arbitrados pelo juiz até o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o líquido apurado na execução da sentença’]. Ainda, deve tal percentual, considerado o texto legal acima, incidir sobre o total



PROCESSO N° TST-RR-885-38.2012.5.04.0234

devido ao recorrido (valor bruto), pois a referência ao 'líquido apurado na execução da sentença' ali constante se refere ao valor liquidado (ou seja, ao valor final, após a sentença ter sido tornada líquida) e não ao 'quantum' depois do desconto dos encargos legais (fisco e previdência social), muito menos ao valor provisoriamente arbitrado à condenação. A matéria, aliás, restou sumulada por esta Corte: 'Súmula nº 37 - HONORÁRIOS DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. BASE DE CÁLCULO. Os honorários de assistência judiciária são calculados sobre o valor bruto da condenação'.

Recurso provido, no item, vencida esta Relatora, para conceder à parte autora os honorários advocatícios de 15% sobre o valor bruto da condenação" (fls. 882/883).

O Município de Gravataí interpôs recurso de revista às fls. 904-974. Alega que a reclamante não tem direito aos honorários advocatícios, pois não está assistida por sindicato. Indica contrariedade à Súmula 219 do TST. Transcreve arestos.

Analiso.

Nos termos da Súmula 219 do TST, a concessão de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho está condicionada a dois requisitos: 1) a parte deve estar assistida por sindicato da categoria profissional; e 2) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário-mínimo ou encontrar-se em situação econômica a qual não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

In casu, a reclamante não está assistida por sindicato e, portanto, é inviável a condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

Conheço do recurso de revista por contrariedade à Súmula 219 do TST.

Mérito

Conhecido o recurso de revista por contrariedade à Súmula 219 do TST, seu provimento é consectário lógico.



PROCESSO N° TST-RR-885-38.2012.5.04.0234

Portanto, **dou provimento** ao recurso de revista para excluir da condenação o pagamento de honorários advocatícios.

5 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Conhecimento

Está consignado no acórdão regional:

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.

SÚMULA 331, IV, DO TST - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Investe o recorrente contra a decisão que lhe atribuiu responsabilidade subsidiária pelas parcelas outorgadas. Sustenta, em síntese, ofensa ao disposto no art. 1º e seus parágrafos c/c o art. 71 e seu § 1º da Lei 8.666/93 e à Súmula 331, V, do TST. Diz que a sentença vulnera, dentre outros, os arts. 2º, 5º, II, 22, I, 37, 48 da CF. Reporta-se à decisão proferida pelo STF no julgamento da ADC nº 16, ponderando inexistir qualquer culpa, não podendo a condenação se dar por simples presunção, mormente em se considerando que a fiscalização ocorria como comprovam os documentos juntados aos autos.

Examino.

Restou incontroverso que o recorrente celebrou com a primeira reclamada contrato de prestação de serviços de limpeza e conservação (fls. 175 e ss.), tendo sido o tomador do trabalho realizado pela obreira. Ante o que restou provado, deve ser mantida a condenação subsidiária do recorrente, face o entendimento consagrado nesta Justiça Especializada quanto à responsabilização subsidiária do tomador de serviços, ainda que integrante da administração pública, pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas sob responsabilidade direta da empresa prestadora, no que pertine à execução do contrato de prestação de serviços. É importante ser ressaltado que a garantia subsidiária dos direitos trabalhistas pelo tomador do serviço impõe-se não apenas em virtude da responsabilidade mínima por ato de terceiro, como também pela vedação jurídica ao abuso de direito,



PROCESSO N° TST-RR-885-38.2012.5.04.0234

harmonizando os dois princípios com a prevalência hierárquica dos direitos laborais na ordem jurídica do país.

Por outro lado, embora o art. 71 da Lei n° 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da administração pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, em vista da recente alteração da Súmula n° 331 do TST, com a introdução do item V, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado obedeceu às regras e aos procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como quando o próprio órgão da administração que o contratou se pautou nos estritos limites e padrões da lei.

