



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO
VARA DO TRABALHO DE ARACRUZ
ACC 0000514-76.2023.5.17.0121

AUTOR: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES
RÉU: TTM SERVICOS COMBINADOS DE ESCRITORIO E APOIO
ADMINISTRATIVOS LTDA E OUTROS (2)

SENTENÇA

Vistos etc.

1 – RELATÓRIO

SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – SINDILIMPE/ES, atuando na condição de substituto processual, ajuizou ação de cumprimento em face de **TTM SERVIÇOS COMBINADOS DE ESCRITÓRIO E APOIO ADMINISTRATIVOS LTDA.** e **ESTADO DO ESPÍRITO SANTO** postulando, pelos fundamentos de fato e de direito que indicou na petição inicial, o pagamento de adicional de insalubridade em grau médio em favor dos trabalhadores substituídos processualmente. Atribuiu à causa o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Conciliação inicial recusada.

TTM SERVIÇOS COMBINADOS DE ESCRITÓRIO E APOIO ADMINISTRATIVOS LTDA. ofereceu resposta sob a forma de contestação, aduzindo, preliminarmente, ilegitimidade ativa e inépcia da petição inicial. No mérito, refutou a pretensão formulada pelo sindicato e propugnou, ao final, pela improcedência do pedido formulado na petição inicial.

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO ofereceu resposta sob a forma de contestação, alegando, preliminarmente, ilegitimidade passiva “*ad causam*”. No mérito, refutou a responsabilidade subsidiária e as demais pretensões formuladas pelo sindicato reclamante, propugnando, ao final, por sua absolvição.

Alçada fixada pelo valor da inicial.

Produziram-se apenas provas documentais.

Em razões finais as partes se reportaram aos elementos contidos nos autos, restando infrutífera a última tentativa de conciliação.

O Ministério Público do Trabalho emitiu parecer na condição de “*custus legis*”, propugnando pela rejeição das preliminares arguidas pelos reclamados e, no mérito, propugnando pela procedência dos pedidos.

É o relatório.

2 – FUNDAMENTAÇÃO

2.1 – DA ILEGITIMIDADE ATIVA

A Constituição da República (art. 8º, III) atribui legitimação extraordinária ao sindicato para atuar, em nome próprio, na defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria que representa. Interpretando o referido dispositivo constitucional, por ocasião do julgamento do Mandado de Injunção nº 347-5, o Supremo Tribunal Federal (STF) acenou para a tese que consagra a substituição processual sempre que o litígio versar sobre interesse ou direito coletivo ou direito subjetivo individual homogêneo dos trabalhadores que integram a categoria representada pelo sindicato.

Segundo o magistério de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO (*Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, organizado por Juarez de Oliveira. São Paulo: Ed. Saraiva, 1991, pág.278-9), direitos individuais homogêneos:

“não são coletivos em sua essência, nem no modo como são exercidos, mas, apenas, apresentam certa uniformidade, pela circunstância de que seus titulares se encontram em certas situações ou enquadrados em certos segmentos sociais, que lhes confere coesão ou aglutinação suficiente para destacá-los da massa de indivíduos isoladamente considerados”.

Portanto, direitos individuais homogêneos são aqueles de origem comum a um determinado grupo ou classe de indivíduos (Lei nº 8.078/90, art. 81, III) e, como tais (assim como os direitos coletivos), são suscetíveis de serem defendidos pelo sindicato, mediante o instituto da substituição processual prevista no artigo 8º, III, da Constituição Federal. Já os direitos individuais não homogêneos, por falta de autorização legal, não podem ser objeto de legitimação extraordinária (CPC, art. 6º).

No caso sob análise, observo que os direitos vindicados pelo sindicato profissional em favor dos trabalhadores substituídos (empregados da primeira reclamada) apresentam uniformidade decorrente do fato dos seus titulares se encontrarem numa mesma situação fática que lhes confere coesão suficiente para destacá-los da massa de indivíduos isoladamente considerados, caracterizando tais direitos como individuais homogêneos, o que autoriza o sindicato a postulá-los judicialmente em favor dos empregados que representa. Portanto, é inegável a legitimidade “ad processum” do Sindicato dos Trabalhadores das Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas, de Material Elétrico e Eletrônico no Estado do Espírito Santo - SINDIMETAL/ES, relativamente aos pedidos vindicados nesta ação coletiva em favor dos trabalhadores que laboram para reclamada e integram a categoria profissional que representa. Nesse sentido, transcrevo o seguinte aresto:

“LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO SINDICATO PROFISSIONAL PARA ATUAR COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL DA CATEGORIA PROFISSIONAL. DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGENEOS. PEDIDO DE PAGAMENTO DE HORAS EXTRAS, HORAS IN ITINERE E REMUNERAÇÃO POR DESEMPENHO INDIVIDUAL. Nos termos do nosso ordenamento jurídico e na esteira da jurisprudência iterativa desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, a substituição processual pelo sindicato tem lugar em razão de defesa de direitos ou interesses individuais homogêneos da categoria profissional representada, de forma ampla (art. 8º, inciso III, da CF /88). Dessa forma, o que legitima a substituição processual pelo sindicato é a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos, assim entendidos aqueles que decorrem de uma origem comum relativamente a um grupo determinado de empregados. Esse requisito foi devida e integralmente cumprido na hipótese em julgamento, visto que a origem dos pedidos ora deduzidos em juízo é a mesma para todos os empregados da empresa reclamada que se enquadram na situação descrita nos autos. Ressalta-se que a homogeneidade que caracteriza o direito não está nas consequências individuais no patrimônio de cada trabalhador advindas do reconhecimento desse direito, mas sim no ato praticado pelo empregador de descumprimento de normas regulamentares e de leis e no prejuízo ocasionado à categoria dos empregados como um todo, independentemente de quem venha a ser beneficiado em virtude do reconhecimento da ilicitude da conduta do empregador. Tratando-se de ação que envolve os empregados da Companhia Vale do Rio Doce, fica caracterizada a origem comum do direito, de modo que legitime

a atuação do sindicato, não a descaracterizando o fato de ser necessária a individualização para apuração do valor devido a cada empregado, uma vez que a homogeneidade diz respeito ao direito, e não à sua quantificação, até porque os direitos individuais homogêneos não são direitos individuais idênticos, necessitando-se apenas que decorram de um fato lesivo comum. A liquidação do direito eventualmente declarado nesta ação para cada trabalhador substituído dependerá do exame das particularidades afetas a cada um deles, de forma a verificar, em relação a cada um deles, se e em que medida se encontra abrangido pela decisão judicial a ser proferida; contudo, a necessidade de quantificação dos valores devidos, reforça-se, não desnatura a homogeneidade dos direitos e, portanto, não afasta a legitimidade ativa do substituto processual. Recurso de revista conhecido e provido. Sobrestado o exame do agravo de instrumento interposto pela reclamada". (TST - RR: 120900-56.2007.5.03.0099, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data: 19-02-2014, 2ª Turma).

Por derradeiro, anoto que o § 2º do artigo 195 da CLT outorga ao sindicato legitimidade para, em nome próprio, postular judicialmente adicional de insalubridade em favor dos trabalhadores que integra a categoria profissional que representa.

Destarte, rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa.

2.2 – DA ILEGITIMIDADE PASSIVA "AD CAUSAM"

Segundo leciona LIEBMAN (*Manuale de Diritto Processuale Civile* . Milano: Giuffrè, v. I, p. 75), na terminologia jurídica, parte significa “os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz”, ou seja, os titulares das faculdades, poderes, deveres, ônus, sujeições etc., ativas e passivas, que integram a relação processual. E, conquanto o CPC disponha que “toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo” (capacidade “*ad processum*”), também dispõe, por outro lado, que “para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade” (legitimidade “*ad causam*”). Portanto, somente a pessoa que seja titular do interesse que se contém na pretensão — tanto aquele que pede em juízo como aquele que procura impedir o sucesso do pedido — adquire a qualidade para agir dentro do processo.

Evidencia-se, portanto, que a condição da ação consubstanciada na legitimidade "*ad causam*" centra-se na pertinência subjetiva para figurar na relação jurídica processual, independentemente de qualquer relação de direito material entre os litigantes, ou seja, são legitimados os titulares dos interesses que se contrapõem quanto à "*res in iudicio deducta*" ou, por outras palavras, aquele que pede em juízo (legitimação ativa), bem como, aquele que procura impedir o sucesso do pedido (legitimação passiva).

No caso dos autos, o reclamante postula a condenação subsidiária do Estado do Espírito Santo sob o argumento de que ele era tomador dos serviços prestados para a primeira reclamada, sua empregadora. Portanto, resta patente a pertinência subjetiva daquele que propõe a ação em confronto com a outra parte, verificando-se, assim, a legitimidade "*ad causam*".

Portanto, rejeito a preliminar.

2.3 – DA INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL - ROL DE SUBSTITUÍDOS

Trata-se de ação de natureza coletiva ajuizada por sindicato profissional postulando direitos individuais homogêneos em favor dos empregados ativos e inativos da TTM Serviços Combinados de Escritório e Apoio Administrativos (primeira reclamada) que integram a categoria profissional representada pelo SINDILIMPE/ES, de modo que a presente sentença, em caso de condenação, terá caráter genérico, conforme dispõe o artigo 95, da Lei nº 8.078/90 (CDC).

Assim, somente em momento posterior à declaração de direito contido genericamente na sentença da ação coletiva (que possui caráter abstrato idêntico à da lei) e mediante procedimento de natureza cognitiva é que o pretense beneficiário deverá demonstrar a subsunção do caso concreto ao direito declarado na sentença genérica. Naquele momento futuro, por inderrogável observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, a parte que sofre a condenação genérica na ação coletiva poderá opor-se à tutela de concretização pretendida pelo suposto beneficiário, mediante todos os meios e recursos legais, inclusive opondo as objeções processuais, prejudicial de mérito e, ainda, demonstrando eventuais fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito declarado na ação prolatada na ação coletiva.

Por essa razão, não há que se exigir, nesta ação coletiva, a juntada de rol de substituídos ou comprovação de filiação do trabalhador substituído ao sindicato reclamante (substituto), bem assim, não cabe discutir aqui a ocorrência de objeções processuais e prejudiciais de mérito (prescrição) relacionadas a cada um dos substituídos, matérias que, se for o caso, deverão ser veiculadas pela parte interessada

nos autos da ação individual/plúrima de liquidação/execução eventualmente interposta pelo substituído processual que venha a se beneficiar da decisão proferida nesta ação coletiva, na qual buscará obter a tutela de concretização da sentença genérica.

Por derradeiro, friso que não serão beneficiados por esta ação coletiva os empregados da reclamada que integram categorias profissionais diversas daquelas representadas pelo SINDILIMPE/ES.

2.4 – DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

O Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Asseio, Conservação, Limpeza Pública e Serviços similares no Estado do Espírito Santo - SINDILIMPE/ES, postula o pagamento de adicional de insalubridade em grau médio, aos empregados e ex-empregados da empresa TTM Serviços Combinados de Escritório e Apoio Administrativos que exercem ou exerceram a função de Auxiliar de Serviços Gerais nas dependências da Escola Centro Estadual de Educação Técnica "Talmo Luiz Silva", conforme previsto nas convenções coletivas de trabalho firmada entre o sindicato autor e o Sindicato das Empresa de Asseio e Conservação no Estado do Espírito Santo nos anos de 2019, 2020, 2021, 2022 e 2023.

A TTM Serviços Combinados de Escritório e Apoio Administrativos (primeira reclamada), por sua vez, aduziu que o adicional de insalubridade em grau médio previsto nas normas coletivas não pode ser invocado em favor dos substituídos, pois não houve previsão nos editais emitidos pelo Estado do Espírito Santo visando a contratação dos serviços de limpeza predial a previsão de pagamento de adicional de insalubridade, por entender inconstitucionalidade nas cláusulas previstas em convenção coletiva de trabalho versando sobre saúde, higiene e segurança do trabalho.

Pois bem.

Primeiramente destaco que não houve controvérsia quanto ao fato das Convenções Coletivas de Trabalho firmadas entres o Sindicato das Empresa de Asseio e Conservação no Estado do Espírito Santo e o Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Asseio, Conservação, Limpeza Pública e Serviços similares no Estado do Espírito Santo -SINDILIMPE/ES serem aplicáveis aos contratos de trabalho dos empregados e ex-empregados da empresa TTM Serviços Combinados de Escritório e Apoio Administrativos.

Nesse passo, considerando que o pedido de pagamento de adicional de insalubridade em grau médio em favor dos substituídos processuais funda-se em cláusula normativa que estabeleceu tal direito aos trabalhadores que executam

atividade de limpeza predial, não se fez necessária a produção da prova técnica a fim de comprovar a existência ou não da alegada insalubridade e sua classificação.

Noutro vértice, verifico que as convenções coletivas de trabalho da categoria profissional dos trabalhadores substituídos processualmente estabelecem que os empregados que trabalham na função de Auxiliar de Serviços Gerais de limpeza predial têm direito ao adicional de insalubridade em grau médio, incidente sobre o piso salarial admissional da categoria (CCT 2019 cláusula 10ª; CCT 2020 cláusula 10ª, CCT 2021 cláusula 10ª, CCT 2022 cláusula 10ª e CCT 2023 cláusula 10ª), conforme a seguir transcrito:

*“CLÁUSULA DÉCIMA - PAGAMENTO DA
INSALUBRIDADE*

Fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção Coletiva de Trabalho pagarão adicional de insalubridade, em grau máximo, ou seja, no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre a base de cálculo de R\$ 1.060,00 (Um Mil e Sessenta Reais), proporcional à jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais banheirista que realizam a limpeza de banheiros públicos de uso coletivo ou de grande circulação igual ou superior a 40 (quarenta) pessoas. O pagamento do adicional aqui previsto será pago enquanto perdurar a eficácia da súmula 448 do TST.

*Parágrafo 1º- A todos os trabalhadores que exercem as funções de **Auxiliar de Serviços Gerais de limpeza predial** e Merendeira, fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção pagarão adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre a base de cálculo de R\$ 1.060,00 (Um Mil e Sessenta Reais), proporcional a jornada laborada, exceto os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial já enquadrados no caput desta cláusula.*

*Parágrafo 2º- Entende-se por limpeza predial, a **limpeza realizada em escolas**, comércios, shopping Center, aeroportos, portos, rodoviárias, bancos e imóveis em geral, públicos e privados, tanto na área geral como na área industrial.”*

É percuciente destacar que não vinga a tese de que as entidades sindicais não podem celebrar convenção coletiva de trabalho versando sobre saúde, higiene e segurança do trabalho. A propósito, anoto que o artigo 611-A, inciso XII, da

CLT estabelece que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre enquadramento do grau de insalubridade. Portanto, conforme pontuou o Ministério Público do Trabalho, não há nenhuma ilegalidade nas convenções coletivas de trabalho firmadas entre o Sindicato das Empresas de Asseio e Conservação no Estado do Espírito Santo e o Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Asseio, Conservação, Limpeza Pública e Serviços Similares no Estado do Espírito Santo, versando sobre o pagamento de adicional de insalubridade.

Embora seja verdadeiro que a Administração Pública não se vincula às disposições contidas em convenções coletivas de trabalho que versem sobre o pagamento de direitos não previstos em lei, não é a hipótese destes autos, pois inegavelmente o adicional de insalubridade contém expressa previsão na ordem constitucional (CF, art. 7º, inciso XXIII) e legal (CLT, art. 192). Assim, ciente do direito estabelecido legalmente em norma coletiva, cabe à Administração Pública levar em conta essa parcela obrigatória na composição do preço do serviço licitado e não obter vantagem na consecução de menor preço do serviço à custa de sonegação de direito legítimo dos trabalhadores que lhe prestam serviços indiretamente, mediante processo de terceirização.

Destarte, **condeno** a reclamada TTM Serviços Combinados de Escritório e Apoio Administrativos Ltda. a pagar adicional de insalubridade em grau médio (20%) a seus empregados e ex-empregados que exercem ou exerceram a função de Auxiliar de Serviços Gerais que executam/executaram serviços de limpeza predial nas dependências da Escola Centro Estadual de Educação Técnica "Talmo Luiz Silva", calculado sobre a base de cálculo indicada nas convenções coletivas de trabalho firmada entre o Sindicato das Empresa de Asseio e Conservação no Estado do Espírito Santo e o Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Asseio, Conservação, Limpeza Pública e Serviços Similares no Estado do Espírito Santo vigentes nos anos de 2019, 2020, 2021, 2022 e 2023, sendo devidos, ainda, os correspondentes reflexos sobre repouso semanal remunerado, gratificação natalina, férias acrescidas do terço constitucional, contribuições para o FGTS e, conforme o caso, sobre a multa rescisória (= multa de 40% sobre FGTS) e aviso prévio indenizado.

2.5 – DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Consta dos autos que o Estado do Espírito Santo celebrou contrato de prestação de serviços com a empresa TTM Serviços Combinados de Escritório e Apoio Administrativos Ltda., tendo como objeto a prestação de serviços de conservação e limpeza em escolas do ente reclamado, em que se considera a atividade humana, configurando, assim, o fenômeno da terceirização.

Por outro lado, conquanto o ente público tomador de serviços inegavelmente tenha se beneficiado da força de trabalho dos empregados da TTM Serviços Combinados de Escritório e Apoio Administrativos durante o período em que ela prestou serviços na Escola Centro Estadual de Educação Técnica "Talmo Luiz Silva", o ente público (tomador de mão de obra) não velou pelo fiel cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada, posto que deliberadamente deixou de levar em consideração o adicional de insalubridade para composição do preço do serviço público contratado e, além disso, não exigiu e tampouco fiscalizou o pagamento do adicional de insalubridade, previsto em sucessivas normas coletivas, aos empregados da empresa contratada. Portanto, resta configurada a culpa "*in vigilando*" do ente público, atraindo sua responsabilidade subsidiária (CC, arts. 186 e 927).

Anoto que não prospera a tese de que o artigo 71, § 1º, da Lei 8666/93 veiculou no sistema uma autêntica excludente geral de responsabilidade (não só trabalhista, mas também fiscal e comercial) em benefício do Poder Público contratante. Com efeito, por ocasião do julgamento da ADC n.º 16-DF o Supremo Tribunal Federal concluiu pela constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei das Licitações, de modo a excluir a responsabilidade principal e contratual da Administração Pública pelas obrigações trabalhistas da empresa contratada, todavia, deixou ressalvado que a Administração Pública não está isenta de responder, subsidiariamente, por tais obrigações trabalhistas, nos casos em que for constatada a presença de sua culpa ("*in eligendo*" e/ou "*in vigilando*"). Por outras palavras, a Lei das Licitações (§ 1º do artigo 71) expressamente veda a automática responsabilização do ente público contratante nos casos de mero inadimplemento de débitos trabalhistas devidos pela empresa vencedora da licitação, todavia, não impede a corresponsabilização, subsidiária, do ente público pelo adimplemento de tais obrigações quando tenha sido constatada sua culpa, seja na contratação de empresa inidônea financeiramente seja na ausência de fiscalização da empresa contratada quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas. Nesse sentido o Ministro Cezar Peluso, relator da ADC n.º 16-DF, asseverou:

"Eu só quero dizer o que eu estou entendendo (...) a postura da Justiça do Trabalho. Ela tem dito o seguinte: realmente, a mera inadimplência do contrato não transfere a responsabilidade nos termos do que está na lei, nesse dispositivo. Então esse dispositivo é constitucional. Mas isso não significa que eventual omissão da Administração Pública na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado não gere responsabilidade à Administração. É outra matéria, são outros fatos, examinados à luz de outras normas constitucionais. Então, em outras palavras (...), nós não temos discordância sobre a substância da ação, eu reconheço a

constitucionalidade da norma. Só estou advertindo ao tribunal que isso não impedirá que a Justiça do Trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando os fatos da causa, reconheça a responsabilidade da Administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos..." (grifei).

Portanto, a corresponsabilidade do ente público contratante, observado o benefício de ordem, somente pode ser-lhe imposta na hipótese em que agir com culpa ("*in vigilando*"), conforme inteligência do artigo 55, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93 c/c os artigos 186 e 927, do Código Civil. É que, se por um lado o contratado tem obrigação de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, o que significa estar quite com as obrigações trabalhistas, fiscais e previdenciárias e a preservação da condição de idoneidade financeira e técnica, por outro lado, o ente público contratante tem o dever de fiscalizar e exigir a manutenção de tais condições.

Nesse sentido o entendimento consubstanciado na Súmula 21 do egrégio TRT da 17ª Região, "*in verbis*":

"RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. A declaração, pelo STF, de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 não obsta que seja reconhecida a responsabilidade de ente público, quando esse último não comprovar a efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações legais e contratuais do prestador de serviços como empregador."

Destarte, com fulcro nos artigos 186 e 927, do Código Civil e consoante o disposto no inciso IV da Súmula 331 do col. TST, **condeno** o ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (segundo reclamado) a responder com o seu patrimônio, subsidiariamente, pelos créditos trabalhistas deferidos, nesta ação coletiva, aos empregados e ex-empregados da empresa TTM Serviços Combinados de Escritório e Apoio Administrativos que exercem ou exerceram a função de Auxiliar de Serviços Gerais nas dependências da Escola Centro Estadual de Educação Técnica "Talmo Luiz Silva" durante os períodos de vigência das convenções coletivas de trabalho 2019, 2020, 2021, 2022 e 2023, celebradas entre o Sindicato das Empresa de Asseio e Conservação no Estado do Espírito Santo e o Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Asseio, Conservação, Limpeza Pública e Serviços Similares no Estado do Espírito Santo.

2.6 - DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA

A CLT dispõe que é facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, desde que comprovem insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.

No caso dos autos, sindicato reclamante não comprovou insuficiência de recursos financeiros para o pagamento das custas do processo. Sendo assim e exercendo a faculdade prevista no § 3º do artigo 790, da CLT, indefiro o requerimento visando à concessão do benefício da justiça gratuita.

Anoto, contudo, que o sindicato é beneficiário da isenção de custas processuais, conforme previsto no artigo 18 da Lei da Ação Civil Pública.

2.7 - DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS

O artigo 791-A, da CLT estabeleceu que serão devidos honorários de sucumbência ao advogado, ainda que atue em causa própria, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa. Estabelece, ainda, que na hipótese de procedência parcial dos pedidos formulados pela parte autora, o juízo arbitrar os honorários de sucumbência recíproca.

Destarte, levando em conta a sucumbência da parte demandada e que se cuida de ação coletiva, cuja sentença condenatória possui caráter genérico, e, ainda, mediante aplicação supletiva do disposto no § 8º do artigo 85, do CPC, **condeno** a reclamada TTM Serviços Combinados de Escritório e Apoio Administrativos e, subsidiariamente, o Estado do Espírito Santo, a pagar honorários advocatícios de sucumbência ao(s) advogado(s) do sindicato reclamante, no valor que ora arbitro no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais).

2.8 – DA COMPENSAÇÃO – DA DEDUÇÃO

A compensação é instituto que se verifica quando duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, hipótese em que as duas obrigações se extinguem, até onde se compensarem (CC, art. 368). Ocorre que não há, nestes autos, nenhuma relação de crédito e débito entre os litigantes, não havendo, portanto, que se falar em compensação.

Entretanto, a fim de se evitar enriquecimento sem justa causa por parte do dos trabalhadores substituídos processualmente (CC, art. 884), autorizo a dedução de valores por eles comprovadamente recebidos, sob o mesmo título e mesmas competências da parcela deferida nesta sentença, conforme se comprovar nos autos da ação individual/plúrima de liquidação/execução eventualmente interposta pelo substituídos processuais.

3 – CONCLUSÃO

Isto posto, **REJEITO** as preliminares de ilegitimidade ativa, ilegitimidade passiva e de inépcia da petição inicial e, no mérito, julgo **PROCEDENTE** o pedido formulado pelo **SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPIRITO SANTO – SINDILIMPE/ES** para **condenar** a reclamada **TTM SERVIÇOS COMBINADOS DE ESCRITÓRIO E APOIO ADMINISTRATIVOS LTDA.** a pagar adicional de insalubridade em grau médio (20%) aos seus empregados e ex-empregados que exercem ou exerceram a função de Auxiliar de Serviços Gerais e executam ou executaram serviços de limpeza predial nas dependências da Escola Centro Estadual de Educação Técnica "Talmo Luiz Silva" durante os períodos de vigência das convenções coletivas de trabalho 2019, 2020, 2021, 2022 e 2023, celebradas entre o Sindicato das Empresa de Asseio e Conservação no Estado do Espírito Santo e o Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Asseio, Conservação, Limpeza Pública e Serviços Similares no Estado do Espírito Santo, nos termos da fundamentação supra.

Condeno o reclamado **ESTADO DO ESPÍRITO SANTO** a responder com o seu patrimônio, subsidiariamente, pelo adimplemento das parcelas pecuniárias deferidas, tudo nos termos da fundamentação supra, que integra este "*decisum*".

Condeno a reclamada TTM Serviços Combinados de Escritório e Apoio Administrativos e, subsidiariamente, o Estado do Espírito Santo, a pagar honorários advocatícios de sucumbência ao(s) advogado(s) do sindicato reclamante, no valor que ora arbitro no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais).

Nos termos da decisão de mérito proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ação declaratória de constitucionalidade nº ADC 058/DF, a atualização monetária dos créditos trabalhistas deferidos nesta ação deverá ser efetuada segundo o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) na fase extra (pré) judicial, a partir da ocorrência do fato gerador da correspondente obrigação pecuniária, e segundo a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) na fase judicial (a partir da citação), compreendendo, num e noutro caso, os juros e a correção monetária.

Custas, pelos reclamados, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), calculadas sobre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), valor arbitrado à condenação, isento o ente público, nos termos do artigo 791-A, inciso I, da CLT.

A liquidação/execução da presente sentença de caráter genérico deverá ser promovida individualmente pelos substituídos (beneficiários), mediante ação própria sujeita à livre distribuição.

Após o trânsito em julgado, publique-se edital no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, para ciência dos interessados (substituídos processuais) em promover a liquidação e execução da sentença, mediante ações individuais livremente distribuídas.

Intimem-se as partes.

ARACRUZ/ES, 16 de outubro de 2023.

ITAMAR PESSI
Juiz do Trabalho Titular



Assinado eletronicamente por: ITAMAR PESSI - Juntado em: 16/10/2023 11:18:53 - 54337eb
<https://pje.trt17.jus.br/pjekz/validacao/23101109282085600000031952287?instancia=1>
Número do processo: 0000514-76.2023.5.17.0121
Número do documento: 23101109282085600000031952287



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO
5ª VARA DO TRABALHO DE VITÓRIA
ACC 0000294-38.2023.5.17.0005
AUTOR: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES
RÉU: ALFOSERVICE PRESTADORA DE SERVICOS LTDA E OUTROS (1)

ATA DE AUDIÊNCIA DE JULGAMENTO

Proc. nº 0000294-38.2023.5.17.0005 - 5ª Vara do Trabalho/Vitória

Aos dezanove dias do mês de novembro do ano dois mil e vinte e três, às 16 horas, na Sala de Audiências desta 5ª Vara do Trabalho da cidade de Vitória /ES, na presença do Exmº. Juiz do Trabalho Dr. **LUIS EDUARDO SOARES FONTENELLE**, foram apregoados os litigantes **SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO - SINDILIMPE**, Reclamante, e **ALFOSERVICE PRESTADORA DE SERVIÇOS LTDA** e **ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, Reclamados.

Partes ausentes.

Obedecidas as formalidades legais, passou-se a proferir a seguinte

SENTENÇA

RELATÓRIO

Vistos etc.

SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO - SINDILIMPE ajuíza reclamação trabalhista em face de **ALFOSERVICE PRESTADORA DE SERVIÇOS LTDA** e **ESTADO DO ESPÍRITO SANTO** pelas razões fático-jurídicas expostas na causa de pedir, formulando os respectivos pleitos e anexando documentos.

Conciliação recusada.

Resposta da 1ª Reclamada com preliminar de inépcia por ausência de relação nominal dos substituídos, impugnação ao valor da causa e prejudiciais de mérito por prescrição bienal e quinquenal e, no mérito, pela improcedência total da demanda, anexando documentos.

Resposta do 2º Reclamado com preliminar de ilegitimidade passiva, ilegitimidade ativa e ausência de notificação dos substituídos na forma do art. 104 do CDC. No mérito, requer a improcedência por ausência de responsabilidade.

Réplica do Sindicato Autor

Deferida a prova pericial de insalubridade, requerida pela 1ª Ré. As partes apresentaram quesitos.

Laudo pericial de lavra do Sr. PEDRO ANTONIO GUSTI JUNIOR, com o qual os réus concordaram. Apesar de intimado, o Sindicato Autor não se manifestou.

Em audiência, declararam as partes não haver outras provas a produzir. Encerrada a instrução, reportaram-se em razões finais aos elementos dos autos, permanecendo inconciliáveis.

FUNDAMENTAÇÃO

1. Da Providência Saneadora. Breves Esclarecimentos Sobre a Aplicação da Reforma Trabalhista: Lei 13.467/2017

A Lei 13.467/2017, conhecida como reforma trabalhista, entrou em vigência em 11.11.2017. Portanto, é necessário tecer alguns esclarecimentos sobre as regras de direito intertemporal, tanto em relação ao direito material, quanto ao direito processual do trabalho.

Sob a ótica do direito material, nos termos do **caput** do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a entrada em vigor de novas normas jurídicas revoga as normas jurídicas anteriormente vigentes. Todavia, pelos termos expressos desse mesmo dispositivo, tais efeitos devem respeitar o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, eis que consonantes com o art. 5º, XXXVI da Constituição Federal, e o princípio do não-retrocesso social, estabelecido no **caput** do art. 7º da Carta Magna. Neste passo, inconstitucional o art. 2º da MP 880/17, ao estatuir que "*O disposto na Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, se aplica, na integralidade, aos contratos de trabalho vigentes*".

Assim, mesmo que para os contratos de trabalho que tiveram início antes da reforma e permaneceram em curso após a entrada em vigor da nova lei, não se pode aplicar a nova legislação trabalhista, no que estabelece condições menos favoráveis ao trabalhador.

Destaque-se, a título exemplificativo, que o posicionamento deste Juízo converge com o recente entendimento firmado pelo C. Tribunal Superior do

Trabalho sobre a aplicação da lei nova no tempo, consoante se denota da Súmula 191 do TST, a fixar que a alteração da base de cálculo do adicional de periculosidade do eletricitário, promovida pela Lei 12.740/2012, somente é aplicável aos contratos de trabalho iniciados a partir de sua vigência.

Quanto à aplicação da lei no tempo, sob o prisma do direito processual do trabalho, serão observadas as disposições da Instrução Normativa 41 /2018.

Feitos tais esclarecimentos, passa-se ao julgamento.

2. Da Ilegitimidade Ativa do Sindicato, da Ausência de Rol de Substituídos e da Notificação do art. 104 do CDC

O C. TST cancelou o antigo Enunciado 310, que limitava a amplitude da substituição processual, na esteira de decisão do Plenário do STF em sede de recurso extraordinário, no sentido de que o sindicato pode atuar na defesa de todos e quaisquer direitos subjetivos individuais e coletivos dos integrantes da categoria por ele representada, independentemente de filiação ou de autorização individual por Assembleia, por meio de ações coletivas ou individuais, em qualquer estágio processual, visando a garantia de qualquer direito relacionado ao vínculo empregatício.

Ademais, a lide cuida da tutela de pretensões individuais homogêneas, isto é, derivadas de origem comum, nos termos do que ensina o art. 81, III, da Lei 8078/90.

O fundamento determinante da legitimação extraordinária sindical reside no fato de que, muito embora os interesses estejam inicialmente absorvidos pela esfera do patrimônio jurídico individual, sua multiplicidade termina por afetar o plano coletivo, isto é, da categoria vista através de seus indivíduos integrantes, envolvidos em situações jurídicas idênticas.

A interpretação restritiva acaba por prejudicar a própria missão desta Justiça Especializada, ao dar ensejo à atomização das demandas, comprometendo a rápida solução de um conflito que ultrapassa a esfera puramente individual. Outrossim, não se olvide de que os arts. 1º, IV e 21 da Lei 7347/85 determinam a aplicação do procedimento preconizado pela Lei 8078/90 para quaisquer ações que visem a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

O Supremo Tribunal Federal ratificou este entendimento, no julgamento dos Recursos Extraordinários 193503, 193579, 208983, 210029, 211874, 213111, 214668, 214830 e 211152.

Conclui-se, destarte, que o Sindicato Autor é parte legítima para figurar no polo ativo da relação processual e detém pleno interesse de agir, dispensado, inclusive, da prova da filiação ou da autorização individual expressa do representado.

Neste passo, dispensa-se, ainda, em fase cognitiva a individuação dos substituídos, pois o âmbito subjetivo da eventual tutela jurisdicional ainda poderia ser delimitado em fase de liquidação de sentença.

Por fim, o art. 104 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078 /90) estatui que, na hipótese do art. 81, III, ou seja, de ação coletiva que verse sobre direito individual de caráter homogêneo, não se produzirão os efeitos da coisa julgada se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias pelos autores das ações individuais, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva. Logo, caberia ao Réu suscitante indicar as ações individuais ajuizadas, a fim de possibilitar a intimação pelo juízo, ônus do qual não se desincumbiu.

Descartam-se as prefaciais.

3. Da Preliminar de Ilegitimidade Passiva

Requer o 2º Reclamado o reconhecimento de sua ilegitimidade passiva, ao argumento de que não participou da convenção coletiva de trabalho que o Sindicato Autor pretende ver cumprida.

No caso em apreço, a discussão gira em torno da existência e da natureza do suposto liame entre a empresa prestadora e o Estado tomador de serviços, bem como eventual responsabilidade subsidiária deste em razão dos créditos trabalhistas pendentes, porventura reconhecidos em sentença. E, neste aspecto, a matéria suscitada na preliminar confunde-se com o mérito, devendo nesta seara ser apreciada e justificando a presença do 2º Reclamado no polo passivo da relação processual.

Descarta-se a preliminar.

4. Da Impugnação ao Valor da Causa

Não se confundem **valor da causa** e **valor da condenação**.

O primeiro, adstrito à petição inicial, tem por escopo determinar a alçada, isto é, o limite da competência em função do valor da demanda. O segundo, vinculado à sentença, pode corresponder ao valor líquido do pedido, mas, quando indeterminado por complexidade ou impossibilidade momentânea, é fixado pelo prudente arbítrio do juiz. Assim sendo, a mera "indicação" de valores de pedidos na inicial – termo empregado pelo legislador no § 1º do art. 840 da CLT – não constitui liquidação, e, portanto, não limita o valor da condenação.

No caso em apreço, não remanesce qualquer prejuízo à suscitante, pois o valor dado à causa assegura tanto o procedimento ordinário, que lhe franqueia acesso exauriente à produção de provas, quanto o pleno acesso ao duplo grau

de jurisdição e o conseqüente exercício das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Rejeita-se a preliminar.

5. Do Adicional de Insalubridade

O Sindicato Autor afirma que os substituídos nesta ação são todos os empregados da 1ª Ré, que desempenham suas funções nas dependências das unidades das Defensorias Públicas no Estado do Espírito Santo. Informa ter sido pactuado o pagamento do adicional de insalubridade de 20% para os trabalhadores que exercem a função de auxiliar de serviços gerais, conforme o §1º, da cláusula 10ª, das Convenções Coletivas de 2021, 2022 e 2023. Diante disso, postula o pagamento do adicional de insalubridade no percentual de 20% e reflexos contatuais e rescisórios.

Produziu-se a prova pericial. O **expert** designado pelo Juízo, efetuando as diligências pertinentes, confeccionou seu laudo analisando dois locais de trabalho dos substituídos: a maior Defensoria Pública do Espírito Santo, situada na Praia de Itaparica, e a sede administrativa, no Centro de Vitória, onde não é realizado atendimento ao público.

Descreveu o Perito que:

1) no prédio localizado na Praia de Itaparica, *“O local da primeira pericia é a maior defensoria pública do Espírito Santo; No local periciado estão alocados 02 auxiliares de serviços gerais: Sendo eles: Thaisnara de Almeida Sobrinho e Elisangela Pinto Alves Atividades: Faz o café revezando com outra ASG; Faz a limpeza da recepção, varrição, passa pano umido, recolhe o lixo e retira poeira; Efetua a limpeza dos banheiros dos assistidos (clients / público), se tratam de 03 banheiros dos assistidos no prédio. No total são 30 banheiros, este quantitativo é dividido em 2 ASG´s. Todos os dias são limpos todos os banheiros pela manhã. O banheiro dos assistidos recebem manutenção de limpeza em média 10 vezes a cada dia. No horário de pico o núcleo chega a atender um público de 30 pessoas no intervalo de 01 hora. No dia atende em média 240 pessoas. O prédio possui em média 80 colaboradores; O*

atendimento trata-se de um serviço público. Produtos químicos utilizados na limpeza: desinfetante, água sanitária hipoclorito de sódio, detergente veja, sabão em pó, álcool, bom ar; Não utiliza qualquer tipo de máquina. Instrumentos: vassoura, pano, flanela, rodo. EPI's: Luvas látex,"

2) na sede administrativa, localizada no Centro de Vitória, "A sede não faz atendimento ao público, neste caso os auxiliares de serviços gerais executam somente a limpeza dos setores administrativos. O número total de colaboradores no prédio é de 30, contando os próprios ASG's; 02 ASG's no local periciado; Os produtos de limpeza são os mesmos do primeiro local periciado. O local periciado é composto de 7 banheiros. EPI's: Bota emborrachada, luva de látex;"

Ressaltou que o objeto da Perícia consistia em analisar 18 núcleos e uma sede administrativa. Constatou que somente na sede administrativa não são realizados atendimentos ao público e que em todas as demais unidades são atendidas muito mais de 40 pessoas por dia, conforme informado pelas partes durante a diligência.

A fim de prestar informações detalhadas sobre as demais unidades em que os substituídos trabalharam, o Perito solicitou que a 1ª Reclamada respondesse ao questionário inserido nas folhas 7 a 14 do laudo (Id af506e6).

Analisando as respostas, verifica-se que, apesar da informação anterior prestada por ambas as partes, no sentido de que em todas as unidades são atendidas mais de 40 pessoas, em algumas unidades, como: Alegre, Bom Jesus do Norte, Santa Maria de Jetibá, Viana e na sede administrativa, o total entre as pessoas atendidas e o número de trabalhadores não alcança esse número.

Tal informação, fornecida pela Reclamada ao Perito, não foi impugnada pelo Sindicato Autor, tampouco refutada por outros elementos de prova, pelo que, inclusive pela confiança de que goza o **expert**, é considerada verdadeira pelo Juízo.

Cumprido o **iter** necessário, e complementando subseqüentemente a peça com rigor técnico na análise do contexto, o Perito concluiu que *“NÃO FORAM detectados agentes e condições de trabalho INSALUBRES nas tarefas desenvolvidas pela Autora, NÃO HAVENDO enquadramento legal de suas atividades nas normas vigentes quanto à insalubridade de conforme fundamentação no item 08 do laudo.”*

Portanto, dada a congruência das conclusões do laudo pericial, lastreadas que estão em metodologia tecnicamente adequada - inclusive com a instrução por fotografias digitalizadas, bem como em medições quantitativas e qualitativas -, o Juízo acolhe o laudo quanto ao correto enquadramento do contexto fático. Todavia, diverge quanto à conclusão pericial, pelas razões doravante expostas.

O **caput** da cláusula 10ª das CCTs 2021, 2022 e 2023, acostadas à inicial, estabelece o pagamento do adicional de 40%, sobre a base de cálculo por ela definida, para os trabalhadores na função de “auxiliar de serviços gerais banheirista” que realizam limpeza de banheiros de grande circulação, assim considerados aqueles por onde passam diariamente, no mínimo, 40 pessoas.

Por sua vez, o §1º, da mesma cláusula 10ª, dispõe que é devido o adicional de 20%, sobre a base de cálculo definida pelas respectivas normas, para todos os trabalhadores que exercem as funções de auxiliar de serviços gerais de limpeza **predial**, assim entendida como aquela *“realizada em escolas, comércios, shopping Center, aeroportos, portos, rodoviárias, bancos e imóveis em geral, público e privados, tanto na área geral como na área industrial”*, conforme §2º da aludida cláusula.

O panorama fático trazido pela prova pericial demonstra que embora muitos dos substituídos realizassem limpeza de banheiros com circulação de mais 40 pessoas, fato é que a atividade principal consistia em limpeza **predial**. Aliás, essa foi a própria premissa da inicial, tanto que o pedido se limita ao pagamento do adicional de 20% (vinte por cento).

Prevalecem à espécie, portanto, o preceito do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, que preconiza o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, e seu desdobramento, refletido nos princípios da sobreposição do negociado sobre o legislado, estabelecido no art. 611-A da CLT, e da condição mais benéfica ao trabalhador.

Assim, acolhe-se a pretensão obreira, condenando-se a Reclamada a pagar o adicional de insalubridade, em grau médio (20% sobre os respectivos valores indicados nas convenções coletivas), em relação aos contratos de trabalho que estiveram ativos durante as vigências das normas coletivas dos anos de 2021, 2022 e 2023.

Deferem-se também os reflexos, decorrentes da habitualidade do trabalho gravoso, sobre 13ºs salários, férias + 1/3, bem como aviso prévio e indenização do FGTS (20% ou 40%, conforme a modalidade de terminação), para aqueles que tiveram seus contratos encerrados.

Em atenção aos custos e ao grau de dificuldade do trabalho, bem como a contribuição da perícia para o deslinde da controvérsia, fixa-se a complementação de honorários periciais em **R\$ 3.000,00 (três mil reais)**, atualizáveis quando do pagamento, na forma do art. 790-B, § 1º, da CLT e do art. 21 da Resolução 247/2019 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

A 1ª Reclamada, sucumbente quanto à matéria, arcará com os honorários periciais, a teor do **caput** do art. 790-B da CLT.

6. Dos Honorários Advocatícios e da Assistência Gratuita

Concede-se ao Sindicato Autor o benefício da assistência judiciária gratuita, uma vez que, na condição de substituto processual, e em sede de ação na qual está legitimado a atuar na defesa de interesses individuais homogêneos de seus representados, aplicam-se à espécie as disposições tópicas relativas às ações

coletivas, que prevalecem sobre as normas do processo do trabalho – no caso, o art. 87 do Código de Defesa do Consumidor e 18 da Lei 7347/85, este último autorizado pela legitimação emanada do art. 129, III e § 1º, da Constituição Federal.

Justifica-se ainda, a concessão do benefício, pela brutal queda de arrecadação da contribuição sindical – efeito da Lei 13.467/2017, que solapou a principal fonte de arrecadação das entidades sindicais, dificultando sobremodo sua própria sobrevivência, em detrimento, inclusive, da própria negociação coletiva, que, contraditoriamente, os defensores da reforma trabalhista propalaram como objetivo à época de sua tramitação.

Nos termos do caput do art. 791-A, da CLT, fixam-se os honorários advocatícios de sucumbência, devidos pela Reclamada, em **15% (quinze por cento)** sobre o valor atualizado da condenação, em prol do Sindicato Autor.

Descabem honorários advocatícios de sucumbência em prol da Reclamada, ante a concessão do benefício da assistência gratuita ao Sindicato obreiro, e a inconstitucionalidade do art. 791-A, § 4º, da CLT, declarada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 5766.

Registre-se que a sucumbência é aferida pelos pedidos considerados em bloco, e não pelos itens ou valores atribuídos a cada um na inicial, consoante a inteligência da Súmula 326 do STJ.

7. Da Prescrição Quinquenal e Bienal

Tendo em vista que os pedidos da inicial se referem aos direitos estabelecidos pelas normas coletivas com vigência a partir de 01.01.2021, não há prescrição a ser declarada, uma vez que as pretensões respeitam o marco quinquenal do art. 7º, XXIX, da Constituição Federal, visto que a ação fora ajuizada em 27.03.2023. Rejeita-se a arguição patronal, neste aspecto.

De toda sorte, restam fulminadas pela prescrição bienal as pretensões pecuniárias referentes aos substituídos cujos contratos foram extintos em período anterior a 27.03.2021, observando-se, no caso de dispensas sem justa causa por iniciativa do empregador, a projeção do aviso prévio, na forma da Lei 12.506/2011. Tudo, a teor do art. 7º, XXIX, da Constituição da República.

8. Da Compensação/Dedução

A compensação pressupõe dívidas recíprocas de natureza trabalhista, o que não foi comprovado, motivo pelo qual rejeita-se o pedido das Rés. Autoriza-se, contudo, a dedução dos valores pagos sob idênticos títulos e comprovados nos autos, a fim de se evitar o enriquecimento ilícito.

9. Da Responsabilidade Subsidiária do 2º Reclamado

O art. 121 da Lei 14.133/2021 estabelece que *“Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato”*. O parágrafo 1º vai além e estatui que *“A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento (...)”*

Todavia, reza o parágrafo 2º do mesmo dispositivo que, *“Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado”* (grifo nosso).

Trata-se do caso em tela, uma vez configurada a relação de emprego, espécie de contratação de serviço contínuo caracterizado pela personalidade de sua prestação.

Isto posto, competia à Administração, na forma do art. 121, § 3º, da Lei de Licitações, assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas pela 1ª Reclamada, então contratada. Não obstante a farta documentação, anexada à defesa do ente público com o objetivo de demonstrá-lo, denota-se, contudo, que a omissão longamente continuada, perpetrada pela empresa e demonstrada à sociedade pelo acervo probatório no caso concreto, traduz grave falha da Administração, que permitiu o descumprimento da norma coletiva, muito embora, como acima ressaltado, o cumprimento das obrigações trabalhistas integrasse o próprio preço do contrato.

Nem se alegue que a atitude do Estado estaria respaldada pela decisão judicial proferida nos autos do processo 0039221-60.2016.8.08.0024.

Verifica-se que se tratou de ação ajuizada pelo Sindicato Patronal, inicialmente nesta Especializada (0001761-42.2015.5.17.0002), em que se pretendia a condenação do Estado na obrigação de incluir nos editais de contratação de empresas prestadoras de serviços de asseio e conservação o pagamento dos direitos e adicionais previstos em convenção coletiva, especialmente, o adicional previsto nos parágrafos 1º e 2º da Cláusula 10º da CCT 2015/2016. Foi reconhecida a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho, sob o fundamento de que se tratava relação de natureza administrativa e não decorrente da relação de trabalho.