No caso, não havendo prova da efetiva fiscalização por parte da empresa tomadora dos serviços quanto ao cumprimento das normas trabalhistas em todo o curso do contrato de trabalho, houve culpa 'in vigilando' a justificar a condenação subsidiária. No tocante, cabe ressaltar a correta conclusão do julgador, que adoto:

No caso dos autos, a responsabilidade da segunda reclamada também é inequívoca, uma vez que confirmam ter havido prestação de serviços da primeira em benefício da segunda. Além disso, a tese de defesa desta - de que a autora não lhe prestou serviços - também não se sustenta, diante do depoimento de sua preposta que confirma claramente que a escola Nova Conquista, onde a reclamante laborava, pertence à segunda reclamada, ou seja, ao Município de Gravataí. Ademais, foram juntados documentos pela segunda ré (guias de recolhimentos previdenciários e de FGTS) que indicam a autora como um dos empregados da primeira reclamada que lhe prestavam serviço.

Assim, há a responsabilidade da segunda reclamada, que se configura subsidiária em consonância com os fundamentos da Súmula n° 331 do C. TST. Tal não se esteira na inconstitucionalidade da Lei n° 8.666/93, mas sim no princípio da responsabilidade civil, aplicável à segunda reclamada, tomadora dos serviços da autora e beneficiária direta destes.

Transcreve-se algumas decisões do E. TRT da 4ª Região nesse sentido:

Acórdão - Processo n° 0000847-20.2011.5.04.0021 (RO)

Redator: ANGELA ROSI ALMEIDA CHAPPER

Data: 30/08/2012 **Origem:** 21ª Vara do Trabalho de Porto

Alegre. EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO DA SEGUNDA



PROCESSO N° TST-RR-885-38.2012.5.04.0234

RECLAMADA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TOMADOR DE SERVIÇOS. ENTE PÚBLICO. ART. 71, § 1º, DA LEI 8.666/93. Evidenciada a inadimplência do empregador, o tomador de serviços, inclusive quando ente público, possui responsabilidade subsidiária pelo cumprimento das obrigações trabalhistas, nos termos das Súmulas 331, V, do TST e 11 deste Tribunal. Hipótese em que não se nega validade ao disposto no art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, condicionada sua aplicação à observância dos demais requisitos exigidos na lei. Recurso desprovido.

Acórdão - Processo nº 0000520-86.2011.5.04.0373 (AIRR)

Redator: LUCIA EHRENBRINK

Data: 18/10/2012 Origem: 3ª Vara do Trabalho de Sapiiranga. EMENTA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DE ENTE PÚBLICO. SÚMULA 331 DO TST. POSSIBILIDADE. Mesmo com o reconhecimento da constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei. 8.666/93, é possível atribuir responsabilidade subsidiária a ente público, pois a Súmula 331 do TST deve ser interpretada em harmonia com outros dispositivos legais, inclusive com os princípios constitucionais que tratam da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho.

Ademais não se sustenta a alegação da segunda reclamada de que, em caso de condenação, poderia ser responsabilizada apenas pelo valor relativo ao FGTS. No presente caso, não se está reconhecendo a existência de contrato de trabalho entre a autora e a segunda ré, mas apenas sua responsabilidade subsidiária pelos créditos advindos desta reclamatória trabalhista, sendo inaplicável a Súmula 363 do C. TST.

Incide, pois, no caso em concreto, o entendimento jurisprudencial consubstanciado na Súmula nº 331 do C. TST, com a seguinte redação: ‘IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial’, ‘V - Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não



PROCESSO N° TST-RR-885-38.2012.5.04.0234

decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada' e 'VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral'.

Sinalo, por oportuno, em que pese não ter sido questionado, que o simples fato de a contratação da empresa prestadora de serviços ter sido precedida de regular procedimento licitatório, não afasta a responsabilidade subsidiária do ente público pelos encargos trabalhistas decorrentes dos contratos de trabalho que os empregados que lhe prestaram serviços mantiveram com o tomador. Convém, a propósito, referir o teor da Súmula n° 11 do E. TRT da 4ª Região: 'RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEI 8666/93. A norma do art. 71, par. 01, da L 8666/93 não afasta a responsabilidade subsidiária das entidades da administração pública, direta e indireta, tomadoras dos serviços'.