Ao apreciar o pedido, o Juízo Estadual entendeu que não se deveria permitir que a Administração Pública realizasse dispêndio de recursos públicos com adicional de insalubridade para serviços de limpeza *“atendendo-se, tão somente, no que restou pactuado entre os sindicatos representativos na Convenção Coletiva de Trabalho”* (ID ea3ce75 - Pág. 8). Tal entendimento fora mantido pelo E. Tribunal de Justiça que concluiu que *“revela-se descabida a imposição geral, incondicionada e abstrata à Administração Pública de inclusão do adicional de insalubridade em todos os contratos, indistintamente, sem que haja norma legal estrita prevendo tal obrigação.”* (ID b42b9eb - Pág. 9)

Contudo, nos termos do art. 114, I da Constituição Federal, compete à Justiça do Trabalho apreciar as lides nas quais a matéria supra enfocada repercute sobre as relações individuais e coletivas de trabalho, notadamente as que

contenham pedido de condenação subsidiária do tomador dos serviços que, no presente caso, é um ente público.

E, como ressaltado no capítulo 5, prevalecem o preceito do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, que preconiza o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, e seu desdobramento, refletido nos princípios da sobreposição do negociado sobre o legislado, estabelecido no art. 611-A da CLT, e da condição mais benéfica ao trabalhador.

Não resta dúvida, portanto, quanto à culpa **in vigilando**, que atrai ao 2º Reclamado responsabilidade subsidiária pelos créditos trabalhistas devidos ao Reclamante, nos termos do art. 121, § 2º, da Lei 14.733/2021.

Acolhe-se a pretensão autoral do item d, **condenando-se o 2º Reclamado a responder subsidiariamente pelos créditos deferidos nesta sentença, inclusive os honorários advocatícios de sucumbência, por seu caráter acessório.**

DISPOSITIVO

PELO EXPOSTO, esta 5ª Vara do Trabalho de Vitória/ES julga a reclamação **PROCEDENTE**, condenando os Reclamados, sendo o segundo subsidiariamente, a pagarem aos substituídos as verbas decorrentes das parcelas acima deferidas e a arcarem com os honorários periciais e advocatícios de sucumbência, estes últimos em prol do Sindicato obreiro assistente do Reclamante. Tudo conforme fundamentação supra, que este **decisum** passa a integrar.

Apurem-se os valores mediante regular liquidação de sentença, admitindo-se quaisquer das modalidades previstas na Lei processual, observando-se o disposto na Súmula 13 do E. TRT.

Juros e correção monetária considerando a incidência do IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir do ajuizamento da ação, a incidência da taxa SELIC, nos termos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ADCs 58 e 59, e ADIs 5867 e 6021. Observe-se que não há determinação expressa no dispositivo do v. Acórdão proferido nos autos da ADC 58, complementado pela decisão de embargos, de aplicação de juros de 1%.

Caso a execução se volte para a Fazenda Pública, deverá ser observado o art. 3º da Emenda Constitucional 113: “Art. 3º Nas discussões e nas condenações que envolvam a Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, de remuneração do capital e de compensação da mora, inclusive do precatório, haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, do índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), acumulado mensalmente.”

Responsabilidade pelos créditos previdenciários na forma da Súmula 368 do E. TST. Observem-se no que couber, quanto às contribuições fiscais, a desoneração prevista na Lei 12.546/2011, a Instrução Normativa 1500/2014 da Receita Federal e a Orientação Jurisprudencial 400 da SDI-I do C. TST.

Deduzam-se os valores pagos sob idênticos títulos e comprovados nos autos, a fim de evitar enriquecimento ilícito.

Remessa necessária, nos termos do art. 496, do CPC.

Custas de R\$1.000,00, pela 1ª Reclamada, calculadas sobre R\$ 50.000,00 - valor arbitrado à condenação (art. 789 da CLT). Segundo Reclamado isento (art. 790-A, I, da CLT).

Intimem-se as partes.

E, para constar, editou-se a presente Ata que vai assinada na forma da Lei.

VITORIA/ES, 09 de janeiro de 2024.

LUIS EDUARDO SOARES FONTENELLE
Juiz do Trabalho Substituto



Assinado eletronicamente por: LUIS EDUARDO SOARES FONTENELLE - Juntado em: 09/01/2024 08:49:07 - 75f4f8a
<https://pje.trt17.jus.br/pjekz/validacao/24010815112686100000032807116?instancia=1>
Número do processo: 0000294-38.2023.5.17.0005
Número do documento: 24010815112686100000032807116



PROCESSO nº 0000379-37.2022.5.17.0012 ROT

RECORRENTE: ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

RECORRIDOS: ZAP SERVICOS E CONSERVACAO LTDA - ME, SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES

ORIGEM: 12ª VARA DO TRABALHO DE VITÓRIA

RELATOR: DESEMBARGADOR VALÉRIO SOARES HERINGER

COMPETÊNCIA: 3ª TURMA

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO. ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. A Administração Pública deve ser responsabilizada pelos encargos trabalhistas decorrentes de inadimplência da empresa prestadora de serviços terceirizados quando nos autos não estiver demonstrada, de forma suficiente, a sua postura diligente, contínua e efetiva de controle e fiscalização dos atributos trabalhistas relacionados com tais contratos, bem como a imposição de sanções ou outras medidas de cautelas de gestão, caso constatadas irregularidades. Recurso ordinário não provido nesse aspecto.

1. RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário interposto pelo segundo reclamado (Estado do Espírito Santo) em face da sentença de Id. 3d38e6d, complementada pela decisão de embargos declaratórios de Id. 8f01f4d, prolatada pelo Exmo. Juiz Roberto José Ferreira de Almada, que rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva e julgou procedentes os pedidos aduzidos na inicial para condenar os reclamados, sendo o segundo de forma subsidiária, ao pagamento de adicional de insalubridade de 20% e reflexos.

Razões recursais do Estado do Espírito Santo no Id. 9b47d3d, pretendendo a reforma da decisão com relação aos tópicos: responsabilidade subsidiária e adicional de insalubridade.

O Sindicato-autor deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar contrarrazões.

Este Relator, verificando que há ente público no polo passivo desta reclamação trabalhista, determinou, por meio do despacho de Id. 9cbc927, a intimação ao Ministério Público do Trabalho para manifestação.

No parecer de Id. 21c2475, o *parquet* oficiou pelo regular processamento do feito, ressalvado o direito de manifestação ulterior.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. CONHECIMENTO

Conheço do recurso ordinário interposto pelo Estado do Espírito Santo, porquanto atendidos os pressupostos de admissibilidade.

2.2. MÉRITO

2.2.1. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

O Sindicato-autor sustentou na inicial desta ação de cumprimento que os substituídos foram contratados pela primeira reclamada, Zap Serviços e Conservação Ltda, para exercerem a função de auxiliar de serviços gerais em favor do segundo réu. Alega que embora a convenção coletiva da categoria preveja o pagamento de adicional de insalubridade no percentual de 20%, a verba trabalhista não era adimplida pela empresa. Em razão disso, pleiteou o pagamento da obrigação e a responsabilização subsidiária do tomador dos serviços, nos termos da jurisprudência nacional.

Em sua contestação a primeira reclamada sustentou a ilegalidade da cláusula convencional que estipula o pagamento do adicional de insalubridade de 20% em razão da ausência de reconhecimento técnico quanto à exposição dos trabalhadores a agentes insalubres, acrescentando que participou de regular certame licitatório para terceirização de serviços de limpeza, não constando do respectivo edital o prévio reconhecimento da insalubridade.

O segundo réu, por sua vez, afirma que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da lide uma vez que não participou e nem ratificou as condições econômicas e sociais estabelecidas na convenção coletiva de Trabalho. Também defendeu a ilegalidade da cláusula que instituiu o adicional de insalubridade sem aferição pericial dos agentes nocivos à saúde, argumentando que as normas referentes às atividades insalubres são normas de indisponibilidade absoluta, não sendo passíveis de transação.

Destacou que "o Ente Público, adstrito ao Princípio da Legalidade, só pode fazer constar em Contratos Administrativos e pagar o aludido adicional de insalubridade, segundo os preceitos compulsórios insculpidos no artigo 195 da CLT e NR 15, Anexos I a XIV (Portaria nº 3.214/78). Em virtude disso, a hipótese trazida à baila não pode ser considerada taxativa, conforme consta da CCT, tendo em vista que a insalubridade somente pode ser mensurada através da análise do próprio dia a dia do desempenho das atribuições da função exercida pelo trabalhador."

Afirmou ainda que "o Sindicato Patronal (SEACES) ingressou em Juízo pleiteando que o Estado fosse compelido a incluir em seus Editais de Licitação a previsão de pagamento de adicional de insalubridade de 20% para todos os Auxiliares de Serviços Gerais, simplesmente com base no Parágrafo Primeiro da Cláusula Décima da CCT firmada entre o SEACES e o SINDILIMPE", o que foi julgado improcedente pelo juízo de primeiro grau estadual e confirmado pelo Tribunal de Justiça.

Por fim, argumentou que deve ser rejeitado o pedido de condenação subsidiária por não demonstrada a sua culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.

O juízo a quo julgou procedente o pedido nos seguintes termos:

(...)

A Convenção Coletiva é expressa quanto à obrigatoriedade de pagamento de adicional de insalubridade a partir de 01 de janeiro de 2016 para os empregados lotados na função de auxiliar de serviços gerais de limpeza predial, mantida a obrigatoriedade por todas as demais CCT's.

Não cabe cogitar, como quer fazer parecer os réus, da exigência de prova pericial para apuração das condições do local de trabalho ou do enquadramento das atividades nas disposições previstas nas normas regulamentadoras específicas.

A Constituição Federal, em seu artigo 7º, previu expressamente o reconhecimento de validade das convenções e acordos coletivos de trabalho. Verifica-se pela leitura sistemática no ordenamento jurídico da força conferida aos instrumentos de negociação coletiva, sendo vedado somente a modificação de normas cogentes, em detrimento do trabalhador.

Neste sentido, a concessão de adicional de insalubridade por meio de norma coletiva, sem espeque em laudo pericial prévio, não agride preceito de ordem pública, uma vez que confere garantias ainda maiores do que aquelas minimamente oferecidas pela lei quanto à proteção ao trabalho.

Ressalte-se que o ente público é ora demandado em caráter subsidiário, de forma que as normas coletivas aplicáveis aos empregados são aquelas referentes ao sindicato representativo do real empregador. Esclareço que a força normativa das convenções coletivas afasta qualquer dúvida acerca da possibilidade de seu não cumprimento na execução da relação de emprego e, enquanto vigentes, devem ser observadas pelas partes da relação de trabalho, devendo as suas cláusulas ser consideradas no momento da formulação das propostas no âmbito da prestação de serviços à Administração Pública, principalmente à vista do disposto no art. 7º, § 2º, II, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que determina a prévia existência de todos os custos unitários do serviço.

Em razões recursais, o ente público reitera a alegação de ilegalidade da determinação contida nas convenções coletivas de trabalho da categoria, que estipula o pagamento do adicional de insalubridade aos substituídos no percentual de 20%.

Passo a analisar a pretensão.

Assim estabelece a cláusula décima, §1º, da CCT de 2018 (cláusula também prevista nas CCT de 2019, 2020, 2021 e 2022, conforme Id. 997aa12 e seguintes):

Fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção Coletiva de Trabalho 2017/2018, continuarão a realizar o pagamento do adicional de insalubridade, em grau máximo, ou seja, no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre o piso da categoria, sendo que a partir do dia 01 de Janeiro de 2018 o benefício será calculado com base no piso mínimo da categoria que é de R\$ 1.060,00 (Um Mil e Sessenta Reais), respeitando a jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais banheiristas que realizam a limpeza de banheiros públicos de uso coletivo ou de grande circulação igual ou superior a 40 (quarenta) pessoas. O pagamento do adicional aqui previsto será pago enquanto perdurar a eficácia da súmula 448 do TST.

Parágrafo 1º - Em contratos comerciais de prestação de serviços haverá pagamento do adicional de insalubridade pelo percentual de 20% (vinte por cento), a todos os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial de contratos comerciais públicos e privados, sendo pago da seguinte maneira: fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção, continuarão a realizar o pagamento do adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre o piso da categoria, sendo que a partir do dia 01 de Janeiro de 2018 o benefício será calculado com base no piso mínimo da categoria que é de R\$ 1.060,00 (Um Mil e Sessenta Reais), respeitando a jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial, exceto os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial já enquadrados no caput desta cláusula.

Conforme preceitua o artigo 189 da CLT, serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham 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. Observo que a prova técnico-pericial é dispensável neste caso, pois o direito dos substituídos ao adicional já está garantido por uma norma convencional coletiva.

Faço remissão ao inciso XXVI do art. 7º da Constituição Federal, segundo o qual é direito dos trabalhadores o reconhecimento das convenções e dos acordos coletivos de trabalho. A primeira reclamada foi representada por seu sindicato econômico nas negociações coletivas que resultaram na convenção coletiva ora questionada. Em regra, as pautas de negociação são comunicadas aos integrantes da categoria econômica que em assembleia-geral deliberam e fixam os limites dentro dos quais o sindicato negociará e firmará os instrumentos normativos. Assim, é flagrantemente intempestiva a tentativa da ré de eximir-se da obrigação que seu mandatário coletivo assumiu em seu nome.

Observo que em princípio não há impossibilidade de uma convenção coletiva de trabalho estipular o pagamento de adicional de insalubridade, uma vez que se trata de instrumento coletivo autocompositivo pactuado livremente entre os sindicatos patronal e profissional. Ademais, como bem registrado pelo magistrado sentenciante, o ente público é ora demandado em caráter subsidiário, de forma que as normas coletivas aplicáveis aos empregados são aquelas referentes ao sindicato representativo do real empregador. Efetivamente é da reclamada o risco do negócio, bem como a obrigação de conhecer todas as normas aplicáveis em suas operações empresariais. Além disso, sendo o tomador dos serviços um ente político-administrativo, cumpre-lhe zelar pelo respeito às normas legais e convencionais.

Pelo exposto, entendo que deve ser confirmada a sentença que condenou os réus ao pagamento do adicional de insalubridade no percentual de 20%, com os devidos reflexos, conforme previsão da Cláusula 10ª, §1º, das convenções coletivas.

Nego provimento.

2.2.2. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO

A sentença de Id. 3d38e6d condenou os reclamados, sendo o segundo de forma subsidiária, ao pagamento de adicional de insalubridade no percentual de 20% para todos os substituídos que exercem ou exerceram a função de auxiliar de serviços gerais para o segundo réu em decorrência do contrato de prestação de serviços firmado entre este e a primeira ré, nos termos da cláusula 10ª, §1º, da CCT anexada aos autos, calculada sobre o piso de R\$ 1.060,00 (mil e sessenta reais), com reflexos sobre 13º salários, férias com 1/3 e FGTS e para aqueles substituídos despedidos sem justa causa no curso do referido contrato também os reflexos sobre aviso prévio e multa rescisória de 40% sobre o FGTS.

O segundo réu recorre para que seja excluída sua responsabilidade subsidiária pelas verbas deferidas na sentença. Alega que o art. 71, da Lei 8.666/1993, declarado constitucional pelo STF no julgamento da ADC nº 16, afasta peremptoriamente a possibilidade de se responsabilizar a Administração Pública por débitos de empresas contratadas para a prestação de serviços, tal entendimento deve ser observado por todos os juízes e tribunais. Sustenta, ainda, que a prova documental produzida nos autos comprova a ocorrência de fiscalização satisfatória por parte do ente público.

Passo à análise.

No âmbito da Justiça do Trabalho era pacífico o entendimento de que os entes integrantes da administração pública direta e indireta deveriam responder subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas inadimplidas por parte dos contratados, conforme dispunha a antiga redação do item IV da Súmula 331 do TST. Assim, bastava o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador para que os entes administrativos fossem responsabilizados subsidiariamente por essas parcelas.

Ocorre que as pessoas jurídicas integrantes da administração pública reiteradamente questionavam a legalidade do item IV da Súmula 331 do TST, que, segundo eles, contrariava o art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, 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".

Em 11/03/2009, o Pleno do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, ao julgar incidente de inconstitucionalidade nos autos do processo nº 0080900-06.2007.5.17.0008, reconheceu a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, mas dispôs que o referido dispositivo legal não desobriga o ente público da responsabilidade pelo pagamento das verbas que vierem a ser reconhecidas, vez que ele simplesmente atribui responsabilidades primárias ao contratado. Com efeito, o TRT concluiu na ocasião que "referida norma não exclui a responsabilidade, apenas atribui obrigações primárias, não havendo transferência da responsabilidade final pelas obrigações trabalhistas assumidas pelo empregador".

Dessa forma, no âmbito deste Regional adotava-se, de forma pacífica, o entendimento de que, nada obstante a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, as pessoas jurídicas integrantes da administração pública direta e indireta responderiam subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pelo contratado.

Em 24/11/2010 o Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido formulado pelo Governador do Distrito Federal na Ação Direta de Constitucionalidade nº 16/DF para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8666/93. Entendeu o STF naquela ocasião que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à administração pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu que isso não significaria que eventual omissão da administração pública na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado não viesse a gerar essa responsabilidade.

Diante da decisão do STF na citada ADC, o Tribunal Superior do Trabalho alterou a redação da Súmula nº 331, suprimindo do item IV a referência aos entes da administração pública direta e acrescentando o item V, in verbis:

"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 decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada."

Desse modo, pela nova redação da Súmula nº 331 do TST, os integrantes da administração pública direta e indireta somente respondem de forma subsidiária pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador quando estiver comprovada sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, principalmente na fiscalização do adimplemento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora (culpa *in vigilando*).

A partir da decisão proferida pelo STF na ADC nº 16 e considerando o item V da Súmula nº 331 do TST, a responsabilização subsidiária da administração pública, nos casos de terceirização de mão de obra, exige uma investigação rigorosa a respeito de falha ou ausência de fiscalização pelo ente público contratante, competindo ao tomador de serviços comprovar a efetiva fiscalização do contrato.

Com efeito, ao decidir pela execução indireta de atividade prestacional pública mediante contrato administrativo de prestação de serviços ou de empreitada, o ente público assume uma obrigação - potencialmente mais rigorosa que a dos contratantes particulares, pois envolve orçamento público e receitas oriundas de impostos - de fiscalizar a idoneidade financeira da contratada, já que é o beneficiário direto dos serviços prestados, sob pena de ser responsabilizado subsidiariamente pelos danos causados aos trabalhadores, por ocorrência de culpa *in vigilando* e de culpa *in eligendo*, nos termos dos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil.

Ressalte-se que foi sumulado no âmbito deste Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região o seguinte entendimento:

SÚMULA Nº 21 DO TRT DA 17ª REGIÃO.

"RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. A declaração, pelo STF, de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 não obsta que seja reconhecida a responsabilidade de ente público, quando esse último não comprovar a efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações legais e contratuais do prestador de serviços como empregador."

Destaque-se que o Pleno do E. STF, nos autos do RE 760931, em julgamento realizado sob a sistemática de repercussão geral e com efeito vinculante, em 30/03/2017, decidiu, por apertada maioria (6 a 5), que a Administração Pública não pode ser responsabilizada automaticamente pelos encargos trabalhistas decorrentes de inadimplência da prestadora de serviço (empresa terceirizada), só cabendo condenação se houver prova inequívoca da conduta omissiva na fiscalização dos contratos.

Em 26/04/2017, foi fixada a seguinte tese para efeito de repercussão geral:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio, fixou a seguinte tese de repercussão geral: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93".

Esse entendimento não é isolado. No julgamento da Reclamação Constitucional nº 28.300, em 27.9.2017, a Excelentíssima Ministra Rosa Weber, ao negar seguimento àquela reclamação e julgar prejudicado o exame do pedido de liminar, expôs de forma clara que o julgamento da ADC nº 16 não enfrentou a questão do ônus probatório, nem o julgamento do RE nº 760.931. Cito o seguinte trecho da decisão:

Limitado, outrossim, o julgamento da ADC 16 a obstaculizar a responsabilização subsidiária automática da Administração Pública - como mera decorrência do inadimplemento da prestadora de serviços -, não resultou enfrentada a questão da distribuição do ônus probatório, tampouco estabelecidas balizas para a apreciação da prova ao julgador, a inviabilizar o manejo da reclamação com espeque em alegada afronta à ADC 16 sob tais enfoques, conforme já decidido em várias reclamações: Rcl 14832/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 19.11.2012, Rcl 15194/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 18.3.2013, Rcl 15385/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 15.3.2013.

No ponto, cumpre igualmente assentar que, ao julgamento do RE 760.931, esta Suprema Corte, muito embora tenha debatido aspectos acerca das regras de distribuição do ônus da prova na espécie, culminou por não fixar

balizas, respeitada, a meu juízo, a soberania das instâncias ordinárias no exame do acervo fático-probatório, cujo revolvimento é de todo vedado na instância extraordinária, assim como no bojo da reclamação constitucional.

Além disso, no TST, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, ao apreciar os embargos interpostos nos autos nº 925-07.2016.5.05.0281, em 12.12.2019, decidiu que, no caso de terceirizações realizadas pela Administração Pública, incumbe a ela provar que fiscalizou o cumprimento das obrigações da empresa prestadora de serviços, em respeito ao princípio da "aptidão da prova", e que as decisões do Supremo Tribunal Federal não trataram do ônus de prova.

Continuando os desdobramentos da matéria, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em 11/12/2020, com publicação do acórdão em 17/12/2020, a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada no RE 1298647 (Tema 1118) em que se discute "à luz dos artigos 5º, II, 37, XXI e § 6º, e 97 da Constituição Federal" a "legitimidade da transferência ao ente público tomador de serviço do ônus de comprovar a ausência de culpa na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas devidas aos trabalhadores terceirizados pela empresa contratada, para fins de definição da responsabilidade subsidiária do Poder Público".

A discussão do Tema 1118 da tabela de repercussão geral permanece em aberto, assim como os debates sobre a questão do ônus da prova acerca de eventual conduta culposa na fiscalização das obrigações trabalhistas de prestadora de serviços, para efeito de responsabilização subsidiária da Administração Pública, em virtude da tese firmada no RE 760.931.

Quanto a tal aspecto, entende este relator que o encargo probatório, em se tratando de fato modificativo, extintivo ou impeditivo da responsabilização subsidiária, não é do trabalhador, mas do tomador dos serviços (art. 818 da CLT; art. 373, II, do CPC de 2015) pois é deste último a obrigação primária de fiscalizar e documentar essa fiscalização.

Aplica-se, nesse quadrante, o princípio da aptidão para a prova, cabendo à Administração Pública comprovar - documental e exaustivamente - a sua postura diligente, contínua e efetiva de controle e fiscalização dos atributos trabalhistas relacionados com os contratos de prestação de serviços terceirizados executados pela empresa contratada, bem como a imposição de sanções e medidas cautelares de gestão, caso constatadas irregularidades, inclusive a deflagração de novo procedimento licitatório e rescisão do contrato com a prestadora.

No presente caso, o segundo réu juntou diversos documentos aos autos, (Id. 816e436 e seguintes). Esses documentos, no entanto, não se revelam aptos à demonstração do controle tempestivo do adimplemento dos débitos trabalhistas pela empresa contratada.