Por tais fundamentos, deve ser mantida a responsabilidade subsidiária do segundo reclamado pelos encargos decorrentes da presente ação.

Assim, não se trata de negar vigência ao art. 71 citado e, muito menos, de deixar de observar a Súmula Vinculante n° 10 do Supremo Tribunal Federal. Este, aliás, é o entendimento pacificado neste Tribunal pela edição da Súmula n° 11.

Quanto à invocada declaração, pelo STF, da constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n° 8.666/93, por ocasião do julgamento da ADC n° 16, comungo do entendimento lançado no acórdão do Processo n° 0058000-62.2009.5.04.0641 (AP), voto da lavra do Des. João Alfredo Borges Antunes de Miranda (julgado em 08/09/2011, do qual participaram o Des. Cláudio Antônio Cassou Barbosa e o Juiz Convocado Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa), que adoto como razões de decidir:

[...] o fato de o STF ter declarado a constitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei n° 8.666/1993 na ADC n° 16, julgada em 24-11-2010, não afasta a possibilidade de a Justiça do Trabalho, analisando o caso concreto, reconhecer a responsabilidade subsidiária da administração pública com base em outros dispositivos legais. Tal entendimento, inclusive, foi endossado pelo Presidente do STF, conforme notícia extraída do site do próprio Supremo Tribunal Federal, que ora se transcreve: Segundo o presidente do STF, isso 'não impedirá o



PROCESSO N° TST-RR-885-38.2012.5.04.0234

TST de reconhecer a responsabilidade, com base nos fatos de cada causa'. 'O STF não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público', observou o presidente do Supremo. Ainda conforme o ministro, o que o TST tem reconhecido é que a omissão culposa da administração em relação à fiscalização - se a empresa contratada é ou não idônea, se paga ou não encargos sociais - gera responsabilidade da União. Assim, a presente decisão, só pelas razões até agora expostas, não viola a jurisprudência do STF, a Súmula Vinculante n° 10 do referido Tribunal e o artigo 71, parágrafo 1º, da Lei n° 8.666/1993, porquanto reconhecida a omissão culposa da administração em relação à fiscalização da execução do contrato (culpa in vigilando). Ademais, é bom ressaltar que, em nenhum momento, o acórdão afirmou ser inconstitucional o artigo 71, parágrafo 1º, da Lei n° 8.666/1993. Quanto à incidência do artigo 884 da CLT, tem-se por não aplicável ao caso concreto. Primeiro, porque nenhuma lei ou ato normativo foi declarado inconstitucional pelo STF. Segundo, porque a interpretação dada ao artigo 71, parágrafo 1º, da Lei n° 8.666/1993 pelo TST (Súmula n° 331, item IV) não foi tida por incompatível com a CF, tanto que referido expressamente pelo STF que a declaração de constitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º da Lei n° 8.666/1993 não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade, com base nos fatos de cada causa. Assim, a decisão dada pelo STF na ADC n° 16, a bem da verdade, ratificou a possibilidade da Justiça do Trabalho, no caso concreto, reconhecer a responsabilidade subsidiária do Estado com base, por exemplo, na omissão culposa da administração em relação à fiscalização do contrato de prestação de serviço (culpa in vigilando), exatamente como se fez (fl. 49, penúltimo parágrafo). Não se verifica, portanto, nenhuma afronta à jurisprudência do STF, à Súmula Vinculante n° 10 do referido Tribunal, ao artigo 71, parágrafo 1º, da Lei n° 8.666/1993, ao artigo 884 da CLT e ao artigo 741, inciso II, do CPC, ratificando-se a decisão de origem quanto à prevalência da coisa julgada.

Nesse sentido, os fundamentos expendidos pelo Exmo. Desembargador Raul Zoratto Sanvicente nos processos n° 0109000-46.2008.5.04.0024 RO e n° 0084700-84.2009.5.04.0541 RO (julgados em 14/12/10), que merecem ser incorporados à presente decisão, por pertinentes à matéria ora apreciada:

Embora tenha a ora recorrente contratado a segunda ré mediante processo licitatório, não há qualquer impedimento



PROCESSO N° TST-RR-885-38.2012.5.04.0234

para o reconhecimento da sua responsabilização subsidiária, que não é afastada pela legislação vigente, tampouco pela Lei nº 8.666/93. É esse o entendimento consubstanciado na Súmula nº 11 deste Tribunal, cujo entendimento se adota: 'RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEI 8666/93. A norma do art. 71, par. 01, da L 8666/93 não afasta a responsabilidade subsidiária das entidades da administração pública, direta e indireta, tomadoras dos serviços'. Frisa-se, nesse ponto, que - assim como foi decidido recentemente pelo Pleno do E. STF nos autos da Ação Direta de Constitucionalidade 16-DF - entende-se constitucional o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, ao qual não se está negando vigência, tampouco afastando sua incidência por outro motivo que não seja a sua total inaplicabilidade à questão fática em exame. Isto porque, ao contrário do alegado, o mencionado dispositivo não impede que se reconheça a responsabilidade subsidiária dos órgãos licitantes quanto aos créditos trabalhistas devidos aos trabalhadores prestadores de serviços, senão vejamos. De acordo com o art. 71, §1º, da Lei 8666/93, 'a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento' (grifamos). No entanto, a responsabilidade atribuída à entidade tomadora dos serviços (licitante) é meramente subsidiária, e, assim, fica evidente que a sua responsabilização não viola o mencionado dispositivo legal, uma vez que aquela entidade terá benefício de ordem e só deverá responder com seus bens, pelo débito trabalhista, na hipótese de a empresa contratada não poder efetuar o pagamento - isto é, quando esta não possuir bens suficientes ou caso já tenham se esgotado as possibilidades de serem localizados bens passíveis de satisfazerem o débito. Isto significa afirmar que a responsabilidade subsidiária implica uma transferência, à Administração Pública, da responsabilidade pelo pagamento de débitos trabalhistas contraídos por uma prestadora de serviços que está em situação de uma espécie de insolvência (ainda que não declarada) - e não apenas de inadimplência - porquanto só haverá a transferência de responsabilidade se a prestadora não possuir bens para pagamento do débito. Portanto, não se verifica óbice, na Lei de Licitações, ao reconhecimento da responsabilidade meramente subsidiária da entidade licitante. Frisa-se, portanto, que o art. 71, § 1º, da Lei 8666/93 veda apenas a responsabilização direta e solidária dos órgãos da Administração Pública, mas não se aplica quando se trata de responsabilização meramente subsidiária, já que esta pressupõe uma espécie de insolvência da



PROCESSO Nº TST-RR-885-38.2012.5.04.0234

prestadora de serviços, e não a mera inadimplência. Não bastasse isso, ficou evidente nos autos que a tomadora dos serviços falhou em seu dever de fiscalização, na medida em que esta não foi suficiente para elidir a sonegação de direitos básicos ao trabalhador desprotegido. Desse modo, verifica-se a existência de culpa (negligência) por parte do ente contratante, e, portanto, nos termos dos arts. 186 e 927 do Código Civil, ele deve responder pelos prejuízos causados ao trabalhador.

Diante disso, restando inadimplidas as obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviço, tenho por imperioso o reconhecimento da responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços. Em atenção ao item V acrescido à Súmula nº 331 do TST, reitero que é ônus do ente público demonstrar que foi diligente na fiscalização da prestação dos serviços e que tomou todas as medidas cabíveis previstas no contrato firmado com a empresa prestadora, o que não se verifica no caso dos autos, conforme acima explicitado. Por conseguinte, o recorrente deve responder subsidiariamente pela sua conduta culposa no cumprimento das obrigações advindas da Lei nº 8.666/93, com base na nova redação da Súmula nº 331, incisos IV e V, do TST.

Confirmo, pois, o julgado, mantendo a responsabilidade subsidiária do Município reclamado” (fls. 884-893).