Conforme reconhecido em sentença, os substituídos têm direito ao pagamento de adicional de insalubridade no percentual de 20% durante todo o contrato de trabalho, direito este previsto em norma coletiva e mesmo assim seu cumprimento não foi observado pelo ente administrativo. Cabe ao Estado, ao elaborar os editais licitatório e contratual, bem como ao elaborar as planilhas de composição de custos que orientarão as propostas, prever todas os fatores que influenciarão no preço final dos serviços. Se por falha administrativa um elemento de despesa tenha sido incluído na planilha pelo tomador, cumpre à empresa contratada instaurar pedido administrativo de recomposição financeira, adequando a situação adversa a que deu causa. É o quanto basta para que se constate que a elaboração, o acompanhamento e a fiscalização e execução do contrato falharam ao ponto de culminar em grave prejuízo para os trabalhadores. A cláusula convencional não foi declarada nula, tanto sob o ponto de vista coletivo quanto sob o ponto de vista de sua aplicação a casos individualmente considerados.

Observo que a matéria relacionada com a pactuação do adicional de insalubridade entre o SINDILIMPE e o SEACES já está pacificada no E. TST, conforme se verifica a seguir:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA PRIMEIRA RECLAMADA - INTERPOSTO EM FACE DE ACÓRDÃO PUBLICADO APÓS A VIGÊNCIA LEI Nº 13.467/2017. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE -

PREVISÃO EM NORMA COLETIVA - PERÍCIA - DESNECESSIDADE - AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA. O processamento do recurso de revista na vigência da Lei nº 13.467/2017 exige que a causa apresente transcendência com relação aos aspectos de natureza econômica, política, social ou jurídica (artigo 896-A da CLT). No caso, não há transcendência política. **Incontroverso nos autos que norma coletiva impõe pagamento de adicional de insalubridade de 20% para Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial de contratos comerciais públicos e privados e 40% para auxiliares ditos "banheiristas". Dessa forma, tendo sido pactuado por norma coletiva, não há de se falar em realização de perícia técnica para constatação da presença do agente insalubre no exercício de tais funções. O acórdão regional se encontra em harmonia com jurisprudência dessa Corte, entendendo que, no caso excepcional de previsão em norma coletiva de adicional de insalubridade para determinado cargo ou função, é dispensável a realização de perícia técnica.** Ademais, não se verifica o preenchimento dos requisitos de natureza econômica, social ou jurídica a justificar o conhecimento do apelo. Agravo de instrumento a que se nega provimento. **MULTA CONVENCIONAL - LIMITE - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA.** O entendimento fixado no acórdão regional, que não limita o valor da multa ao da obrigação principal, contraria entendimento dessa Corte sedimentado na Orientação Jurisprudencial nº 54 da SBDI-1 do TST, assim, recomendável prosseguimento do apelo. Agravo de instrumento provido. **RECURSO DE REVISTA DA PRIMEIRA RECLAMADA - INTERPOSTO EM FACE DE ACÓRDÃO PUBLICADO APÓS A VIGÊNCIA LEI Nº 13.467/2017. MULTA CONVENCIONAL - LIMITE - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA.** (violação aos artigos 412 do Código Civil, bem como contrariedade à OJ nº 54 da SDI-1 do TST) O processamento do recurso de revista na vigência da Lei nº 13.467/2017 exige que a causa apresente transcendência com relação aos aspectos de natureza econômica, política, social ou jurídica (artigo 896-A da CLT). Presente a transcendência política. O artigo 412 do Código Civil estabelece que o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal. Esse dispositivo é aplicável às multas fixadas em instrumentos de negociação coletiva, conforme entendimento já sedimentado na Orientação Jurisprudencial nº 54 da SDI-1 desta Corte. Assim, salvo quando o instrumento coletivo expressamente prevê a não utilização da obrigação principal como limitador do valor da multa, este deve ser aplicado. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. **RECURSO DE REVISTA DA SEGUNDA RECLAMADA - INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.467/2017. TERCEIRIZAÇÃO - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - CULPA IN VIGILANDO - TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA.** (violação aos artigos 5º, II, 22, I, 37, inciso XXI, § 6º, da Constituição Federal, 71, Lei nº. 8.666/93, bem como contrariedade à Súmula nº 331, V, do TST e à OJ nº 191 da SDI-I do TST, além de divergência jurisprudencial) O reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da existência de repercussão geral da questão relacionada à responsabilidade subsidiária do ente público tomador de serviços (Tema 246) se mostra suficiente para o reconhecimento da transcendência política. Neste sentido são os precedentes da 1ª Turma do STF nos autos dos Agravos Regimentais nas Reclamações 40652, 40759 e 40652, cujos acórdãos foram publicados no DJe de 30/09/2020. **No caso, verifica-se que o Tribunal Regional decidiu que a Administração Pública, na qualidade de tomadora dos serviços, é subsidiariamente responsável pela integralidade da dívida trabalhista, porquanto o ente público não cumpriu seu dever de fiscalização, entendendo por caracterizada a culpa in vigilando. Assim, evidenciada a consonância do acórdão regional com a tese veiculada pelo STF no RE 760.931/DF (Tema 246) sobressai inviável o acolhimento da pretensão recursal. Recurso de revista não conhecido" (RR-483-04.2018.5.17.0001, 7ª Turma, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, DEJT 17/12/2021).**

"I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (SEGUNDO RECLAMADO) SOB A ÉGIDE DA LEI 13.467/2017. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE PROVA PERICIAL. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. TRANSCENDÊNCIA NÃO RECONHECIDA. No caso em tela, o Tribunal Regional rejeitou a preliminar de nulidade da sentença por cerceio de defesa, em razão de as próprias partes, conforme registrado na ata de audiência de instrução e julgamento, declararem não ter mais provas a produzir, encerrando-se, assim, a instrução processual. Destarte, concluiu o TRT afigurar-se totalmente extemporânea a referida insurgência em sede de preliminar de mérito, sendo o caso de apreciação meritória do pleito exordial do referido adicional. **Quanto ao mérito, a Corte a quo acrescentou ser desnecessária a realização de perícia, tendo em vista que o parágrafo 1º, da cláusula décima, das convenções coletivas trazidas aos autos, fixa adicional de insalubridade de 20%, a partir de 01/01/2016, a todos os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial de contratos comerciais públicos e privados sobre o piso da categoria de R\$ 973,41, na forma do Termo Aditivo de 2016/2016, e a partir de 01/05/2017, sobre o piso de R\$ 1.031,82, conforme CCT 2017/2018, sendo que, de acordo com o Regional, a documentação anexada aos autos comprova que a autora foi admitida pela primeira reclamada no cargo de Auxiliar de Serviços Gerais e não consta nos autos demonstração de pagamento da parcela. O TRT ressaltou, ainda, não haver dúvida de que a atividade laborativa da reclamante de limpeza das dependências do Centro Estadual de Educação Técnica (CEET) Vasco Coutinho - Vila Velha - enquadra-se na hipótese prevista no parágrafo 1º da cláusula 10 das referidas avenças coletivas. E mais, consignou que, por meio de uma simples leitura do parágrafo 1º da norma coletiva, percebe-se que o pagamento do adicional de 20% será devido a todos Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial, independentemente da análise se o banheiro higienizado era ou não público ou de grande circulação, sendo, portanto, desnecessária a produção de prova pericial. Por fim, o TRT concluiu: " Constatada, portanto, que a situação dos autos se enquadra na hipótese prevista no Termo Aditivo CCT 2016/2016 e da CCT 2017/2018 supracitada, bem como guarda pertinência com o inciso II da Súmula 448 do TST, aplicável por analogia, por não se tratar de limpeza e recolhimento de lixo apenas em residências e escritórios, mas sim de limpeza em ambientes de grande circulação de pessoal com um público numeroso e diversificado (equiparável a lixo urbano), razão pela qual a atividade se enquadra, sim, na hipótese do Anexo 14 da NR 15 da Portaria 3.214/78 do Ministério do Trabalho ". Conforme se depreende do acórdão recorrido, verifica-se ter a Corte a quo procedido ao escorreito enquadramento jurídico dos fatos apurados. O exame prévio dos critérios de transcendência do recurso de revista revela a inexistência de qualquer deles a possibilitar o exame do apelo no TST. A par disso, irrelevante perquirir a respeito do acerto ou desacerto da decisão agravada, dada a inviabilidade de processamento, por motivo diverso, do apelo anteriormente obstaculizado. Agravo de instrumento não provido. II - RECURSO DE REVISTA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (SEGUNDO RECLAMADO) INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.467/2017. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, V, DO TST. CONDUTA CULPOSA. ÔNUS DA PROVA. TRANSCENDÊNCIAS POLÍTICA E JURÍDICA. O recurso de revista contém o debate acerca do reconhecimento da responsabilidade subsidiária da entidade pública, tema objeto de decisão em ação declaratória de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, ADC 16, e da Súmula 331, V, do TST, estando configurada a transcendência política, nos termos do art. 896-A, § 1º, II, da CLT. Ademais, houve mudança de entendimento sobre a questão, mormente após o julgamento dos embargos de declaração opostos no RE 760931 pelo Supremo Tribunal Federal, bem como do E-RR 925-07.2016.5.05.0281, em sessão Plenária realizada pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST, em 12/12/2019, cuja decisão definiu competir à Administração Pública o ônus probatório. Essa circunstância está apta a demonstrar a presença, também, do indicador de**

transcendência jurídica . Transcendência reconhecida. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, V, DO TST. CONDUTA CULPOSA. ÔNUS DA PROVA. REQUISITOS DO ARTIGO 896, § 1º-A, DA CLT , ATENDIDOS. Controvérsia sobre o ônus da prova, relacionado à culpa in vigilando, exigível para se atribuir responsabilidade subsidiária à Administração Pública, quando terceiriza serviços. Atribuir ao trabalhador terceirizado o ônus de provar que a autoridade gestora de seu contrato não teria sido diligente na fiscalização do cumprimento de obrigações trabalhistas pela empresa terceira corresponde a fazer tábula rasa do princípio consagrado - em favor do consumidor e, por desdobraimento, de outras pessoas ou grupos vulneráveis - pelo art. 6º, VIII, da Lei 8.078/90, qual seja, o direito "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências". O princípio da aptidão para a prova resultou inclusive absorvido e ritualizado pelo art. 818, § 1º, da CLT. A prova que recai sobre o trabalhador terceirizado, no tocante a nuances do negócio jurídico que se desenvolve entre as empresas que se beneficiam de seu trabalho (pois é disso que estamos a tratar quando aludimos à fiscalização de uma empresa sobre a conduta de outra empresa), é "prova diabólica", insusceptível de atendimento por diligência do empregado. Noutra ângulo, vê-se que o encargo de fiscalizar o cumprimento do contrato administrativo não deriva de construção doutrinária ou jurisprudencial, sendo, antes, imposição da Lei 8.666/93 (a mesma lei que imuniza o poder público que age sem culpa). Entende-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal reservou à Justiça do Trabalho decidir acerca do ônus da prova, no tocante à fiscalização do cumprimento de obrigações trabalhistas pela empresa que a Administração Pública contrata para a intermediação de serviços, cabendo ao poder público tal encargo. Decisão regional em harmonia com a Súmula 331 do TST. Recurso de revista não conhecido" (RRAg-690-42.2019.5.17.0009, 6ª Turma, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 06/05/2022).

Nesses termos, considero que a pretensão veiculada na inicial guarda estrita sintonia com a cláusula 10ª, § 1º, da Convenção Coletiva de Trabalho celebrada entre o Sindicato das Empresas de Asseio e Conservação no Estado do Espírito e o Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Asseio, Conservação e Limpeza Pública no Estado do Espírito de 2016 , norma reiterada nas convenções de 2017, 2018, 2019, 2020 e 2021 anexadas com a inicial e na de 2022, disponível nos portais digitais dos sindicatos convenientes, destacando-se que no parágrafo terceiro dessas cláusulas há expressa disposição no sentido de que a limpeza predial compreende, para os efeitos da norma coletiva, "... a limpeza realizada em escolas, comércios, shopping center, aeroportos, portos, rodoviárias, bancos e imóveis em geral, públicos e privados, tanto na área geral como na área industrial.

Desse modo, correta a sentença que decretou a responsabilidade subsidiária do Estado do Espírito Santo pelos créditos reconhecidos neste processo em favor dos substituídos, sem exclusão alguma, em decorrência de sua culpa contratual, devendo, portanto, ser mantida a decisão recorrida.

Nego provimento.

3. ACÓRDÃO

ACORDAM os Desembargadores da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, na Sessão Ordinária de Julgamento Virtual, com início em 22/05/2023, às 13:30h e término em 25/05/2023 às 13:30h, sob a Presidência da Exma. Desembargadora Ana Paula Tauceda Branco, com a participação dos Exmos. Desembargadores Valério Soares Heringer e Sônia das Dores Dionísio Mendes, presente o Ministério Público do Trabalho, Procurador Eduardo Maia Tenório da Cunha, por unanimidade, conhecer do recurso ordinário interposto pelo Estado do Espírito Santo e, no mérito, negar provimento ao apelo. Mantido o valor da condenação.

DESEMBARGADOR VALÉRIO SOARES HERINGER
Relator

PJe



Assinado eletronicamente por: [VALERIO SOARES HERINGER] - 5757779
<https://pje.trt17.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>



Documento assinado pelo Shodo



PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA DO TRABALHO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO

12ª VARA DO TRABALHO DE VITÓRIA

ACum 0000379-37.2022.5.17.0012

RECLAMANTE: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL
ES

RECLAMADO: ZAP SERVICOS E CONSERVACAO LTDA - ME E OUTROS (2)

SENTENÇA

SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPIRITO SANTO - SINDILIMPE ES ajuíza ação de cumprimento, pelos fatos e fundamentos que aponta, postulando a condenação dos reclamados, o segundo a título subsidiário, ao pagamento do adicional de insalubridade no percentual de 20% (vinte por cento) para todos os substituídos que exercem/exerceram a função de auxiliar de serviços gerais no contrato celebrado com o segundo reclamado, nos termos da Cláusula 10ª, §1º, da CCT, desde o início do contrato de trabalho, em parcelas vencidas e vincendas, calculada sobre o piso de R\$ 1.060,00 (mil e sessenta reais), com reflexos em 13º salários, férias com acréscimo de 1/3, FGTS, reflexos do adicional deferido em aviso prévio e adicional de 40% sobre o FGTS para aqueles substituídos despedidos sem justa causa no curso do contrato de trabalho, além de multa convencional, assistência judiciária gratuita e honorários advocatícios.

Resposta de **ZAP SERVICOS E CONSERVACAO LTDA - ME**, na forma da contestação, por meio da qual refuta as alegações vestibulares, pugnando pela improcedência dos pedidos.

Resposta do **ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, na forma contestação, por meio da qual suscita preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* e, no mérito, refuta a responsabilidade que lhe é atribuída e as alegações vestibulares, pugnando pela improcedência dos pedidos.

Conciliação recusada.

Alçada arbitrada em R\$ 40.000,00.

Ao ensejo da assentada de Id 65e0129 indeferiu o juízo a produção de prova pericial, pelos motivos que da respectiva ata constam, sob protestos da ré. Foi encerrada a instrução processual, com razões finais apresentadas em memoriais escritos, sem qualquer êxito no esforço final de conciliação.

É o relatório.

ISTO POSTO

FUNDAMENTAÇÃO

ILEGITIMIDADE AD CAUSAM

O segundo réu não é parte ilegítima no feito, uma vez que integra, na condição de tomadora final, e real, dos préstimos obreiros, a relação jurídica subjacente à lide, de onde advém o presente conflito de interesses.

Quanto à alegada ilegitimidade ativa, superado o ineditismo do texto da Constituição Federal de 1988, não há mais espaço para que se questione a atuação dos sindicatos em Juízo para a tutela dos interesses individuais homogêneos e coletivos da categoria de sua representação. Isso porque no mais das vezes buscam os sindicatos em Juízo salvaguardar direitos aplicáveis indistintamente aos empregados, típicos interesses transindividuais da classe individual homogênea, decorrentes de origem comum preconizados no art. 81 da Lei nº 8.078/90, que estejam a ser violados por certos e determinados padrões, a justificar plenamente que possam dela fazer uso associações sindicais constituídas há mais de um ano, independentemente de rol ou lista de substituídos, consoante disposição do art. 82 da referida lei. A legitimidade das entidades sindicais para essas ditas *class actions* está contemplada na regra matriz do art. 8º, III, da Carta Federal, a lhes outorgar a defesa judicial de tais interesses coletivos, sem maiores peias ou restrições, nos moldes da jurisprudência pacificada do Excelso Pretório.

A utilização da presente demanda coletiva para a tutela de direitos com origem comum, de trabalhadores legalmente representados pelo

sindicato autor (mediante substituição processual), mostra-se adequada ao caso, não sendo hipótese de extinção terminativa do feito. Rejeito a prefacial.

MÉRITO

RESPONSABILIDADE DO SEGUNDO RÉU

A responsabilidade do segundo reclamado pelos efeitos desta condenação não há de ser mensurada à luz do art. 2º, e tampouco do art. 455, ambos da CLT, mas nos moldes preconizados nos arts. 186 e seguintes c/c 927 e seguintes, do Código Civil, uma vez que concorreu para que a reclamante suportasse as inúmeras lesões apregoadas na exordial.

Não há, outrossim, prova de fiscalização quanto ao adimplemento das verbas trabalhistas e previdenciárias, ônus que incumbia ao segundo réu, real beneficiário dos préstimos de serviço dos substituídos. A existência de parcelas devidas ao obreiro, por si só, já demonstra que a fiscalização não foi eficiente.

Com efeito, foram sonegados dos substituídos direitos comezinhos assegurados por lei em virtude da existência do sinalagma, com a conivência do tomador final dos serviços, a quem era dado adotar critérios mais seguros de escolha e de fiscalização da empresa contratada, a primeira ré, sobretudo no que tange ao cumprimento das obrigações cogentes fixadas em prol da comunidade dos empregados.

Houve, com efeito, culpa do segundo réu nas modalidades *in eligendo et in vigilando*, à vista das violações obrigacionais denunciadas no libelo, as quais merecem ser ressarcidas, sem exclusão de qualquer dentre as rubricas deferidas ao sindicato autor nesta sentença, ainda que por intermédio da responsabilidade subsidiária aplicável à espécie, que proclamo e na qual condeno o tal defendente, uma

vez que se revelam presentes neste caso os requisitos versados no art. 942, "in fine", do Código Civil, coisa que se mostra fundamental para permitir a recomposição dos direitos sonegados.

PRETENSÕES VESTIBULARES

Postula o sindicato autor a condenação dos reclamados, o segundo a título subsidiário, ao pagamento do adicional de insalubridade no percentual de 20% (vinte por cento) para todos os substituídos que exercem /exerceram a função de auxiliar de serviços gerais no contrato celebrado com o segundo réu, nos termos da Cláusula 10ª, §1º, da CCT, desde o início do contrato de trabalho, em parcelas vencidas e vincendas, calculada sobre o piso de R\$ 1.060,00 (mil e sessenta reais), com reflexos em 13º salários, férias com acréscimo de 1/3, FGTS, reflexos do adicional deferido em aviso prévio e adicional de 40% sobre o FGTS para aqueles substituídos despedidos sem justa causa no curso do contrato de trabalho. Colaciona aos autos a CCT 2016, 2017, 2018, 2019, 2020 e 2021.

A Convenção Coletiva é expressa quanto à obrigatoriedade de pagamento de adicional de insalubridade a partir de 01 de janeiro de 2016 para os empregados lotados na função de auxiliar de serviços gerais de limpeza predial, mantida a obrigatoriedade por todas as demais CCT's.

Não cabe cogitar, como quer fazer parecer os réus, da exigência de prova pericial para apuração das condições do local de trabalho ou do enquadramento das atividades nas disposições previstas nas normas regulamentadoras específicas.

A Constituição Federal, em seu artigo 7º, previu expressamente o reconhecimento de validade das convenções e acordos coletivos de trabalho. Verifica-se pela leitura sistemática no ordenamento jurídico da força conferida aos instrumentos de negociação coletiva, sendo vedado somente a modificação de normas cogentes, em detrimento do trabalhador.

Neste sentido, a concessão de adicional de insalubridade por meio de norma coletiva, sem espeque em laudo pericial prévio, não agride preceito de ordem pública, uma vez que confere garantias ainda maiores do que aquelas minimamente oferecidas pela lei quanto à proteção ao trabalho.

Ressalte-se que o ente público é ora demandado em caráter subsidiário, de forma que as normas coletivas aplicáveis aos empregados são aquelas referentes ao sindicato representativo do real empregador. Esclareço que a força normativa das convenções coletivas afasta qualquer dúvida acerca da possibilidade de seu não cumprimento na execução da relação de emprego e, enquanto vigentes, devem ser observadas pelas partes da relação de trabalho, devendo as suas cláusulas ser consideradas no momento da formulação das propostas no âmbito da prestação de serviços à Administração Pública, principalmente à vista do disposto no art. 7º, § 2º, II, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que determina a prévia existência de todos os custos unitários do serviço.

Assim, se está fora da alçada do empresário afastar o pagamento do benefício previsto em norma coletiva, fica evidente que este custo deve ser considerado pela Administração Pública.

Não havendo nos autos prova do pagamento das verbas postuladas, condeno os réus, segundo a título subsidiário, ao pagamento de adicional de insalubridade no percentual de 20% (vinte por cento) para todos os substituídos que exercem/exerceram a função auxiliares de serviços gerais no contrato celebrado com o segundo réu, nos termos da Cláusula 10ª, §1º, da CCT, calculada sobre o piso de R\$ 1.060,00 (mil e sessenta reais), com reflexos em 13º salários, férias com acréscimo de 1/3, FGTS, reflexos do adicional deferido em aviso prévio e adicional de 40% sobre o FGTS para aqueles substituídos despedidos sem justa causa no curso do contrato de trabalho.

O adicional já remunera os dias de repouso semanal remunerado do empregado mensalista, na forma da OJ 103 da SDI-1 do C.TST.

A liquidação e a execução desta sentença coletiva genérica dar-se-á de forma individual, sujeitando-se à livre distribuição, na forma do art. 98, § 2º, I, da Lei 8.078/90, aos interessados cumprindo comprovar em Juízo que se amoldam à hipótese de incidência deste “decisum”.

No mais, não há amparo legal para efeito de imputação aos réus dos encargos fiscais e previdenciários exclusivos decorrentes da condenação.

Indevido o benefício da assistência judiciária gratuita, vez que não preenchidos os requisitos do art. 790, §3º da CLT.

Tendo em vista a sucumbência dos reclamados, arbitro honorários advocatícios de 5% sobre o valor a que forem condenados na ação de liquidação, na forma do artigo 791-A da CLT, sobre o crédito reconhecido a cada trabalhador em ação própria.

PELO EXPOSTO

Julgo, nos termos da fundamentação supra, que integra o presente dispositivo para todos os efeitos legais, **PROCEDENTE O PEDIDO**, para condenar os réus, segundo a título subsidiário, ao pagamento de títulos, tais como constam especificados na motivação deste “decisum”, observados os parâmetros ali consignados, nomeadamente que a liquidação e a execução desta sentença coletiva genérica dar-se-á de forma individual, sujeitando-se à livre distribuição, na forma do art. 98, § 2º, I, da Lei 8.078/90, aos interessados cumprindo comprovar em Juízo que se amoldam à hipótese de incidência desta sentença.