O Município de Gravataí interpôs recurso de revista às fls. 904-974. Alega que o ônus de provar a culpa *in vigilando* do tomador dos serviços era da reclamante. Sustenta que a responsabilidade do tomador dos serviços não decorre do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. Afirma ter-lhe sido atribuída, por via transversa, responsabilidade objetiva na modalidade risco integral, o que não se pode admitir. Aponta violação dos artigos 37, § 6º da Constituição Federal e 71, § 1º da Lei 8.666/93. Indica contrariedade à Súmula 331, V, do TST. Transcreve arestos.

Analiso.

Ao reconhecer a constitucionalidade do artigo 71 da Lei 8.666/1993 (ADC 16, julgada pelo STF em 24/11/2010), a Suprema Corte não afastou inteiramente a responsabilidade dos entes estatais tomadores de serviços pela fiscalização do correto cumprimento da legislação trabalhista e previdenciária na vigência do contrato administrativo.

Firmado por assinatura digital em 17/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-RR-885-38.2012.5.04.0234

A despeito de o § 1º do artigo 71 da Lei 8.666/1993 afastar a responsabilidade objetiva da administração pública pelo simples inadimplemento das empresas contratantes, subsiste, no entanto e em consonância com o STF, a possibilidade de o Estado ser responsabilizado quando, no caso concreto, verifica-se a culpa *in vigilando* do tomador de serviços a partir de conduta específica da entidade pública. Não se teria adotado, portanto, e por via transversa, a teoria de irresponsabilidade total do Estado.

Na verdade, a subsistência, no caso, da responsabilidade civil da entidade pública ajusta-se ao Estado Democrático de Direito e não foi afastada pelo STF, quando evidenciada a culpa *in vigilando* no caso concreto, pois, entre os fundamentos erigidos pelo constituinte originário, destaca-se a prevalência dos valores sociais do trabalho, de onde deflui o princípio protetivo do trabalhador nas suas relações de trabalho e o paradigma geral da relação contratual pautada na sua função social e, por consequência, na equidade e boa-fé objetiva.

Oportuno reiterar o registro do Tribunal Regional acerca da culpa *in vigilando*, no sentido de que:

“No caso, não havendo prova da efetiva fiscalização por parte da empresa tomadora dos serviços quanto ao cumprimento das normas trabalhistas em todo o curso do contrato de trabalho, houve culpa ‘*in vigilando*’ a justificar a condenação subsidiária.

(...) restando inadimplidas as obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviço, tenho por imperioso o reconhecimento da responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços. Em atenção ao item V acrescido à Súmula nº 331 do TST, reitero que é ônus do ente público demonstrar que foi diligente na fiscalização da prestação dos serviços e que tomou todas as medidas cabíveis previstas no contrato firmado com a empresa prestadora, o que não se verifica no caso dos autos, conforme acima explicitado. Por conseguinte, o recorrente deve responder subsidiariamente pela sua conduta culposa no cumprimento das obrigações advindas da Lei nº 8.666/93, com base na nova redação da Súmula nº 331, incisos IV e V, do TST”.



PROCESSO N° TST-RR-885-38.2012.5.04.0234

Tenho convicção pessoal no sentido de que o encargo probatório não pode ser imputado ao empregado, recaindo sobre a entidade pública que terceiriza seus serviços, por expressa dicção da lei, prevista nos artigos 58, III, e 67, *caput*, § 1º, 77, 78 e 87 da Lei nº 8.666/93, 333, II, do CPC, 818 da CLT. Afinal, se a lei impõe o dever fiscalizatório ao ente público tomador dos serviços, é dele o dever de documentação desse encargo, nos termos do princípio da aptidão para a prova.

Todavia, a 6ª Turma do TST passou a seguir o teor de recorrentes decisões monocráticas do STF, que têm decidido que o ônus da prova recai sobre o empregado, circunstância que, na ótica deste relator, implica exigir do empregado o que a doutrina denomina "prova diabólica", porquanto o trabalhador deverá provar um fato inexistente (a ausência de fiscalização pela remota e indecifrável administração pública) ou talvez por meio de documentos comprobatórios que, se existentes, sempre estiveram de posse da tomadora de serviços. Ao princípio da aptidão para a prova preferiu-se, bem se nota, a presunção de legitimidade dos atos administrativos.

Citem-se como exemplos: Rcl 17578- AL, Rel. Min. DIAS TOFFOLI: Publicação DJe-148, 31/07/2014; Rcl 19255-RJ, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Publicação DJe-052, 18/03/2015; Rcl 19147-SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Julgamento: 25/02/2015, Publicação: DJe-043, 06/03/2015; Rcl 17.917-RS, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI: Publicação DJe-051, 17/03/2015; Rcl 19492-SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI: Publicação DJe-41, 03/03/2015.

Assim, por disciplina judiciária, ressalvo meu posicionamento, adotando a posição de que o ônus da prova é do empregado.

Partindo-se dessa premissa e considerando que a assertiva regional acerca da inexistência de fiscalização da execução do contrato decorreu unicamente da premissa de não satisfação do encargo probatório pelo tomador dos serviços, a decisão regional que manteve a responsabilidade subsidiária de ente integrante da Administração Pública incorreu em violação, por má aplicação, do art. 71, *caput* e § 1º da Lei 8.666/93.



PROCESSO N° TST-RR-885-38.2012.5.04.0234

Conheço por má aplicação do artigo 71, § 1º da Lei 8.666/93.

Mérito

Conhecido o recurso de revista por má aplicação do art. 71, § 1º da Lei 8.666/93, seu provimento é consectário lógico.

Dou provimento ao recurso de revista para excluir da condenação a responsabilização subsidiária imposta ao Município de Gravataí.

6 - ACÚMULO DE FUNÇÕES

Conhecimento

Está consignado no acórdão regional:

“DESEMBARGADOR ALEXANDRE CORRÊA DA CRUZ:

Peço vênia à Exma. Desembargadora Relatora para apresentar divergência.

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE.

DIFERENÇAS SALARIAIS POR ACÚMULO DE FUNÇÕES.

Incontroverso haver sido a autora contratada pela primeira ré (Clinsul) para laborar como ‘Cozinheira’, tendo ela exercido suas funções junto à Escola Municipal Nova Conquista, localizada no Município de Gravataí (segundo reclamado) - defesa da primeira demandada, fl. 22.

O contrato de trabalho anexado à fl. 37 confirma haver sido admitida a reclamante para desempenhar as tarefas de ‘Cozinheira’, sendo esta a função descrita na Ficha de Registro de Empregado da fl. 36, em que consta, inclusive, o respectivo número de registro no CBO (5132-05).

A autora mencionou na inicial que, muito embora contratada como ‘Cozinheira’, foi obrigada, ao longo do contrato, a realizar outras atividades, dentre as quais a limpeza de banheiros, de salas de aula, do pátio da escola, dos vidros, além do monitoramento dos alunos no recreio (fl. 03).

Como consta do voto condutor, o laudo pericial elaborado pelo perito Lourival Vianna da Silva Filho, identifica, dentre as atividades da reclamante



PROCESSO N° TST-RR-885-38.2012.5.04.0234

no curso do contrato, as que envolviam a limpeza das salas de aula e das áreas administrativas (incluindo as tarefas de lavar pisos, vidros, paredes e corredores), a limpeza das áreas de circulação e pátio, a limpeza dos banheiros da escola, tendo, ainda, de: *'Preparar janta, servir cubas, limpar louças, limpar utensílios e instalações da cozinha'* - fls. 315-verso/316.

Por ocasião da inspeção pericial, encontravam-se presentes os representantes de ambos os reclamados, os quais anuíram com a descrição das tarefas realizadas pela autora, sendo de destacar os termos do voto condutor, quando consigna tratar-se, o local de trabalho, de uma escola que mantém expressivo número de alunos (cerca de 600).

Segundo é possível concluir, a par da contratação como 'Cozinheira', a reclamante, durante toda a vigência do contrato, realizou atividades próprias de 'Auxiliar de serviços gerais' ou 'Faxineiro', tendo o perito, inclusive, apontado no laudo ter a demandante ocupado 'o cargo de **serviços gerais** na escola' (fl. 315-verso; grifo no original).