Juros e correção monetária na forma da lei.

Custas de R\$ 800,00, calculadas sobre o valor arbitrado de R\$ 40.000,00, pelos reclamados, isento o segundo réu.

Prazo de cumprimento de oito dias.

Determino à reclamada calcular o valor devido à Previdência Social, como se apurar em liquidação, efetuando o pagamento até o 8º dia do mês de competência e comprovando o recolhimento até o 15º dia do mês subsequente ao da

competência. Cumpram-se os provimentos n.ºs. 02/93 e 01/96, da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho.

Oficie-se o INSS e a DRT.

Dê-se ciência às partes.

VITORIA/ES, 18 de agosto de 2022.

ROBERTO JOSE FERREIRA DE ALMADA
Juiz do Trabalho Titular



Assinado eletronicamente por: ROBERTO JOSE FERREIRA DE ALMADA - Juntado em: 18/08/2022 18:30:16 - 3d38e6d
<https://pje.trt17.jus.br/pjekz/validacao/22081818144926000000027485889?instancia=1>
Número do processo: 0000379-37.2022.5.17.0012
Número do documento: 22081818144926000000027485889



PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA DO TRABALHO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO

10ª VARA DO TRABALHO DE VITÓRIA

ACum 0000353-45.2022.5.17.0010

RECLAMANTE: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL
ES

RECLAMADO: FLEX ADMINISTRADORA E PRESTACAO DE SERVICOS EIRELI -
EPP E OUTROS (2)

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

Trata-se de ação de cumprimento, ajuizada pelo **SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO E LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO** em face de **FLEX ADMINISTRADORA E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EIRELI e ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, já qualificadas nos autos, com os fatos, fundamentos e pedidos da inicial.

Na audiência de 26-07-2022, não havendo conciliação, foi recebida a defesa da reclamada com documentos, deferindo-se prazo para manifestação pela parte autora.

Determinou-se a intimação do MPT, caso quisesse se manifestar após o prazo concedido ao Sindicato.

Como as partes declararam desde logo não ter outras provas a produzir, encerrou-se a instrução processual.

Razões finais remissivas.

A parte autora não apresentou defesa e o MPT opinou pelo prosseguimento do feito sem necessidade de emissão de parecer específico.

Os autos então vieram conclusos.

É o relatório. Passo a decidir.

II – FUNDAMENTAÇÃO

PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA 2ª RECLAMADA

O ordenamento jurídico nacional adotou, quanto ao exame das condições da ação, a teoria da asserção. Assim, a legitimidade passiva é verificada conforme as alegações da parte autora na inicial em abstrato.

Como o reclamante apontou a 2ª reclamada como responsável subsidiária pelas verbas pleiteadas está satisfeita a pertinência subjetiva da lide. A questão se é, ou não, devedora das parcelas vindicadas é matéria de mérito e, com ele, será apreciada.

Pelo exposto, rejeito.

AUSÊNCIA DE ROL DE SUBSTITUÍDOS - DIREITOS HETEROGÊNEOS

O Sindicato requereu a condenação do polo passivo ao pagamento de adicional de insalubridade no percentual de 20% (vinte por cento) para todos os substituídos que exercem/exerceram a função correspondente a auxiliar de serviços gerais predial, desde de julho de 2021, nas dependências dos fóruns vinculados ao Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, em parcelas vencidas e vincendas.

Trata-se, portanto, de pedido em favor dos substituídos (empregados e ex-empregados da reclamada no período que se cobra) decorrente de ato geral da 1ª reclamada de ter cessado o pagamento de adicional de insalubridade e, portanto, que configura ofensa a direitos individuais homogêneos (ART. 81, III, do CDC).

A Constituição da República (art. 8º, III), ao atribuir ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, autoriza a atuação da entidade sindical como substituto processual, independentemente da outorga de poderes por parte dos interessados e abrangendo os trabalhadores filiados e não filiados ao sindicato. Interpretando o referido dispositivo constitucional, por ocasião do julgamento do Mandado de Injunção n.º 347-5, o Supremo Tribunal Federal (STF) acenou para a tese que consagra a substituição processual sempre que o litígio versar sobre interesse ou direito coletivo ou individual homogêneo da categoria.

Portanto, por se tratar de ação versando sobre direitos individuais homogêneos, evidencia-se a legitimidade ativa do sindicato para manejar a presente ação coletiva, na qualidade de substituto processual, nos moldes previstos no artigo 8.º, inciso III, da Constituição Federal.

Ressalta-se que sequer é exigido do sindicato a apresentação do rol de substituídos, sempre que for possível a perfeita individualização destes na fase de liquidação de sentença, não havendo que se falar em necessidade de comprovação de que os trabalhadores seriam seus associados.

A propósito, os substituídos, em fase de liquidação, devem provar a condição de vítima, o dano particular e a correlação com o dano geral reconhecido na sentença, de modo que somente aqui será individualizada a defesa do réu.

Logo, desnecessária a identificação dos substituídos na fase de conhecimento da demanda coletiva.

E justamente por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização específica dos substituídos.

Frisa-se, ademais, o Supremo já decidiu que a substituição processual pelo sindicato é ampla, abrangendo inclusive direitos individuais homogêneos de membros da categoria, ainda que não filiados, o que levou o TST a cancelar sua Súmula 310.

Rejeito a preliminar.

EXIGÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DOS SUBSTITUÍDOS

Em caso de acolhimento da pretensão autoral serão tomadas medidas para o amplo conhecimento dos substituídos.

Por ora, compete ao polo passivo, em caso de demanda individual, sem ciência pelo substituído da presente demanda, verificar o interesse na suspensão do processo individual.

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Na inicial, a parte autora alegou que:

"1. A 1ª Reclamada é detentora de contrato de prestação de serviços de limpeza e conservação predial com o 2º Reclamado.

Em razão disso, os substituídos, empregados da 1ª Reclamada, desempenham suas funções nas dependências dos fóruns vinculados ao Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, bem como nas dependências do próprio TJ-ES.

2. Apesar do disposto na cláusula décima, §1º, das Convenção Coletivas 2021/2021 e 2022/2022, com vigência no período de 01/01/2021 a 31/12/2022, a 1ª Reclamada não realiza o pagamento do adicional de insalubridade no percentual de 20%, desde a admissão dos substituídos, razão pela qual pleiteia-se a condenação das Reclamadas ao pagamento do referido adicional desde julho de 2021, em parcelas vencidas e vincendas.

[...]

3. Com fundamento no art. 7º da CR/88, a partir de norma resultante de processo de negociação coletiva, os sindicatos patronal e laboral pactuaram na cláusula 10ª, § 1º, das CCTs 2021/2021 e 2022/2022, benefício consistente no pagamento de adicional de insalubridade de 20% para os trabalhadores que exercem a função de auxiliar de serviços gerais de limpeza predial. Vejamos:

[...]

4. Destaca-se, ainda, que, por força de regra expressa no §2º, da cláusula 10ª das CCTs, entende-se por limpeza predial, a limpeza realizada em escolas, comércios, Shopping Center, Aeroportos, portos, rodoviárias, bancos e imóveis em geral, públicos e privados.

5. Os substituídos realizam/realizaram a limpeza predial nas dependências dos fóruns vinculados ao Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo e do próprio TJ/ES, sendo devido o pagamento do referido adicional de insalubridade para os substituídos."

A 1ª reclamada rechaçou as alegações autorais dizendo que:

"A enxurrada de demandas coletivas levou os Sindicatos Laboral e Patronal a firmarem, através de Acordo Coletivo, no ano de 2015,

cláusulas que visavam regulamentar a situação dos trabalhadores, bem como pôr fim às demandas então propostas.

Assim, ficou convencionado que a partir de 01 de janeiro de 2015 todos os trabalhadores que exercessem atividade de limpeza de banheiros coletivos ou de grande circulação de pessoas passariam a receber o adicional de insalubridade em grau máximo (40%), sendo tal cláusula, apenas, repetida nas convenções posteriores.

[...]

*Ocorre que a Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (PGE) emitiu parecer vinculante em que **opinava pela inconstitucionalidade e nulidade da instituição, através de Convenção Coletiva, de adicional de insalubridade que não fosse baseado em laudo pericial.***

*A partir de tal parecer, o Estado do Espírito Santo, segundo reclamado, **proibiu** que empresas prestadoras de serviços de preverem o respectivo adicional em suas planilhas de custos quando da participação de licitações e prestação de serviços a seus órgãos e secretarias.*

Em razão dessa proibição, o Sindicato autor, juntamente com o Sindicato das Empresas de Asseio e Conservação propuseram ação perante o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo – TJES, registrada sob o número 0039221-60.2016.8.08.0024, em que era pretendido obrigar o Estado do Espírito Santo a respeitar a cláusula convencional firmada.

[...]

Mantida a decisão pelo E. TJES, os sindicatos interpuseram outros recursos, estando o processo atualmente no STJ e registrado no o nº AREsp nº 1643789.

[...]

*Bem, Excelência, atualmente o sindicato autor se encontra impedido de dispor sobre insalubridade nos termos da Cláusula 10ª, § 1º, da CCT, **pois contra ele há decisão em duas instâncias da Justiça Estadual que declarou tal cláusula nula.***

A 2ª reclamada rechaçou as alegações autorais dizendo que:

“ Como se observa, as Normas Coletivas têm por objeto ampliar os direitos dos trabalhadores previstos em lei. E, nestes termos, salvo

as restrições previstas em lei, os Sindicatos têm ampla liberdade de negociação, podendo celebrar Ajustes Coletivos fixando obrigações. Situação diversa, portanto, ocorre quando a negociação coletiva extrapola os limites da Constituição Federal, da lei em sentido estrito e das normas infralegais regulamentadoras, ou seja, quando as normas autônomas invadem a seara reservada às normas heterônomas de caráter imperativo, sem qualquer respaldo no ordenamento jurídico.

O caso dos Autos mais uma vez remonta à antiga discussão sobre os limites da atuação sindical na formação de normas jurídicas autônomas (autonomia privada coletiva), ou, em suma, da possibilidade de prevalência do “negociado sobre o legislado”. Entretanto, é inegável a vedação da prevalência de normas coletivas (autônomas) sobre as estatais, quando estas tratarem de direito absolutamente indisponível e/ou matéria de ordem pública.

[...]

Neste contexto, resta evidente que as normas de saúde e segurança do trabalho que regulamentam o direito ao adicional de insalubridade, bem como os procedimentos para aferição no caso concreto (realização de perícia e regulamentação por ato infralegal do órgão ministerial) definitivamente não podem ser objeto de negociação coletiva, haja vista que extrapolam os limites da autonomia privada coletiva.

Não bastasse, impõe-se respeitar as prescrições do Capítulo V da CLT, que regulamenta a Segurança e a Medicina do Trabalho, que em seus artigos 155 e 156 estatui:

[...]

E o órgão a que aludem o inciso I do art. 155 e o caput do art. 190 da CLT é o Ministério do Trabalho, responsável pela edição das Normas Regulamentadoras (NR), que integram a Portaria 3.214/78.

Deflui, portanto, que não há espaço jurídico para que Sindicatos estabeleçam norma convencional inerente à medicina e segurança do trabalho contendo a caracterização e classificação de insalubridade fora das hipóteses contidas nas normas do Ministério do Trabalho.

[...]

Nesses termos, apenas a União tem competência para legislar acerca de direito do trabalho, sendo inconstitucional norma coletiva que estabeleça disposições no âmbito da competência legislativa privativa.

É importante notar que, nos termos do parágrafo único do artigo 22, CRFB/88, lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

[...]

Faz-se mister destacar que o art. 611-A da CLT apenas autoriza que os Entes Sindicais firmem Convenções e Acordos Coletivos dispendo sobre temas de indisponibilidade relativa, os quais foram mencionados em rol exemplificativo, mas nunca autorizou – e nem poderia – que os pactuantes possam inovar e suprimir normas cogentes de ordem pública, que foram taxativamente elencadas no artigo subsequente (art. 611-B).

[...]

Insta salientar que, no Recurso Extraordinário n. 590.415 /SC (Repercussão Geral – Tema 152), de relatoria do eminente Ministro Luís Roberto Barroso, não obstante o entendimento de que é válida a dispensa incentivada aprovada em acordo coletivo, não houve o reconhecimento de que a negociação coletiva pudesse se sobrepor às normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, incluindo as regras sobre a prestação de serviços em condições insalubres e o recebimento do adicional de insalubridade.

[...]

Portanto, resta evidente que o Laudo Técnico é vital para aferir a insalubridade, e é requisito essencial, como já demonstrado nessa peça. A questão transcende a um simples adicional, trata-se na verdade de extensão de vários direitos que não podem ser definidos apenas por uma CCT. Devem ser respeitadas a legalidade e atendidos os requisitos para sua concessão.

[...]

Não bastasse, o Sindicato Patronal (SEACES) ingressou em Juízo pleiteando que o Estado fosse compelido a incluir em seus Editais de Licitação a previsão de pagamento de adicional de insalubridade de 20% para todos os Auxiliares de Serviços Gerais, simplesmente com base no Parágrafo Primeiro da Cláusula Décima da CCT firmada entre o SEACES e o SINDILIMPE.

[...]

Acolhendo a r. Decisão acima, o SEACES ingressou com Ação na Justiça Comum Estadual, registrada sob o número 0039221-60.2016.8.08.0024, em que foi proferida Decisão liminar determinando que a Administração Pública Estadual, Autárquica e Fundacional incluísse em seus Editais de Licitação o adicional de insalubridade de 20% para os Auxiliares de Serviços Gerais. Todavia, a r. Sentença indeferiu o pleito, revogando a Ordem, confirmada pelo Egrégio Tribunal de Justiça (docs. acostados).

Merece registro o fato de que a r. Sentença consignou ser inconstitucional a instituição do adicional de insalubridade por norma coletiva, sem a necessária individualização dos riscos ambientais por meio de Laudos Técnicos, verbis:

[...]

Outrossim, cabe destacar alguns trechos do v. Acórdão proferido pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, que negou provimento ao recurso autoral, verbis:

[...]"

À análise.

Os arts. 189 e 190 da CLT assim dispõem acerca do adicional de insalubridade:

Art . 189 - Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham 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. (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

Art . 190 - O Ministério do Trabalho aprovará o quadro das atividades e operações insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes. (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

Nesse sentido, o TST consolidou na OJ 4 da SDI-1 o seguinte posicionamento:

OJ-SDI1-4 ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. LIXO URBANO (nova redação em decorrência da incorporação da Orientação Jurisprudencial nº 170 da SBDI-1) - DJ 20.04.2005

I - Não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho.

II - A limpeza em residências e escritórios e a respectiva coleta de lixo não podem ser consideradas atividades insalubres, ainda que constatadas por laudo pericial, porque não se encontram dentre as classificadas como lixo urbano na Portaria do Ministério do Trabalho. (ex-OJ nº 170 da SDI-1 - inserida em 08.11.2000)

Logo, o direito ao adicional depende tanto da classificação da atividade como insalubre na relação oficial do Ministério do Trabalho e Emprego quanto da verificação da efetiva exposição do trabalhador a agentes nocivos.

Vale pontuar, contudo, que em 2014, o TST converteu a OJ retrocitada na Súmula 448, alterando parcialmente sua redação para:

ATIVIDADE INSALUBRE. CARACTERIZAÇÃO. PREVISÃO NA NORMA REGULAMENTADORA Nº 15 DA PORTARIA DO MINISTÉRIO DO TRABALHO Nº 3.214/78. INSTALAÇÕES SANITÁRIAS. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 4 da SBDI-1 com nova redação do item II) - Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014.

I - Não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho.

II - 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 nº 3.214/78 quanto à coleta e industrialização de lixo urbano.

Portanto, ressalvado o entendimento pessoal desta magistrada, adotando-se o entendimento pacificado no item II da SUM-448 do TST (a partir de 2014, com a alteração parcial da redação anterior da OJ 4,SDI-I), há que averiguar o tipo de

trabalho desenvolvido pela autora e as condições do lugar de trabalho como de grande circulação ou não para conclusão acerca da exposição ou não à insalubridade.

Apesar de o item II da SUM-448 do TST não ter fixado parâmetros do que seriam “instalações sanitárias de uso público ou coletivo de grande circulação”, no caso específico dos autos, a própria categoria (profissional e econômica) entendeu por bem fixar em norma coletiva que a grande circulação seria caracterizada a partir de 40 pessoas.

Nesse sentido, a CCT 2021 da categoria (ID. e06b336) estabeleceu na cláusula 10ª que:

“CLÁUSULA DÉCIMA - PAGAMENTO DA INSALUBRIDADE

Fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção Coletiva de Trabalho pagarão adicional de insalubridade, em grau máximo, ou seja, no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre a base de cálculo de R\$ 1.060,00 (Um mil e sessenta reais) proporcional à jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais banheirista que realizam a limpeza de banheiros públicos de uso coletivo ou de grande circulação igual ou superior a 40 (quarenta) pessoas. O pagamento do adicional aqui previsto será pago enquanto perdurar a eficácia da súmula 448 do TST.

Parágrafo 1º - *A todos os trabalhadores que exercem as funções de Auxiliar de Serviços Gerais de limpeza predial e Merendeira fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção pagarão adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre a base de cálculo de R\$ 1.060,00 (Um mil e sessenta reais) proporcional à jornada laborada, exceto os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial já enquadrados no caput desta cláusula.*

Parágrafo 3º - *Entende-se por limpeza predial, a limpeza realizada em escolas, comércios, shopping Center, aeroportos, portos, rodoviárias, bancos e imóveis em geral, públicos e privados, tanto na área geral como na área industrial.*

A CCT 2022 da categoria (ID. 2e0db88) estabeleceu, de modo bastante semelhante na cláusula 10ª que:

CLÁUSULA DÉCIMA - PAGAMENTO DA INSALUBRIDADE

Fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção Coletiva de Trabalho pagarão adicional de insalubridade, em grau máximo, ou seja, no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre a base

de cálculo de R\$ 1.070,00 (Um Mil e Setenta Reais), proporcional à jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais Banheirista que realizam a limpeza de banheiros públicos de uso coletivo ou de grande circulação igual ou superior a 40 (quarenta) pessoas. O pagamento do adicional aqui previsto será pago enquanto perdurar a eficácia da súmula 448 do TST.

Parágrafo 1º - A todos os trabalhadores que exercem as funções de Auxiliar de Serviços Gerais de limpeza predial e Merendeira, fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção pagarão adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre a base de cálculo de R\$ 1.070,00 (Um Mil e Setenta Reais), proporcional a jornada laborada, exceto os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial já enquadrados no caput desta cláusula.

Parágrafo 2º - Entende-se por limpeza predial, a limpeza realizada em escolas, comércios, shopping Center, aeroportos, portos, rodoviárias, bancos e imóveis em geral, públicos e privados, tanto na área geral como na área industrial.

Parágrafo 3º - Aos trabalhadores que exercem a função de Recepcionista em Hospitais, Pronto Socorro, Unidades de Saúde e Pronto Atendimento, fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção pagarão adicional de insalubridade de no mínimo 20% (vinte por cento) sobre a base de cálculo de R\$ 1.070,00 (Um Mil e Setenta Reais), proporcional a jornada laborada.

E, como não há controvérsia de que a 1ª reclamada tenha empregados desempenhando funções mencionadas na Cláusula 10ª das CCTs cujo cumprimento se requer, é de se entender que deve, sim, realizar o pagamento do adicional de 20% (exceto obviamente para aqueles que já paga percentual superior).

Como o polo passivo não suscitou o cumprimento da cláusula tampouco alegou que não havia grande circulação, mas, sim, defendeu a inaplicabilidade da cláusula sobretudo, ante o que se decidiu nos autos de nº 0039221-60.2016.8.08.0024, cabe, então, tecer alguns comentários sobre a referida ação.

E, a esse respeito, cabe destacar que, ao contrário do que a 1ª reclamada quer fazer crer em sua defesa, o sindicato-autor não foi parte em tal demanda julgada pela Vara da Fazenda Pública Estadual.

O processo de autos n.º 0039221-60.2016.8.08.0024 foi ajuizado pelo Sindicato patronal (SEACES), não profissional, em face do Estado do Espírito Santo.

E quanto ao entendimento adotado pelo juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública Estadual, Municipal, Registros Públicos, Meio ambiente e saúde, nos autos de nº 0039221-60.2016.8.08.0024, importa registrar que a inconstitucionalidade da cláusula foi apenas uma razão de decidir daquele Juízo para negar o pedido principal de inclusão de cláusula em licitação que levasse em conta o adicional em comento, de modo que não vincula nem terceiros como o Sindicato-autor nem este Juízo (da mesma forma que o entendimento adotado no parecer da PGE que sustenta a inconstitucionalidade da previsão do referido adicional no caso dos autos).

Ora, a negociação coletiva constitui relevante instrumento de autocomposição e possui notável função pacificadora de conflitos de natureza sociocoletiva. O reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho está consagrado constitucionalmente (art. 7º, XXVI, CF/1988) e decorre do direito subjetivo coletivo à negociação.

Em razão disso, a anulação/invalidade de cláusulas convencionais deve ser pautada pela violação de norma cogente de ordem público trabalhista, de irrenunciabilidade absoluta. Portanto, somente é admissível quando tais cláusulas violarem ou suprimirem direitos indisponíveis dos trabalhadores, o que definitivamente não é o caso dos autos.

Pelo contrário, a previsão normativa é benéfica ao trabalhador, não havendo nada de ilegal, pois não agride qualquer preceito de ordem pública. Não suprime direitos, tampouco viola normas que se destinam à proteção ao trabalho, à saúde e às condições de higiene e de segurança do trabalhador.

Assim, a concessão de adicional de insalubridade por meio de instrumento coletivo, independentemente de laudo técnico ou de enquadramento em norma regulamentadora do MTE, importa em oferecer ao trabalhador garantias maiores do que aquelas mínimas oferecidas por lei quanto à proteção ao trabalho.

Entendimento diverso militaria em sentido contrário ao princípio da autonomia coletiva de vontade, previsto constitucionalmente.

Em outras palavras, para fins trabalhistas, a norma coletiva é suficiente para impor ao empregador o pagamento da referida rubrica ao trabalhador, independentemente do nome que as partes resolveram atribuir à verba.

O art. 611-A da CLT, incluído pela denominada Reforma Trabalhista, de questionável constitucionalidade em diversos aspectos, que fora invocado pelo polo passivo não é empecilho para a celebração de norma coletiva dessa natureza. Pelo contrário, o próprio dispositivo autoriza a estipulação de grau de insalubridade por ACT/CCT, sem mencionar a necessidade de realização de perícia

técnica. Logo, não há falar em nulidade de norma coletiva que estipula o próprio pagamento do adicional, para fins trabalhistas.

Com a devida vênia, tanto o entendimento da PGE quanto o do Judiciário Estadual partem de premissas/princípios diversos dos que regem o Direito do Trabalho. Subverteu-se a sistemática trabalhista que, fundamentada nos princípios da proteção e da prevalência da norma mais benéfica, não só considera válida a norma, em princípio, de menor hierarquia, porém mais favorável ao trabalhador, como a considera preponderante sobre demais menos protetivas.