De sinalar, todavia, que, segundo consta do Código Brasileiro de Ocupações - CBO, as atividades de 'Cozinheiro' e de 'Faxineiro' possuem descrição sumária específica, a saber:

5132-05 - Cozinheiro

Descrição Sumária:

Organizam e supervisionam serviços de cozinha em hotéis, restaurantes, hospitais, residências e outros locais de refeições, planejando cardápios e elaborando o pré-preparo, o preparo e a finalização de alimentos, observando métodos de cocção e padrões de qualidade dos alimentos.

5143-20 - Faxineiro

Descrição Sumária

Executam serviços de manutenção elétrica, mecânica, hidráulica, carpintaria e alvenaria, substituindo, trocando, limpando, reparando e instalando peças, componentes e equipamentos. Conservam vidros e fachadas, limpam recintos e acessórios e tratam de piscinas. Trabalham seguindo normas de segurança, higiene, qualidade e proteção ao meio ambiente.

Tenho, assim, por evidente que as atividades de limpeza (incluindo salas de aula, banheiros, pátio, corredores e áreas de circulação da escola municipal), mesmo não exigindo maior capacidade ou responsabilidade, não se inserem no conteúdo ocupacional das atividades de cozinheira, as quais



PROCESSO N° TST-RR-885-38.2012.5.04.0234

compreendiam o preparo de alimentos e sua distribuição em cubas, além da limpeza dos utensílios da cozinha.

Não é dado concluir que, em sendo admitida como 'Cozinheira', estivesse a reclamante obrigada, por força do ajuste celebrado com a empregadora, a desempenhar todas as demais tarefas que lhe foram acometidas no curso do contrato, e que foram reveladas pela prova existente nos autos, sem qualquer acréscimo salarial correspondente. Isto porque se trata de tarefas absolutamente incompatíveis entre si, o que afasta, de qualquer modo, a possibilidade de enquadramento da situação em exame naquela a que se refere o parágrafo único do artigo 456 da CLT.

Não há, registro, como cancelar a prática noticiada no presente feito, mediante a qual os demandados se utilizam da mão de obra da trabalhadora para a realização de atividades - que, em verdade, deveriam ser desempenhadas por outros profissionais -, sem a devida contraprestação. Conquanto reconheça, em face do teor do depoimento prestado pela autora em juízo (fl. 349), a existência de empregada contratada para laborar na escola como serviços gerais, o fato é que esta não conseguia suportar, sozinha, a demanda de trabalho, considerando a quantidade de alunos da instituição e o número de salas de aula (15 no total). Tanto é assim, que foram discriminadas pelo perito técnico inúmeras atribuições da autora, além daquelas relacionadas ao preparo de alimentos para o consumo dos alunos.

Assim, entendo configurado o acúmulo de funções desempenhadas pela reclamante, sendo devido o acréscimo salarial pleiteado em relação a todo o período de vigência do contrato (23/02/2011 a 14/9/2012, conforme informado pelas partes na audiência - ata das fls. 349/350), o qual arbitro em 30% do salário básico da autora, com reflexos em repousos semanais e feriados, horas extras, adicional de insalubridade (cujo cálculo deve se dar sobre o salário básico da demandante, nos termos do voto condutor), remuneração das férias acrescidas de 1/3, décimos terceiros salários e depósitos de FGTS. Ante os limites do pedido (considerando que o afastamento ocorreu no curso do processo), não há reflexos no salário do período do aviso prévio, tampouco a almejada repercussão na indenização compensatória de 40% do FGTS (apelo, fl. 368-verso).

Recurso ordinário da reclamante parcialmente provido no aspecto.



PROCESSO N° TST-RR-885-38.2012.5.04.0234

**DESEMBARGADOR MARCELO JOSÉ FERLIN D
AMBROSO:**

Acompanho a divergência do eminente Desembargador Alexandre Corrêa da Cruz, em consonância de seus fundamentos, *concessa maxima vênia* da nobre Relatora” (fls. 894-898).

O Município de Gravataí interpôs recurso de revista às fls. 904-974. Alega que *“funções mais amplas do que aquelas previstas contratualmente, quando exercidas dentro da mesma jornada, e para o mesmo empregador (situação incontroversa nos presentes autos), não geram qualquer acréscimo salarial”* (fl. 958). Sustenta não haver amparo legal para a condenação ao pagamento de um acréscimo salarial a título de contraprestação por acúmulo de funções. Aponta violação do artigo 2º, *caput*, da CLT. Transcreve arestos.

Passo à análise.

O artigo 2º, *caput*, da CLT não guarda pertinência direta com a questão debatida.

Os arestos de fls. 958-962, oriundos do TRT da 2ª Região, não preenchem os requisitos da Súmula 337, IV, do TST. Embora o recorrente transcreva os trechos divergentes e mencione tê-los extraído do sítio do TRT (www.trt2.jus.br), não indica as datas das respectivas publicações no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho.

Ressalte-se decisão recente da SBDI-1 do TST, por maioria, vencido este relator, no sentido de que *“a mera referência à data de publicação, sem a expressa e específica indicação do DEJT, não satisfaz tal diretriz sumular”*. Eis a ementa do julgado:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI N° 11.496/2007. ABONO SALARIAL. ACORDO COLETIVO. NATUREZA JURÍDICA. RECURSO DE REVISTA NÃO CONHECIDO. RECURSO DE EMBARGOS. NEGATIVA DE PROCESSAMENTO. ARESTO INSERVÍVEL À DIVERGÊNCIA. SÚMULA N° 337, ITEM I, ‘A’, E ITEM IV, ‘C’, DO TST. Trata-se de recurso de embargos regido pela Lei n° 11.496/2007, que conferiu nova redação ao art. 894 da CLT, limitando o cabimento dos embargos à



PROCESSO Nº TST-RR-885-38.2012.5.04.0234

comprovação de divergência jurisprudencial. Todavia, na hipótese concreta considera-se inservível o único aresto trazido para o cotejo de teses, uma vez que a Empresa Brasileira de Comunicação (EBC) deixou de observar tanto o item I, 'a', da Súmula nº 337 do TST, por não haver citado a fonte oficial ou o repositório autorizado em que publicado o paradigma, quanto o item IV, 'c', da mesma súmula, pois, mesmo admitindo-se ter extraído o aresto de repositório oficial na internet, a EBC efetivamente não declinou a data da respectiva publicação no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, contrariamente à exigência constante da nova dicção do referido verbete. Acresça-se que a mera referência à data de publicação, sem a expressa e específica indicação do DEJT, não satisfaz tal diretriz sumular, bem assim que a indicação da data do DEJT somente no presente agravo regimental é processualmente imprópria - e, assim, insuscetível de análise - e apenas finda por evidenciar o acerto da decisão denegatória do processamento do recurso de embargos, a qual, portanto, impende confirmar. Agravo regimental conhecido e não provido." (AgR-E-RR-1219-38.2010.5.10.0020, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 11/9/2014, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 15/5/2015).

O aresto de fls. 962-964, oriundo da SBDI-1 do TST, por sua vez, não trata do acúmulo de funções distintas, situação dos presentes autos, mas do exercício de uma mesma função (gerente geral) em duas agências bancárias distintas, concomitantemente. Aresto inespecífico, nos termos da Súmula 296 do TST.

Não conheço.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: a) conhecer do recurso de revista quanto ao tema "base de cálculo do adicional de insalubridade", por violação do artigo 192 da CLT e, no mérito, dar-lhe provimento para determinar que a base de cálculo do adicional de insalubridade seja o salário-mínimo; b) conhecer do recurso de revista quanto ao tema



PROCESSO N° TST-RR-885-38.2012.5.04.0234

"honorários advocatícios", por contrariedade à Súmula 219 do TST e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação o pagamento de honorários advocatícios; c) conhecer do recurso de revista quanto ao tema "responsabilidade subsidiária", por má aplicação do artigo 71, § 1º da Lei 8.666/93 e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação a responsabilização subsidiária imposta ao Município de Gravataí; d) não conhecer do recurso de revista quanto aos demais temas. Mantido o valor arbitrado à condenação.

Brasília, 17 de Junho de 2015.

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

AUGUSTO CÉSAR LEITE DE CARVALHO
Ministro Relator