Destarte, considerando que, como já pontuado, não há controvérsia de que a 1ª reclamada teve e tem funcionários na função de auxiliares de serviços gerais no contrato celebrado com o Estado do Espírito Santo (fóruns vinculados ao TJ/ES e próprio TJ/ES) e tendo em conta a validade da cláusula 10ª das CCTs 2021 e 2022, deve ser acolhido o pedido de cumprimento da norma coletiva em comento.

E, como a própria norma coletiva fixa a base de cálculo da rubrica de forma proporcional à jornada, deve ser observada tal previsão nos cálculos.

Ante o exposto, **defiro parcialmente os pedidos das alíneas do rol de pleitos da inicial para condenar a 1ª reclamada a:**

- pagar a verba prevista na Cláusula 10ª, §1º, das CCTs 2021 e 2022 (adicional de insalubridade de 20%) para os substituídos, a partir de julho de 2021 até o encerramento da vigência da CCT 2022 (ou eventual termo aditivo que replique a previsão do adicional para tal função);

- pagar os correlatos reflexos em horas extras, adicional noturno, DSRs em dobro (em virtude de trabalho em domingos e feriados sem folga compensatória), 13º salários, férias, FGTS (incluindo o FGTS sobre as verbas remuneratórias majoradas) e, para os já dispensados, reflexos também em aviso prévio indenizado e multa resilitória do FGTS;

São considerados substituídos: os funcionários e ex-funcionários da 1ª reclamada na função de auxiliar de serviços gerais que prestam/prestaram serviços nos fóruns vinculados ao TJ-ES e ao próprio TJ-ES em decorrência do contrato entre a 1ª reclamada e o Estado do Espírito Santo, exceto os que já percebam o adicional em percentual superior, no período de julho de 2021 até até o encerramento da vigência da CCT 2022 (ou eventual termo aditivo que replique a previsão do adicional para tal função).

EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS – OBRIGAÇÃO DE FAZER

A fim de viabilizar a concretização do julgado, com a satisfação do direito dos substituídos, **defiro parcialmente o pedido da alínea “g” da inicial para condenar a 1ª reclamada a, no prazo de 8 dias, contados do trânsito em julgado independentemente de nova intimação**, apresentar relação de todos os empregados que atuam/atuaram (a partir de julho de 2021) nos fóruns vinculados ao Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo e no próprio TJ/ES, mediante a juntada das GFIPs e fichas cadastrais.

Frisa-se que, ante o teor da cláusula 10ª que já fixou base de cálculo da parcela, bastam documentos que indiquem a função dos funcionários e quais trabalharam no período da condenação, o que viabilizará eventual ajuizamento de liquidação/execução coletiva, sob pena de multa diária no valor de R\$ 500,00 por dia de descumprimento, limitada a R\$ 10.000,00, quando será revista.

Como se trata de multa para permitir o ajuizamento de eventual liquidação/execução coletiva e, caso devida, a ser executada nestes autos, o valor da penalidade será revertida em favor do sindicato-autor.

TUTELA DE URGÊNCIA

Considerando o grande lapso temporal entre a data da cessação do pagamento e a data do ajuizamento da presente ação; considerando a matéria tratada na lide, envolvendo contrato público; considerando que se trata apenas de obrigação de pagar (a obrigação de fazer é apenas relacionada ao fornecimento de documentos para viabilizar liquidação) entendo que não há motivo para se deferir a tutela de urgência para se determinar o imediato pagamento.

Assim, **indefiro**.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Na inicial, a parte autora alegou que:

"10. Os substituídos realizam/realizaram atividades em favor do 2º Reclamado, nas dependências dos fóruns vinculados ao Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo e do próprio TJ/ES; sendo que a responsabilidade do 2º Reclamado decorre do fato de se beneficiar dos serviços prestados pelos trabalhadores, bem como por não ter diligenciado no sentido de averiguar amplamente as condições de trabalho em observância à legislação trabalhista. EM ESPECIAL, no que se refere ao cumprimento das normas coletivas da categoria.

11. Motivo pelo qual, o 2º Reclamado deve ser responsabilizado subsidiariamente, nos termos da Súmula 331 do TST, por manifesta ausência de fiscalização."

A 2ª parte reclamada rechaçou as alegações autorais dizendo que:

"A parte autora sustenta a pretensão de responsabilização do Ente Público na Súmula 331 do C. TST. Entretanto, à luz do § 2º do art. 8º da Lei 13.467/2017, que altera a CLT, a incidência do Verbete Sumular que fundamenta o pedido não possui sustentação jurídica.

O legislador celetista vedou expressamente que Súmulas e Enunciados jurisprudenciais editados pelo C. TST restrinjam direitos ou criem obrigações que não estejam previstas em lei, conforme redação do § 2º do art. 8º da CLT, verbis:

[...]

O reconhecimento da responsabilidade subsidiária do Ente Público, por sua vez, decorre do disposto na Súmula 331 do C. TST. Não há, em todo o Ordenamento Jurídico brasileiro, qualquer norma que possibilite aplicar a responsabilidade subsidiária em casos de terceirização como o presente.

Pelo contrário, é forçoso reconhecer que o artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93 veiculou no sistema uma autêntica excludente geral de responsabilidade (não só trabalhista, mas também fiscal e comercial) em benefício do Poder Público contratante.

Portanto, com a edição do item IV da Súmula 331 (inclusive com a nova redação), o Tribunal Superior do Trabalho esvaziou, ilegitimamente, o conteúdo normativo desse dispositivo, incorrendo em violação ao Princípio da Legalidade (vinculação dos juízes à lei) e ao Princípio da Separação dos Poderes (usurpação da função legislativa).

[...]

No caso em pauta, não resta evidenciada, omissão culposa do Ente Público diante do conhecimento de situação de ilegalidade, haja vista que o Contestante agiu amparado no mandamento judicial emanado da Justiça Comum Estadual do Estado do Espírito Santo que declarou a ilegalidade da Cláusula Convencional que se exige o cumprimento.

Ademais, o Poder Judiciário, quando provocado a se manifestar acerca da obrigatoriedade de previsão do adicional de insalubridade convencional, manifestou-se nos Autos do Processo 0039221-60.2016.8.08.0024, no sentido de que “não se deve permitir que a Administração Pública realize dispêndios de recursos públicos com adicional de insalubridade para os serviços de limpeza, sem que haja atendimento às condições legais estabelecidas expressamente na CLT, atendo-se, tão somente, no que restou pactuado entre os sindicatos representativos na Convenção Coletiva de Trabalho” (Sentença anexa).

[...]

Como se pode observar da documentação inclusa, não houve, no caso vertente, qualquer conduta culposa do Estado quanto à fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço. O Ente Público empreendeu todos os esforços possíveis para resguardar não só o correto cumprimento do contrato, mas também os legítimos interesses dos trabalhadores alocados no referido Contrato.

Nesse passo, o Estado adotou todas as providências cabíveis para resguardar o atendimento ao interesse público e social, respeitando todas as prescrições legais e Constitucionais concernentes aos direitos da Contratada, bem como os Princípios Constitucionais da Eficácia das Atividades Administrativas do Ente Público e de Respeito à Dignidade da Pessoa Humana.”

À análise.

Como se infere dos documentos juntados pelo polo passivo, a 1ª reclamada, de fato, mantém contrato com o Estado do Espírito Santo para “prestação de serviços connuados de conservação, asseio e limpeza, com fornecimento de materiais, utensílios e equipamentos, para atuação em todas as instalações do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo – PJES, com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, conforme Anexo I – Termo de Referência e demais documentos do Edital do Pregão 033/2021.”

Com o já pontuado alhures, não há impugnação específica de que há funcionários da 1ª reclamada na função de auxiliares de serviços gerais laborando em dependências do Estado do Espírito Santos (Poder Judiciário Estadual).

Feitas tais considerações, cabe pontuar que até o advento da Lei nº 13.429/17, publicada em 31-03-17, ante a inexistência de regramento legal específico do instituto da terceirização no Brasil, a matéria vinha seguindo o entendimento firmado pelo Tribunal Superior do Trabalho na Súmula 331.

Tal enunciado admitia a terceirização das atividades de vigilância, limpeza e outras atividades-meio, de modo que, *a contrario sensu*, vedava a terceirização de atividade-fim como regra geral. Veja-se, a propósito, seu inteiro teor:

SÚMULA N.º 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação)

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos 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.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.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

A partir da publicação da lei nº 13.429, que alterou dispositivos da Lei nº 6.019/1974 (que dispõe sobre trabalho temporário), passando também a regulamentar as relações de trabalho no âmbito das empresas de prestação de serviços a terceiros (com a inclusão dos artigos 4º-A e 5º-A da Lei nº 6.019/74), passou a existir previsão legal para a contratação de empresa interposta em serviços determinados e específicos (art. 4º-A, incluído pela Lei nº 13.429, de 31-03-17).

Apesar da ampla possibilidade de terceirização, a legislação foi omissa quanto à possibilidade (ou não) de terceirização da atividade-fim, o que gerou discussões e insegurança jurídica.

A partir da entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017 (a Reforma Trabalhista), em 11-11-17, o conceito de terceirização passou a ser mais abrangente, passando a prever expressamente a possibilidade de terceirização nas atividades-fim, conforme a nova redação dada ao art. 4º-A da Lei nº 6.019/74:

"Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução". (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

Registra-se, outrossim, que não há mais falar em ausência de amparo legal para a responsabilização da tomadora, visto que desde as alterações trazidas pela Lei nº 13.429/17, a Lei nº 6.019/74 passou a prever expressamente a responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços em caso de inadimplemento por parte da empresa prestadora (art. 5º-A, §5º da lei).

De outro giro, em 30-08-2018, o Supremo, por seu Plenário, analisou a ADPF 324 – em que se questionam *Decisões judiciais proferidas no âmbito*

da Justiça do Trabalho, das quais tem resultado restrição, limitação e impedimento à liberdade de contratação de serviços por empresas vinculadas ao seu quadro associativo - e o RE 958252, tendo decidido que é lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, sejam elas em atividades-meio ou fim.

Na mesma ocasião, o STF, no julgamento do RE 958252, firmou tese sobre o tema 725 da repercussão geral, por maioria, no sentido de que *"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"*.

Dessa forma, apesar do entendimento pessoal desta magistrada que diverge profundamente de tal posição, sobretudo, pelas consequências lógicas da terceirização de atividade-fim (ampliação da "pejotização", dificuldades de enquadramento sindical e, portanto, perda de representatividade dos trabalhadores, precarização das condições de trabalho etc.), o fato é que o STF a reconheceu como constitucional em decisão com efeito vinculante para todo o Poder Judiciário.

Em outras palavras, a terceirização de serviços agora é lícita, independente do objeto social das empresas envolvidas.

E, apesar do impacto quanto à solidariedade que se entendia haver no caso de terceirização de atividade-fim, que se entendia ilícita, **manteve-se o posicionamento de que há responsabilidade subsidiária da empresa contratante.**

Feitas tais considerações, registra-se que a sistematização da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços parte do pressuposto de que todos os beneficiados pela energia de trabalho despedida devem assegurar ao trabalhador o recebimento de seus haveres, de forma a se conferir concretude ao valor social do trabalho e à dignidade humana – fundamentos da República (art. 1º, III e IV, da CF). Logo, havia e há fundamento jurídico-constitucional que justifica a responsabilidade dos tomadores de serviços, mesmo antes da Lei n.º 13.429/17

Cabe salientar que a declaração de constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei n.º 8.666-93 pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 16, não afasta tal entendimento quando o tomador de serviços é um ente da Administração Pública. Nessa hipótese, apenas se impõe que seja apreciada, caso a caso, a conduta do ente público que contrata pela terceirização de atividade-meio.

Logo, o art. 71 da Lei n.º 8.666-93 não isentou a Administração Pública do dever de acompanhar e fiscalizar a atuação da empresa contratada quanto ao efetivo cumprimento das obrigações trabalhistas.

Com efeito, é a própria Lei n.º 8.666-93 que, em seus artigos 58, III, e 67, *caput* e § 1º, estabelece que a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, ou seja, é dever expresso do ente da Administração.

Em vista disso, não há nenhuma vedação à responsabilidade subsidiária do ente público tão somente com arrimo no dispositivo citado. A condenação, entretanto, fica condicionada à verificação no caso concreto de ocorrência de culpa *in eligendo* (responsabilidade pela má escolha da prestadora de serviço) e da culpa *in vigilando* (dever de manter a vigilância quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela contratada), conforme a jurisprudência do TST (SUM-331, V), não infirmada no julgamento da ADPF 324 nem do RE 958252 .

Faz-se necessário, então, verificar se, *in casu*, ocorreu falha na escolha ou na fiscalização da execução do contrato firmado com a 1ª ré (prestadora de serviços).

No caso dos autos, há trabalhadores na função de auxiliar de serviços gerais, contratados pela 1ª reclamada, prestando serviços para a 2ª parte ré.

Em vista disso, caberia ao 2º réu, que tem melhor aptidão para prova por ser obrigado a licitar e a fiscalizar a execução contratual, demonstrar a regularidade do processo de contratação da 1ª ré para afastar a existência de culpa *in eligendo*, o que não fez, pois apresentou apenas o contrato firmado entre as partes, e não apresentou integralmente o processo de licitação.

E, além de não se poder afastar cabalmente a existência de culpa *in eligendo*, há ainda culpa *in vigilando*. Isso porque o que se extrai dos autos é que o descumprimento pela prestadora de serviços de sua obrigação imposta pelas normas coletivas da categoria decorre de ação direta da 2ª ré que se nega a reconhecer a validade das CCTs.

O fato de não ter participado da celebração da norma coletiva não isenta a 2ª reclamada de exigir seu cumprimento, afinal, pelo dever de fiscalização supracitado, deve acompanhar a efetiva observância da legislação trabalhista aplicável (que envolve normas coletivas).

Logo, houve omissão culposa e descuido da fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas.

Nesses termos, o 2º réu não cumpriu adequadamente com seu dever legal de vigilância, registrada sua omissão culposa na fiscalização da execução contratual, impondo-se sua responsabilidade subsidiária, nos moldes da Súmula 331, V, do TST.

Cabe destacar que a responsabilidade subsidiária alcança todas as verbas decorrentes do contrato de trabalho, como já vinha reiteradamente decidindo a SBDI-1 do TST e o que resultou na consagração de tal entendimento no item VI da Súmula 331.

Desde já, frisa-se que não há cogitar em direito do 2º réu à execução prioritariamente dos sócios da 1ª reclamada. A desconsideração da personalidade jurídica é medida excepcional, cabendo ao Juízo da Execução decidir sobre a oportunidade/conveniência de sua aplicação, sendo certo que a regra é a responsabilização dos que se beneficiaram da prestação de serviços de forma mais imediata, ou seja, das reclamadas.

Salienta-se que não se aplica o entendimento restritivo da SUM-363 do TST por analogia. A diferença de hipótese de incidência das Súmulas 363 e 331 (uma para o caso de infringência à exigência constitucional de contratação pelo Poder Público por meio de concurso; outra para o caso de omissão culposa em relação ao dever de fiscalizar a execução de contratos) justifica a distinção entre as consequências jurídicas.

Frisa-se que a sentença proferida no Juízo Cível em demanda tendo como partes o Sindicato das Empresas de Asseio e Conservação do Estado do Espírito Santo e o Estado do Espírito Santo não pode prejudicar os substituídos, que sequer foram parte no processo. Ademais, a declaração, com efeito geral, sobre invalidade de uma norma coletiva, para fins trabalhistas, é de competência desta Especializada e depende da participação dos sindicatos celebrantes.

Assim, como este Juízo reputa válida a norma coletiva, a 1ª reclamada deveria ter cumprido a determinação da Cláusula 10ª das CCTs 2021 e 2022, respondendo a 2ª parte ré, de forma subsidiária, conforme fundamentação supra, pela omissão quanto a tal dever.

Pelo exposto, **defiro o pedido para responsabilizar a 2ª parte reclamada, subsidiariamente, pelas verbas objeto da condenação.**

Vale pontuar, em relação ao argumento da 2ª parte reclamada no sentido de que não há como o ente publico identificar se os substituídos prestam

ou prestaram serviços, pois não juntada lista de substituídos, que, como a presente demanda tem essência coletiva, redundando em sentença genérica, a identificação se dará em futura liquidação/execução de sentença.

DESCONTOS FISCAIS E PREVIDENCIÁRIOS

Haverá incidência de contribuição previdenciária sobre as parcelas deferidas que integram o salário de contribuição, conforme art. 28 da Lei n.º 8212-91, devendo a reclamada proceder ao recolhimento do valor devido e podendo descontar do crédito do(a) reclamante a quota-parte deste (SUM-368, II e III, do TST).

Pontua-se que, conforme a Súmula Vinculante 53 do STF “A competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114, VIII, da Constituição Federal alcança a execução de ofício das contribuições previdenciárias relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir e acordos por ela homologados”.

Deverá, ainda, a (ex) empregadora prestar as informações a que se refere o art. 32, inc. IV, da Lei nº 8.212/1991, por meio da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP), a fim de evitar futuros prejuízos ao trabalhador junto à autarquia previdenciária.

O imposto de renda será deduzido no momento em que o crédito se tornar disponível ao (à) reclamante, incidindo sobre as parcelas tributáveis devidas (SUM-368, II e VI do TST), ressaltando-se que não há incidência de imposto de renda sobre juros de mora (OJ-SDI1-400 do TST).

JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

Com o trânsito em julgado das ADIs 5867 e 6021 e das ADCs 58 e 59 que tratavam da correção monetária aplicável aos créditos trabalhistas e que foram analisadas em conjunto pelo Supremo Tribunal Federal, não há mais espaço, ante o efeito vinculante das decisões proferidas no âmbito de tais processos (art. 102, §2º, da CF), para aplicação de posicionamentos pessoais ou de terceiros por mais técnicos e/ou justos que sejam.

E o Supremo Tribunal Federal entendeu sobre o tema que:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE E AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE. ÍNDICES DE CORREÇÃO DOS DEPÓSITOS RECURSAIS E DOS DÉBITOS JUDICIAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO. ART. 879, §7º, E ART. 899, §4º, DA CLT, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 13.467, DE 2017. ART. 39, CAPUT E §1º, DA LEI 8.177 DE 1991. POLÍTICA DE CORREÇÃO MONETÁRIA E TABELAMENTO DE JUROS. INSTITUCIONALIZAÇÃO DA TAXA REFERENCIAL (TR) COMO POLÍTICA DE DESINDEXAÇÃO DA ECONOMIA. TR COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA. INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DO STF. APELO AO LEGISLADOR. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE E AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES, PARA CONFERIR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AO ART. 879, §7º, E AO ART. 899, §4º, DA CLT, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 13.467, DE 2017. MODULAÇÃO DE EFEITOS. 1. A exigência quanto à configuração de controvérsia judicial ou de controvérsia jurídica para conhecimento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) associa-se não só à ameaça ao princípio da presunção de constitucionalidade - esta independe de um número quantitativamente relevante de decisões de um e de outro lado -, mas também, e sobretudo, à invalidação prévia de uma decisão tomada por segmentos expressivos do modelo representativo. 2. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, decidindo que a TR seria insuficiente para a atualização monetária das dívidas do Poder Público, pois sua utilização violaria o direito de propriedade. Em relação aos débitos de natureza tributária, a quantificação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança foi reputada ofensiva à isonomia, pela discriminação em detrimento da parte processual privada (ADI 4.357, ADI 4.425, ADI 5.348 e RE 870.947-RG - tema 810). 3. A indevida utilização do IPCA-E pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) tornou-se confusa ao ponto de se imaginar que, diante da inaplicabilidade da TR, o uso daquele índice seria a única consequência possível. A solução da Corte Superior Trabalhista, todavia, lastreia-se em uma indevida equiparação da natureza do crédito trabalhista com o crédito assumido em face da Fazenda Pública, o qual está submetido a regime jurídico próprio da Lei 9.494/1997, com as alterações promovidas pela Lei 11.960/2009. 4. A aplicação da TR na Justiça do Trabalho demanda análise específica, a partir das normas em vigor para a relação trabalhista. A partir da análise das repercussões econômicas da aplicação da lei, verifica-se que a TR se mostra inadequada, pelo menos no contexto da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), como índice de atualização dos débitos trabalhistas. 5. Confere-se interpretação conforme à Constituição ao art. 879, §7º, e ao art. 899, §4º, da

CLT, na redação dada pela Lei 13.467, de 2017, definindo-se que, até que sobrevenha solução legislativa, deverão ser aplicados à atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial e à correção dos depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho os mesmos índices de correção monetária e de juros vigentes para as hipóteses de condenações cíveis em geral (art. 406 do Código Civil), à exceção das dívidas da Fazenda Pública que possui regramento específico (art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009), com a exegese conferida por esta Corte na ADI 4.357, ADI 4.425, ADI 5.348 e no RE 870.947-RG (tema 810). 6. Em relação à fase extrajudicial, ou seja, a que antecede o ajuizamento das ações trabalhistas, deverá ser utilizado como indexador o IPCA-E acumulado no período de janeiro a dezembro de 2000. A partir de janeiro de 2001, deverá ser utilizado o IPCA-E mensal (IPCA-15 /IBGE), em razão da extinção da UFIR como indexador, nos termos do art. 29, § 3º, da MP 1.973-67/2000. Além da indexação, serão aplicados os juros legais (art. 39, caput, da Lei 8.177, de 1991). 7. Em relação à fase judicial, a atualização dos débitos judiciais deve ser efetuada pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, considerando que ela incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei 9.065/95; 84 da Lei 8.981/95; 39, § 4º, da Lei 9.250/95; 61, § 3º, da Lei 9.430/96; e 30 da Lei 10.522/02). A incidência de juros moratórios com base na variação da taxa SELIC não pode ser cumulada com a aplicação de outros índices de atualização monetária, cumulação que representaria bis in idem. 8. A fim de garantir segurança jurídica e isonomia na aplicação do novo entendimento, fixam-se os seguintes marcos para modulação dos efeitos da decisão: (i) são reputados válidos e não ensejarão qualquer rediscussão, em ação em curso ou em nova demanda, incluindo ação rescisória, todos os pagamentos realizados utilizando a TR (IPCA-E ou qualquer outro índice), no tempo e modo oportunos (de forma extrajudicial ou judicial, inclusive depósitos judiciais) e os juros de mora de 1% ao mês, assim como devem ser mantidas e executadas as sentenças transitadas em julgado que expressamente adotaram, na sua fundamentação ou no dispositivo, a TR (ou o IPCA-E) e os juros de mora de 1% ao mês; (ii) os processos em curso que estejam sobrestados na fase de conhecimento, independentemente de estarem com ou sem sentença, inclusive na fase recursal, devem ter aplicação, de forma retroativa, da taxa Selic (juros e correção monetária), sob pena de alegação futura de inexigibilidade de título judicial fundado em interpretação contrária ao posicionamento do STF (art. 525, §§ 12 e 14, ou art. 535, §§ 5º e 7º, do CPC). 9. Os parâmetros fixados neste julgamento aplicam-se aos processos, ainda que transitados em julgado, em que a sentença não tenha consignado manifestação expressa quanto aos índices de correção monetária e taxa de juros (omissão expressa ou simples consideração de seguir os critérios legais). 10. Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ações Diretas de Inconstitucionalidade julgadas

parcialmente procedentes. (ADC 58, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 06-04-2021 PUBLIC 07-04-2021) (sem grifos no original)

Em sede de embargos de declaração, foi sanado erro material quanto ao marco temporal para incidência da taxa SELIC, devendo incidir a partir do ajuizamento da ação, e não da citação:

Embargos de Declaração nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 5.867 e 6.021 e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 58 e 59. 2. Ilegitimidade recursal de amicus curiae nas ações de controle concentrado. Precedentes. 3. Embargos de Declaração não conhecidos. 4. Erro material apontado nos Embargos de Declaração da AGU. Necessidade de correção. 5. Embargos de declaração conhecidos e providos, em parte, tão somente para sanar erro material. 6. Inexistência de obscuridade, omissão ou contradição no acórdão embargado. Tentativa de rediscussão do mérito das ações. Impossibilidade. 7. Modulação de efeitos realizada no julgamento de mérito das ações embargadas. Desnecessidade de rediscussão. 8. Embargos de declaração conhecidos e rejeitados. (ADC 58 ED, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-242 DIVULG 07-12-2021 PUBLIC 09-12-2021)

Verifica-se, portanto, que o Supremo entendeu por bem disciplinar tanto a questão da correção monetária quanto dos juros em relação aos créditos trabalhistas e aos depósitos recursais no âmbito das ações supracitadas.

Destarte, quanto à atualização monetária e aos juros moratórios dos créditos do trabalhador, observe-se:

1 – em relação à fase extrajudicial (anterior ao ajuizamento da ação), como indexador o IPCA-E acumulado no período de janeiro a dezembro de 2000 e o IPCA-E mensal (IPCA-15/IBGE), a partir de janeiro de 2001, e, ainda, como juros legais aqueles do art. 39, caput, da Lei 8.177, de 1991, ou seja, TRD, extinta pela Lei n.º 8.660-93 e substituída pela TR (tudo conforme item 6 da ementa da ADC 58);

2 -em relação à fase judicial (a partir do ajuizamento da ação), como indexador a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC (tudo conforme item 7 da ementa da ADC 58). Frisa-se, neste aspecto, que o STF expressamente impediu a incidência cumulada de índice de correção monetária com a SELIC.

Quanto à correção monetária, entende-se como época própria o mês subsequente ao vencido (art. 39, caput, da Lei n.º 8.177-91), de modo que não

pago o salário até o 5º dia útil do mês subsequente ao vencido, aplica-se o índice de correção monetária do mês subsequente ao da (devida) prestação dos serviços, a partir do dia 1º (SUM-381 do TST).

De outro giro, pontua-se que as contribuições previdenciárias serão atualizadas de acordo com os critérios estabelecidos na legislação previdenciária (art. 879, §4º, da CLT), observando-se quanto aos juros e à multa, de responsabilidade do empregador – que deu causa à mora -, a SUM-368, IV e V do TST. Correção monetária, como se trata de mera atualização, é de responsabilidade de cada parte.

Quanto ao regime aplicável em caso de a execução voltar-se contra o ente público e vier a ser cobrada mediante precatório, cabe destacar que o art. 1º-F da Lei n.º 9.494-97, com redação dada pela Lei n.º 11.960/09, foi declarado inconstitucional pela ADI 4425, conforme os seguintes trechos transcritos da ementa, publicada em 19-12-13, relativa a tal processo:

[...] 5. A atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança viola o direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII) na medida em que é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão. A inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (ex ante), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período). 6. A quantificação dos juros moratórios relativos a débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança vulnera o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, caput) ao incidir sobre débitos estatais de natureza tributária, pela discriminação em detrimento da parte processual privada que, salvo expressa determinação em contrário, responde pelos juros da mora tributária à taxa de 1% ao mês em favor do Estado (ex vi do art. 161, §1º, CTN). Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução da expressão “independentemente de sua natureza”, contida no art. 100, §12, da CF, incluído pela EC n.º 62/09, para determinar que, quanto aos precatórios de natureza tributária, sejam aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário. 7. O art. 1º-F da Lei n.º 9.494/97, com redação dada pela Lei n.º 11.960/09, ao reproduzir as regras da EC n.º 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios incorre nos mesmos vícios de juridicidade que inquinam o art. 100, §12, da CF, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento, na mesma extensão dos itens 5 e 6 supra [...](ADI 4425, Relator

(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-251 DIVULG 18-12-2013 PUBLIC 19-12-2013)

Há que observar, contudo, a modulação de efeitos da ADI 4425, conforme decisão de março de 2015:

Decisão: Concluindo o julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto, ora reajustado, do Ministro Luiz Fux (Relator), resolveu a questão de ordem nos seguintes termos: **1)** - modular os efeitos para que se dê sobriedade ao regime especial de pagamento de precatórios, instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009, por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016; **2)** - conferir eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: **2.1.)** fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (i) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (ii) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e 2.2.) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e Lei nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária; [...] vencido o Ministro Marco Aurélio, que não modulava os efeitos da decisão, e, em menor extensão, a Ministra Rosa Weber, que fixava como marco inicial a data do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade. Reajustaram seus votos os Ministros Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 25.03.2015. (sem grifos no original).

Ocorre que, diante da decisão do STF na ADC 58 quanto ao juros e correção monetária na Justiça do Trabalho, após ajuizamento da ação, sem ressalva quanto à situação do ente público e, como houve unificação de um índice para juros e correção na taxa SELIC, não há como se aplicar na Justiça do Trabalho o que fora decidido em sede da ADI 4425.

LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA

Considerando que o sindicato-autor postula direitos individuais homogêneos, a condenação é genérica, cabendo ao(s) substituído(s) o ajuizamento de liquidação por artigos, em que poderá ou não ser assistido por sindicato, para recebimento de valores de que são titulares.

Em respeito à decisão do Pleno deste Regional, apesar do entendimento em sentido diverso desta magistrada, admitir-se-á liquidação/execução coletiva imediata (sem aguardar o lapso de 1 ano do art. 100 do CDC), na forma da SUM-22 do TST, mas em autos apartados para liquidação por artigos, afinal esta segue procedimento comum (Classe 156 – Cumprimento de Sentença, conforme IRDR 0000254-13.2019.5.17.0000), e não de meros cálculos. Haverá individualização dos beneficiários e apontamento dos valores devidos a cada substituído etc.

Por medida de racionalidade do sistema Judiciário e visando, especialmente, a satisfação mais célere possível dos direitos por seus reais titulares, cada processo de cumprimento de sentença promovido pelo sindicato (em nome próprio em favor de terceiros) deverá se limitar a 10 substituídos, assim como eventuais ações de liquidação individuais mas plúrimas.

Pelo exposto, apenas os honorários advocatícios já arbitrados pela atuação nesta ação de conhecimento coletiva (e eventual multa por descumprimento de obrigação de fazer) serão objeto de execução nestes mesmos autos, afinal quanto à condenação em pagar a condenação é genérica (art. 95 do CDC).

PRAZO PARA LIQUIDAÇÃO

O ajuizamento da liquidação por artigos, seja de forma coletiva seja de forma individual, deve observar o prazo prescricional de 2 anos, contados da data da (comunicação) do trânsito em julgado desta sentença genérica coletiva.

Ficam assim, com a publicação da presente sentença, valendo como edital, os substituídos e o sindicato-autor cientes de tal prazo.

Com o trânsito em julgado, expeça-se novo edital para início da fluência do prazo de prescrição.

COMPENSAÇÃO/DEDUÇÃO

Tais questões devem ser objeto de análise em sede de liquidação /execução, quando identificados os substituídos.

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA – SINDICATO COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL

No caso dos autos, o sindicato postulou a condenação da reclamada ao cumprimento de obrigações previstas em CCTs.

Logo, atua como substituto processual, visando à concretização dos direitos individuais de parte de membros da categoria e em parte como legitimado ordinário na busca de verbas próprias.

Assim, em essência, esta ação de cumprimento consiste em ação coletiva em que a atuação sindical se dá com base no denominado pela doutrina de “microsistema de acesso coletivo à Justiça”, integrado especialmente pelas normas da Constituição Federal (CF), da Lei de Ação Civil Pública (LACP) e do Código de Defesa do Consumidor (CDC), e não baseada no processo trabalhista individual.

Em tal sistema, com fulcro nos arts. 18 da LACP e 87 do CDC, vige o princípio da gratuidade, já que a parte autora não sofre condenação em custas, honorários e outras despesas processuais, salvo em caso de má-fé.

E, como nem sequer se vislumbra qualquer prática de má-fé do sindicato-autor, devida a gratuidade.

Nesse sentido, já decidiu o TRT da 17ª Região e também o TST, conforme as ementas a seguir transcritas:

SINDICATO. SUBSTITUTO PROCESSUAL. PRINCÍPIO DA GRATUIDADE. De acordo com o princípio da gratuidade que informa o novel sistema de acesso metaindividual ao Judiciário (CF, arts. 8º, III, e 129, III, § 1º; Lei 7.347/85, art. 18, e Lei 8.078/90, art. 87) não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais (TRT 17ª R., RO 0064100-10.2011.5.17.0121, Rel. Desembargador Carlos Henrique Bezerra Leite, DEJT 17 /09/2012).

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. SINDICATO. SUBSTITUTO PROCESSUAL. O Sindicato, ao atuar como substituto processual e declarar a hipossuficiência dos substituídos tem direito aos benefícios da assistência judiciária gratuita. Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST - RR: 909003420075050191 90900-34.2007.5.05.0191, Relator: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 25/09/2013, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/09/2013)

Pelo exposto, com base nos arts. 18 da LACP e 87 do CDC, concede-se ao sindicato-autor a gratuidade de justiça.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A Súmula 219, do C. TST, em seu inciso III, prevê que "São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego".

A seu turno, o art. 791-A da CLT, incluído pela Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista, que se aplica a este caso por ter sido a ação ajuizada posteriormente), passou a prever que *"ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa"*.

Então, seja conforme entendimento pacificado na SUM-219 do TST sobre o cabimento de honorários em lides em que o ente sindical atua como substituto processual, seja com arrimo no novel art. 791-A da CLT, há incidência de honorários.

E como o autor foi sucumbente em parcela mínima, cabe à 1ª reclamada e, subsidiariamente, à 2ª reclamada, pagar honorários sucumbenciais de 10% sobre o valor da condenação, ora arbitrado, ao patrono do autor, na forma do art. 791-A da CLT, art. 86, parágrafo único, CPC-15, ao(à) procurador(a) do (a) reclamante.

Sobre a responsabilidade subsidiária quanto ao pagamento de honorários já se pronunciou o TST nos seguintes termos:

"EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007. RESPONSABILIDADE

SUBSIDIÁRIA. EXTENSÃO AOS HONORÁRIOS DE ADVOGADO. POSSIBILIDADE. Cinge-se a presente controvérsia à possibilidade ou não de extensão da responsabilidade subsidiária de pessoa jurídica de direito público ao pagamento de honorários de advogado a que foi condenado o devedor principal. Com efeito, a responsabilidade subsidiária de que trata a Súmula nº 331, IV, do TST não excepciona nenhuma verba, alcançando, portanto, toda e qualquer inadimplência resultante do contrato de trabalho, na qual se inserem os honorários de advogado. Realmente, mesmo que não se tratem de verba destinada diretamente ao empregado, os honorários somente são devidos porque não satisfeitos todos os direitos daquele a tempo e modo. Logo, é totalmente desarrazoado, pretender-se conferir aos honorários natureza civil com o fito de excluí-los da abrangência da Súmula nº 331, IV, do TST. Recurso de embargos não conhecido" (E-RR-11000-47.2006.5.10.0013, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, DEJT 05/03/2010)."

Promovida a liquidação/execução coletiva pelo Sindicato ou individuais, com assistência sindical, serão devidos mais 5% de honorários sobre o valor da condenação líquida nos autos dos respectivos cumprimentos de sentença.

Em caso de liquidações/execuções individuais (ainda que plúrimas, também limitadas a 10 litisconsortes), sem assistência sindical, serão devidos honorários de 10% nos autos dos cumprimentos de sentença.

III - DISPOSITIVO

Em vista do exposto e considerando o mais que dos autos consta, na Ação de Cumprimento proposta por **SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO E LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO** em face de **FLEX ADMINISTRADORA E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EIRELI** e **ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, resolvo rejeitar as preliminares e julgar **PARCIALMENTE PROCEDENTES** as pretensões da inicial.

Concedo ao autor a gratuidade de justiça.

Honorários advocatícios e liquidação, na forma da fundamentação.

A publicação da presente sentença vale como edital para ciência dos substituídos quanto ao prazo para liquidação desta decisão.

Com o trânsito em julgado, expeça-se novo edital para início da fluência do prazo de prescrição.

A 1ª reclamada, no prazo de 8 dias, contados do trânsito em julgado independentemente de nova intimação, deve apresentar relação de todos os empregados que atuam/atuaram (a partir de julho de 2021) nos fóruns vinculados ao Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo e no próprio TJ/ES, mediante a juntada das GFIPs e fichas cadastrais, sob pena de multa diária no valor de R\$ 500,00 por dia de descumprimento, limitada a R\$ 10.000,00, quando será revista.

Custas, pela 1ª reclamada, no importe de R\$ 400,00 ante a condenação arbitrada em R\$ 20.000,00. 2ª reclamada isenta de custas.

Constatado alarmante número de embargos declaratórios opostos fora das hipóteses legais dos arts. 897-A da CLT e 1.022 do NCPC, este Juízo passa a advertir as partes para o fato de que o manejo de tal recurso sem observância dos artigos citados implicará aplicação de multa.

Este Juízo frisa, ainda, que, como o recurso ordinário não é de fundamentação vinculada, não cabem embargos para fins de prequestionamento e ressalta que a aplicação do Novo Código de Processo Civil, de forma supletiva ou subsidiária ao Processo do Trabalho, depende da compatibilidade daquele com a principiologia deste (art. 15 do NCPC e art. 769 da CLT).

Por fim, salienta que a contradição que enseja a oposição de embargos é aquela existente entre os próprios termos da decisão recorrida, e não entre esta e demais elementos dos autos, e que o Juízo não é obrigado a rebater um a um dos argumentos das partes que não sejam capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgador (art. 489, §1º, IV, do NCPC), bastando fundamentar sua decisão.

Intimem-se.

IVY D'LOURDES MALACARNE

Juíza do Trabalho Substituta

VITORIA/ES, 03 de outubro de 2022.

IVY D LOURDES MALACARNE



Assinado eletronicamente por: IVY D LOURDES MALACARNE - Juntado em: 03/10/2022 15:32:23 - 866450e
<https://pje.trt17.jus.br/pjekz/validacao/22092113245943400000027846600?instancia=1>
Número do processo: 0000353-45.2022.5.17.0010
Número do documento: 22092113245943400000027846600



PROCESSO nº 0000353-45.2022.5.17.0010 ROT

RECORRENTE: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES, FLEX ADMINISTRADORA E PRESTACAO DE SERVICOS LTDA - EPP, ESTADO DO ESPIRITO SANTO

RECORRIDO: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES, FLEX ADMINISTRADORA E PRESTACAO DE SERVICOS LTDA - EPP, ESTADO DO ESPIRITO SANTO

RELATOR: DESEMBARGADOR MARIO RIBEIRO CANTARINO NETO

EMENTA

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. LIMPEZA PREDIAL. A Cláusula Décima da CCT prevê o pagamento do adicional de insalubridade no percentual de 20% aos trabalhadores que exercem as funções de Auxiliar de Serviços Gerais de limpeza predial. Observa-se, portanto, que o direito perseguido pelo Sindicato em nome dos substituídos decorre de previsão normativa, de forma que basta o preenchimento dos requisitos ali previstos para o trabalhador fazer jus ao adicional de insalubridade, haja vista que a própria norma coletiva reconhece, "a priori", a exposição ao risco e o direito ao adicional.

1. RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário interposto pelo Sindicato autor, de recurso ordinário interposto pelo segundo reclamado (Estado do Espírito Santo) e de recurso adesivo da primeira reclamada (Flex Administradora e Prestação de Serviços LTDA) contra a sentença de id. 866450e, complementada pela decisão de id. 321e2a6, proferidas pela MM. Juíza Ivy D Lourdes Malacarne, da 10ª Vara do Trabalho de Vitória/ES, que julgou procedente em parte o pedido da petição inicial.

Recurso ordinário do Sindicato ao id. 365b8f3, requerendo a majoração dos honorários advocatícios.

Contrarrazões do segundo reclamado (Estado do Espírito Santo), ao id. 88d2cfd, pleiteando o desprovimento do apelo sindical.

Recurso ordinário do segundo reclamado (Estado do Espírito Santo), no id. c77613d, em que se insurge contra a sua condenação subsidiária, ao adicional de insalubridade, à justiça gratuita e à multa por litigância de má-fé.

Recurso adesivo da primeira reclamada (Flex Administradora e Prestação de Serviços LTDA) (id. 1263e90) em que pugna pela reforma da sentença quanto ao adicional de insalubridade e aos parâmetros da execução coletiva.

Parecer da Douta Procuradoria do Trabalho, no id. 01af9b8, oficiando pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. ADMISSIBILIDADE

Conheço do recurso ordinário interposto pelo Sindicato autor, do recurso ordinário interposto pelo segundo reclamado (Estado do Espírito Santo) e do recurso adesivo interposto pela primeira reclamada (Flex Administradora e Prestação de Serviços LTDA), uma vez que presentes os pressupostos de admissibilidade recursal.

Considero as contrarrazões por tempestivas e regulares.

Inverto a ordem de julgamento, por prejudicialidade.

2.2. MÉRITO

2.2.1. RECURSO ORDINÁRIO DO SEGUNDO RECLAMADO (ESTADO DO ESPÍRITO SANTO)

2.2.1.1. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO

A MM. Juíza determinou que o ente público responderá subsidiariamente pelos créditos deferidos aos substituídos.

Em suas razões recursais, o segundo reclamado requer a reforma da sentença para que sua condenação subsidiária seja afastada, com fulcro no art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/93, declarado constitucional pelo STF pela ADC 16/DF.

Argumenta não ter sido demonstrada conduta culposa do ente público e que aquela não pode ser presumida. Alega não ter havido prova de que o dano decorreu de irregularidade praticada pelo ente público e que o ônus probatório cabe à reclamante.

Sem razão.

A questão referente à responsabilidade subsidiária do ente público vem sendo objeto de grande discussão tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátria, notadamente diante da previsão contida no art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, cuja constitucionalidade foi recentemente debatida pelo Supremo Tribunal Federal.

O mencionado dispositivo possui a seguinte redação:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1o A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Quando da análise da Ação Direta de Constitucionalidade n. 16/DF, ajuizada pelo Governador do Distrito Federal, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do dispositivo em questão, asseverando, em síntese, que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos.

Em contrapartida, o STF consignou que tal entendimento não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar nenhuma responsabilidade, asseverando apenas que a tendência da Justiça do Trabalho era de reconhecer a responsabilidade de forma irrestrita, com base na Súmula n. 331 do TST, sem, contudo, analisar se no caso concreto estaria configurada a omissão apta a ensejar a responsabilidade.

Ressalte-se que, ao julgar o Tema nº 246 (RE 760931), de repercussão geral (responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço), o STF não fixou tese específica sobre a distribuição do ônus da prova pertinente à fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas. Registro que a questão do ônus será debatida por aquela E. Corte no Recurso Extraordinário (RE) 1298647 (Tema 1118).

Nesse sentido, destaco aresto do TST:

AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.467/2017. ESTADO DE SÃO PAULO. PEDIDO DE SOBRESTAMENTO DO PROCESSO. TEMA 1.118 DA TABELA DE REPERCUSSÃO GERAL 1 - O agravante afirma que "em recente decisão, o e. Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria relativa ao ônus da prova acerca de eventual conduta culposa na fiscalização das obrigações trabalhistas de prestadora de serviços , para fins de responsabilização subsidiária da Administração Pública, em virtude da tese firmada no RE 760.931 (Tema 246) - RE 1298647 (Tema 1.118)" (destaques pela parte). Nesses termos requer o sobrestamento do feito até o julgamento da matéria pelo STF quanto ao tema

1.118. 2 - Conforme já ressaltado na decisão monocrática no tópico "PEDIDO DE SOBRESTAMENTO DO PROCESSO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. TEMA 1.118 DA TABELA DE REPERCUSSÃO GERAL", o Relator do RE 1.298.647 no STF, Ministro Nunes Marques, decidiu pela não suspensão nacional de todos processos que versem sobre o Tema 1.118 da sistemática da Repercussão Geral (decisão monocrática publicada no DEJ em 29/4/2021). 3 - Pedido a que se indefere. ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. 1 - A decisão monocrática reconheceu a transcendência da matéria e negou provimento ao agravo de instrumento. 2 - Os argumentos da parte não conseguem desconstituir os fundamentos da decisão monocrática. 3 - A responsabilidade subsidiária do ente público foi examinada sob a ótica dos julgamentos pelo STF da ADC nº 16/DF e do RE nº 760.931, observando a evolução jurisprudencial, em especial quanto à necessidade de comprovação de culpa. 4 - Com efeito, no julgamento do ED no RE 760.931, o STF, por maioria, concluiu pela não inclusão da questão da distribuição do ônus da prova na tese vinculante. 5 - Conforme ressaltado na decisão monocrática, não havendo tese vinculante no julgamento do RE 760.931 acerca da distribuição do ônus da prova, a Sexta Turma retomou o entendimento de que o ente público, ante a sua melhor aptidão, possui o ônus de provar o cumprimento das normas da Lei nº 8.666/93. 6 - Registrado na decisão monocrática, válido citar mais uma vez a seguinte decisão monocrática da Ministra Rosa Weber: "os julgamentos da ADC nº 16 e do RE nº 760.931-RG, ao fixarem a necessidade da caracterização da culpa do tomador de serviços no caso concreto, não adentraram a questão da distribuição do ônus probatório nesse aspecto, tampouco estabeleceram balizas na apreciação da prova ao julgador"(Rcl. nº 40.137, DJE 12/8/2020), como também, o entendimento da Segunda Turma do STF que tem se posicionado no sentido de que as teses firmadas na ADC nº 16/DF e no RE nº 760.931 não vedam a responsabilidade da administração pública em caso de culpa comprovada e com base no ônus da prova do ente público, quando ausente demonstração de fiscalização e regularidade no contrato administrativo (Ministro Edson Fachin, Rcl. nº 34.629 AgR, DJE 26/6/2020). Julgados da SDI-1 do TST. 7 - No caso concreto, o TRT consignou que "Da análise dos autos, verifica-se que o ente público não apresentou prova de fiscalização minimamente consistente, a revelar que o empregador cumpria com suas obrigações trabalhistas". O TRT foi categórico ao afirmar a ausência de fiscalização pelo ente público, nos seguintes termos: "Não há prova de adoção de medidas efetivas para salvaguardar os direitos dos trabalhadores, tendo em vista a ausência de pagamento salarial e depósitos do FGTS. Logo, forçoso o reconhecimento da culpa in vigilando". 8 - Agravo a que se nega provimento. JUROS DE MORA 1 - Com efeito, a matéria não foi renovada nas razões do agravo de instrumento interposto pela parte. Incide o óbice da preclusão. 2 - Agravo a que se nega provimento. (TST - Ag: 103108120205150144, Relator: Katia Magalhaes Arruda, Data de Julgamento: 09/02/2022, 6ª Turma, Data de Publicação: 11/02/2022)

Nesse passo, diante da dificuldade de o trabalhador provar que não houve efetiva fiscalização do contrato administrativo e pelo princípio da aptidão da prova, incumbe ao ente público, na condição de tomador dos serviços, demonstrar, através de comprovantes de pagamento e de recolhimento, de declarações, de certidões, de e-mails ou por quaisquer outros meios, que efetivamente diligenciou na fiscalização do contrato.

Agindo assim, restaria caracterizado o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do trabalhador. (art. 373, incisos I e II, do CPC/2015 e 818, § 1º CLT), caso contrário, na ausência de provas relacionadas à efetiva fiscalização, caracteriza-se a culpa omissiva o que atrai a responsabilidade, nos termos dos artigos 186 e 927 do Código Civil.

Logo, o fato de o STF ter reconhecido a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, por si só, não afasta a possibilidade de a Justiça do Trabalho reconhecer a responsabilidade subsidiária do ente público pelos encargos devidos pelas empresas privadas contratadas, desde que a análise seja realizada de acordo com cada situação peculiar, mormente se restar caracterizada a omissão culposa da Administração em relação à fiscalização.

Esse entendimento é corroborado com a previsão expressa na Lei de Licitações que impõe à Administração Pública o dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos, conforme se pode extrair de uma interpretação sistemática dos arts. 58, III, c/c art. 67, caput e § 1º, da Lei n. 8.666/93:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

[...]

III - fiscalizar-lhes a execução;

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.

É dever do ente público, em observância aos princípios constitucionais da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público, quando celebra um contrato, fiscalizar a sua execução, sob pena de restar caracterizada a culpa in vigilando.

Sendo assim, mesmo com a declaração de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/94, é possível que a Justiça do Trabalho, ao analisar cenário de terceirização, reconheça a responsabilidade subsidiária de ente público caso fique caracterizada a sua omissão culposa em relação à fiscalização (culpa in vigilando).

Caso a Administração opte por terceirizar atividades, recai sobre ela o dever de fiscalizar o adequado cumprimento desse contrato, resguardando o atendimento das obrigações, inclusive as trabalhistas, pela empresa prestadora de serviços, o que afastaria sua responsabilização subsidiária por eventuais inadimplementos.

Assim, somente é devida a responsabilização do ente público quando restar provado nos autos conduta culposa da Administração Pública. Nesse sentido, válido citar que, em decisão monocrática proferida pelo STF, em sede da Reclamação Constitucional n. 27.744 - ES, a Corte decidiu que

[...] O Plenário desta Corte, ao julgar o mérito do citado paradigma [autos do RE-RG 760.931 (tema 246), que substituiu o RE-RG 603.397, Rel. Min. Rosa Weber], deu parcial provimento ao recurso da União e confirmou o entendimento adotado na ADC 16, no sentido de proibir a responsabilização automática da Administração Pública, só cabendo a condenação subsidiária na presença de prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos. No presente caso, verifico que a autoridade reclamada não empreendeu análise da espécie fática, tratando o caso apenas em abstrato, como mais um episódio da recorrente controvérsia gerada pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas pelos contratados da Administração Pública. [...]. Com efeito, entendo que o Tribunal reclamado reconheceu a responsabilidade da Administração Pública sem caracterização de culpa, afastando a aplicação da norma do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, cuja constitucionalidade foi reconhecida na ADC 16, e violando a autoridade da Súmula Vinculante 10. Ante o exposto, confirmo a liminar anteriormente deferida e julgo procedente a reclamação, para cassar o acórdão reclamado, no ponto em que reconheceu a responsabilidade subsidiária da parte reclamante pelo adimplemento da condenação, determinando que outro seja proferido com a indicação precisa e pormenorizada da conduta que evidencia a culpa do ente público no caso concreto, hipótese em que possível sua responsabilização (art. 21, § 1º, do RISTF). Oficie-se o Tribunal Superior do Trabalho acerca do conteúdo desta decisão. Publique-se. Brasília, 17 de dezembro de 2018. Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente.

(Rcl 27744, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 17/12/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-272 DIVULG 18/12/2018 PUBLIC 19/12/2018)

No presente caso, a sentença condenou a parte ré ao pagamento do adicional de insalubridade de 20% previsto na Cláusula Décima das CCTs 2021 e 2022 para os substituídos, a partir de julho de 2021 até o encerramento da vigência da CCT 2022 e reflexos.

Dessa maneira, a primeira reclamada, na condição de empregadora, foi condenada como responsável principal pelo débito.

Com a contestação de id. 2f361ec, o Estado do Espírito Santo juntou a seguinte documentação para demonstrar a fiscalização que exercia sobre a prestação de serviços: Contrato n. CF018/2021, termo aditivo e alterações contratuais, Designação de gestor do Contrato, comprovantes de pagamento, comprovantes FGTS e de Guia de recolhimento da Previdência Social, notas de liquidação.

Entretanto, tais documentos não demonstram a devida fiscalização, efetiva e periódica, do segundo reclamado acerca das obrigações trabalhistas relacionadas ao pagamento do adicional de insalubridade aos substituídos que, apesar de previsto pela norma coletiva, não era quitado pela empregadora.

Vale destacar que o documento de id. 7b93592, que trata do pagamento de adicional de insalubridade a Auxiliares de Serviços Gerais terceirizados, foi emitido em 2018 e diz respeito às empresas prestadoras Globo Prestação de Serviços de Limpeza e Técnica Tecnologia e Serviços, não à ora primeira reclamada.

Dessa forma, forçoso concluir pela existência de culpa in eligendo, assim como pela culpa in vigilando, porquanto não demonstrada a eficaz fiscalização sobre o contrato de terceirização firmado com a primeira reclamada, devendo incidir o disposto na Súmula n. 331 do TST.

Nego provimento.

2.2.1.2. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE (ANÁLISE EM CONJUNTO COM RECURSO DA PRIMEIRA RECLAMADA)

A sentença condenou os reclamados ao pagamento de adicional de insalubridade aos substituídos, em cumprimento à Cláusula Décima das CCTs 2021 e 2022 a partir de julho de 2021 até o encerramento da vigência da CCT 2022 e reflexos.

O Estado do Espírito Santo recorre, alegando que não foram atendidos os requisitos legais sobre a supressão de "norma de saúde, higiene e segurança do trabalho", contidas no art. 195 da CLT, no Anexo XIV da Norma Regulamentadora - NR 15 do MTE e no art.7º, inciso XXVI, da CF.

Invoca a impossibilidade de prevalência das normas coletivas autônomas sobre as estatais que tratem de direito absolutamente indisponível e/ou matéria de ordem pública. Suscita os arts. 155 e 156 e Súmula 194 do TST.

Sustenta, outrossim, que não há espaço jurídico para que Sindicatos estabeleçam norma convencional inerente à medicina e segurança do trabalho contendo a caracterização e classificação de insalubridade fora das hipóteses contidas nas normas do Ministério do Trabalho.

Defende a necessidade da prova pericial para determinar a fixação do adicional de insalubridade em instrumento coletivo de trabalho, e sustenta que não pode a norma coletiva simplesmente instituir adicional irrestrito e incondicionado a uma categoria inteira, independentemente do local da prestação dos serviços, dispensando a realização de prova técnico-pericial e a prévia regulamentação dos agentes insalubres pelo órgão estatal competente.

A primeira reclamada (Flex Administradora e Prestação de Serviços LTDA) recorre adesivamente, também requerendo o afastamento da condenação ao adicional de insalubridade, defendendo, em suma, que há coisa julgada quanto ao tema no processo número 0039221- 60.2016.8.08.0024.

Sem razão.

O Sindicato ajuizou a presente ação em substituição aos Auxiliares de Serviços Gerais que prestam serviços ao segundo reclamado visando ao deferimento do pagamento de adicional de insalubridade previsto pela Cláusula Décima das CCTs 2021 e 2022.

A Cláusula Décima da CCT 2021 assim disciplina:

"CLÁUSULA DÉCIMA - PAGAMENTO DA INSALUBRIDADE

Fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção Coletiva de Trabalho pagarão adicional de insalubridade, em grau máximo, ou seja, no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre a base de cálculo de R\$ 1.060,00 (Um mil e sessenta reais) proporcional à jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais banheirista que realizam a limpeza de banheiros públicos de uso coletivo ou de grande circulação igual ou superior a 40 (quarenta) pessoas. O pagamento do adicional aqui previsto será pago enquanto perdurar a eficácia da súmula 448 do TST.

- A todos os trabalhadores Parágrafo 1º que exercem as funções de Auxiliar de Serviços Gerais de limpeza predial e Merendeira fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção pagarão adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre a base de cálculo de R\$ 1.060,00 (Um mil e sessenta reais) proporcional à jornada laborada, exceto os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial já enquadrados no caput desta cláusula.

Parágrafo 3º - Entende-se por limpeza predial, a limpeza realizada em escolas, comércios, shopping Center, aeroportos, portos, rodoviárias, bancos e imóveis em geral, públicos e privados, tanto na área geral como na área industrial.

A CCT 2022 apresenta redação semelhante, diferenciando-se no que tange aos valores.

A MM. Juíza entendeu pela procedência do pedido, fixando a condenação nesses termos:

Ante o exposto, defiro parcialmente os pedidos das alíneas do rol de pleitos da inicial para condenar a 1ª reclamada a:

- pagar a verba prevista na Cláusula 10ª, §1º, das CCTs 2021 e 2022 (adicional de insalubridade de 20%) para os substituídos, a partir de julho de 2021 até o encerramento da vigência da CCT 2022 (ou eventual termo aditivo que replique a previsão do adicional para tal função);

- pagar os correlatos reflexos em horas extras, adicional noturno, DSRs em dobro (em virtude de trabalho em domingos e feriados sem folga compensatória), 13º salários, férias, FGTS (incluindo o FGTS sobre as verbas remuneratórias majoradas) e, para os já dispensados, reflexos também em aviso prévio indenizado e multa resilitória do FGTS;

São considerados substituídos: os funcionários e ex-funcionários da 1ª reclamada na função de auxiliar de serviços gerais que prestam/prestaram serviços nos fóruns vinculados ao TJ-ES e ao próprio TJ-ES em decorrência do contrato entre a 1ª reclamada e o Estado do Espírito Santo, exceto os que já percebiam o adicional em percentual superior, no período de julho de 2021 até o encerramento da vigência da CCT 2022 (ou eventual termo aditivo que replique a previsão do adicional para tal função).

Incontroverso que os reclamados firmaram contrato de prestação de serviços de limpeza e conservação predial de prédios do segundo reclamado, de modo que os substituídos, empregados da primeira reclamada, exercem a função de Auxiliar de Serviços Gerais para tal fim.

Observa-se, portanto, que o direito perseguido pelo Sindicato decorre de previsão normativa, de forma que basta o preenchimento dos requisitos ali previstos para o trabalhador fazer jus ao adicional de insalubridade, haja vista que a própria norma coletiva reconhece, "a priori", a exposição ao risco e o direito ao adicional.

Assim, mostra-se desnecessária a realização de perícia, a previsão específica em NR, a avaliação do tipo de material utilizado e dos ambientes de trabalho, ou a verificação quanto ao uso efetivo de EPIs, uma vez que a norma coletiva reconhece a exposição ao risco e o direito ao adicional. Nesse passo, basta que o empregado seja Auxiliar de Serviços Gerais de limpeza predial para que tenha direito a tal benefício.

Nesse sentido, destaco aresto do TST, in verbis:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. DESNECESSIDADE DE PERÍCIA. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. Não se evidencia ofensa ao art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, uma vez concluído pelo Tribunal Regional, mediante interpretação de norma coletiva, que -o adicional de periculosidade, com já ressaltado alhures, foi deferido com fundamento em acordo coletivo firmado pela própria empresa, no que, a realização de prova técnica em nada influenciaria na decisão tomada-. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento. (AIRR-203-26.2011.5.19.0000, Rel. Min. Fernando Eizo Ono, 4ª Turma, DEJT 19/12/2014).

Extrai-se, portanto, que a CCT criou norma mais favorável, haja vista que garante o pagamento do adicional de insalubridade mesmo não estando a atividade descrita nos anexos da NR 15 do MTE, sendo certo que não se pode negar a sua aplicação, em razão do princípio da autonomia coletiva.

No que tange à alegação de que a matéria já foi tratada no processo n. 0039221-60.2016.8.08.0024, coaduno-me à conclusão da MM. Juíza de que essa linha argumentativa não deve prevalecer, por tratar de previsão específica a um processo licitatório e por não envolver o ator sindical presente nesta demanda:

[...]

E, a esse respeito, cabe destacar que, ao contrário do que a 1ª reclamada quer fazer crer em sua defesa, o sindicato-autor não foi parte em tal demanda julgada pela Vara da Fazenda Pública Estadual.

O processo de autos n.º 0039221-60.2016.8.08.0024 foi ajuizado pelo Sindicato patronal (SEACES), não profissional, em face do Estado do Espírito Santo.

E quanto ao entendimento adotado pelo juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública Estadual, Municipal, Registros Públicos, Meio ambiente e saúde, nos autos de nº 0039221-60.2016.8.08.0024, importa registrar que a inconstitucionalidade da cláusula foi apenas uma razão de decidir daquele Juízo para negar o pedido principal de inclusão de cláusula em licitação que levasse em conta o adicional em comento, de modo que não vincula nem terceiros como o Sindicato-autor nem este Juízo (da mesma forma que o entendimento adotado no parecer da PGE que sustenta a inconstitucionalidade da previsão do referido adicional no caso dos autos).

No mais, a alegação de existência de pagamento do adicional de insalubridade a alguns empregados deverá ser considerada em sede de liquidação de sentença.

Nego provimento.

2.2.1.3. MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

O Estado do Espírito Santo recorre da decisão de embargos de declaração que o condenou à multa por litigância de má-fé, no importe de 2% sobre o valor corrigido da causa e de indenização à parte embargada,

arbitrada em 1% sobre o valor corrigido da causa, na forma do art. 793-B, VII e art. 793-C, caput e §§, ambos da CLT.

Com razão.

O direito de ação e o direito ao contraditório e à ampla defesa são tutelados pela Constituição Federal, especialmente no art. 5º, incisos XXXIV, alínea "a", XXXV e LV, tratando-se de verdadeiras garantias fundamentais.

A litigância de má-fé pode ser verificada quando se mostra desnecessária a formação do processo ou, na hipótese de provocação da atuação do Estado, fora dos limites da justa composição do conflito.

As hipóteses de litigância de má-fé estão previstas no art. 80 do NCPC e, a partir da entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017, a CLT também passou a prevê-las expressamente, senão vejamos:

"Art. 793-B. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

- I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
- II - alterar a verdade dos fatos;
- III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI - provocar incidente manifestamente infundado;
- VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório."

O art. 81 do NCPC e o art. 793-C da CLT preveem a aplicação de multa, superior a 1% e não excedente a 10% sobre o valor da causa, ao litigante de má-fé, estabelecendo, ainda, que em caso de prejuízos causados a outra parte, o Juiz poderá condenar o litigante de má-fé ao pagamento de indenização e arcar com honorários advocatícios e com todas as despesas da parte contrária.

O sistema processual brasileiro, portanto, demonstra que, via de regra, as partes estão de boa-fé, existindo a presunção de que elas estão no legítimo exercício do direito de ação e de defesa. Assim, a má-fé, sendo uma exceção, deve estar cabalmente comprovada nos autos.

Como dito acima, para a aplicação de penalidade por litigância de má-fé, deve estar robustamente comprovada nos autos a intenção da parte em praticar atos destituídos de fundamento legal, tumultuando o andamento processual.

No presente caso, entendo não haver prova de que o segundo reclamado tenha alterado a verdade dos fatos com o intuito de induzir o Juízo a erro, não se vislumbrando, outrossim, nenhuma atitude temerária de sua parte.

Além disso, a meu ver, a oposição de embargos declaratórios visando à reforma do julgado resulta na improcedência do apelo, por inadequação, mas não é o bastante para caracterizar o embargante como litigante de má-fé ou para demonstrar que ele almeja a indevida procrastinação do feito.

Dou provimento para afastar a condenação do Estado do Espírito Santo à multa por litigância de má-fé.

2.2.1.4. JUSTIÇA GRATUITA

A MM. Juíza concedeu a gratuidade de justiça ao Sindicato, por atuar como substituto processual e por não observada prática de má-fé.

O Estado do Espírito Santo pede seja afastada a concessão da gratuidade da justiça, pois o Sindicato não apresentou nenhuma prova da impossibilidade de arcar com as despesas processuais.

Sem razão.

O art. 514, "b", da CLT dispõe que entre os deveres dos sindicatos está o de manter serviços de assistência judiciária para os associados.

Não se pode olvidar que o Sindicato, no caso vertente, atua na defesa de um grupo de seus filiados, portanto, na defesa de direito individual homogêneo, e não de seu próprio interesse, de modo que desempenha papel de importante relevância social, atuando, em prol de trabalhadores que não teriam condições de litigar individualmente.

Insta relevar que o Sindicato autor declara na petição inicial que os substituídos são pobres no sentido da lei, não podendo arcar com custas processuais e demais encargos, sem prejuízo para o seu sustento próprio.

Embora a presente ação tenha sido ajuizada após a vigência da Lei n. 13.467/17, o entendimento majoritário desta Corte vem sendo no sentido de que o sindicato quando atua na condição de substituto processual faz jus ao benefício da justiça gratuita, não sendo aplicável o disposto no art. 790, §4º, da CLT.

O entendimento sedimentado por este Regional é o de que a concessão da justiça gratuita na hipótese em tela reputa-se condizente com a efetiva proteção dos direitos sociais, uma vez que a exigência de pagamento de custas e de demais despesas processuais poderia acabar por obstaculizar a própria atuação sindical.

Nesse sentido, editou a Súmula n. 60, que assim dispõe:

SÚMULA Nº 60 DO TRT DA 17ª REGIÃO SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. Ao sindicato, quando atua como substituto processual em defesa de interesses e direitos coletivos lato sensu, aplicam-se as normas relativas às ações coletivas, concedendo-se a gratuidade de justiça nos termos dos artigos 87 da Lei 8.078/90 e 18 da Lei 7.347/85. A condenação ao pagamento de honorários e demais despesas processuais condiciona-se a comprovação da má-fé da entidade sindical.

Assim, inexistindo comprovação de má-fé do ente sindical, acertado o deferimento dos benefícios da justiça gratuita ao Sindicato.

Nego provimento.

2.2.2. RECURSO ORDINÁRIO DO SINDICATO AUTOR

2.2.2.1. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO

A sentença condenou a primeira reclamada e, subsidiariamente, o segundo reclamado, ao pagamento de honorários sucumbenciais de 10% sobre o valor da condenação.

O Sindicato requer que a condenação dos réus aos honorários advocatícios seja majorada para o percentual de 15%.

Sem razão.

De acordo com o art. 791-A, §2º, incisos I a IV, da CLT, para a fixação dos honorários serão observados: I - o grau de zelo do profissional; II - o lugar de prestação do serviço; III - a natureza e a importância da causa; e IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Observados os termos acima expostos e o disposto no §2º do art. 791-A, reputo razoável fixar os honorários advocatícios sucumbenciais devidos pelos réus no percentual de 10% sobre o valor da condenação.

Do cotejo entre ditos parâmetros e a situação fática, não há razões para a majoração do percentual arbitrado. Trata-se de ação coletiva de conhecimento genérica, visando ao deferimento de adicional de insalubridade e reflexos aos substituídos com base em cláusula de CCT, sem maiores complicadores que justificassem um tempo ou trabalho excessivo do profissional.

Assim, com relação ao quantum fixado, foram observados os termos do art. 791-A, § 2º, da CLT.

Dessa forma, o arbitramento dos honorários advocatícios sucumbenciais mostra-se condizente com as características da causa.

Nego provimento.

2.2.3. RECURSO ADESIVO DA PRIMEIRA RECLAMADA (FLEX ADMINISTRADORA E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA)

2.2.3.1. LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA COLETIVA

Assim consignou a sentença sobre o tema:

Considerando que o sindicato-autor postula direitos individuais homogêneos, a condenação é genérica, cabendo ao(s) substituído(s) o ajuizamento de liquidação por artigos, em que poderá ou não ser assistido por sindicato, para recebimento de valores de que são titulares.

Em respeito à decisão do Pleno deste Regional, apesar do entendimento em sentido diverso desta magistrada, admitir-se-á liquidação/execução coletiva imediata (sem aguardar o lapso de 1 ano do art. 100 do CDC), na forma da SUM-22 do TST, mas em autos apartados para liquidação por artigos, afinal esta segue procedimento comum (Classe 156 - Cumprimento de Sentença, conforme IRDR 0000254-13.2019.5.17.0000), e não de meros cálculos. Haverá individualização dos beneficiários e apontamento dos valores devidos a cada substituído etc.

Por medida de racionalidade do sistema Judiciário e visando, especialmente, a satisfação mais célere possível dos direitos por seus reais titulares, cada processo de cumprimento de sentença promovido pelo sindicato (em nome próprio em favor de terceiros) deverá se limitar a 10 substituídos, assim como eventuais ações de liquidação individuais mas plúrimas.

Pelo exposto, apenas os honorários advocatícios já arbitrados pela atuação nesta ação de conhecimento coletiva (e eventual multa por descumprimento de obrigação de fazer) serão objeto de execução nestes mesmos autos, afinal quanto à condenação em pagar a condenação é genérica (art. 95 do CDC).

A primeira reclamada recorre, requerendo que eventual cumprimento de sentença ocorra por meios próprios e submetido à livre distribuição, com limitação do número de substituídos ao máximo de 5 (cinco).

Sem razão.

Tratando-se de ação coletiva são aplicáveis, subsidiariamente, nos termos do art. 8º da CLT, a Lei n. 7.347/85, que disciplina a Ação Civil Pública, bem como Código de Defesa do Consumidor, uma vez que tutelam toda e qualquer ação coletiva, independentemente da matéria nela ventilada.

Assim, a legislação processual faculta a execução individual ou coletiva do título judicial coletivo, senão vejamos:

Art. 97. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82.

Art. 98. A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiverem sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções.

§ 1.º ...

§ 2.º É competente para a execução o juízo:

I - da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual;

II - da ação condenatória, quando coletiva a execução.

Conclui-se, portanto, que a lei não estabelece a forma como deve ser realizada a execução da sentença genérica prolatada em ação coletiva, apenas consignando que pode ser proposta individualmente pelo

substituído, bem como pelo sindicato, que é um dos legitimados a que se refere o art. 82 do CDC, na hipótese de execução coletiva.

Não há dúvidas que os substituídos são detentores do direito de liquidar e executar a decisão prolatada na ação movida pelo sindicato da categoria, mediante o ajuizamento de ação individual (ou mesmo plúrima).

Isso porque, é legítima e pertinente a propositura de ação de liquidação e execução de sentença coletiva pelos efetivos titulares do direito reconhecido, pois presente tanto o interesse quanto a legitimidade dos beneficiados pela decisão prolatada em ação movida pelo sindicato da categoria, como substituto processual.

Por seu turno, a legitimidade para a execução individual pelo substituído não exclui a legitimidade do sindicato-autor para mover a liquidação e a execução da sentença coletiva.

O CDC estabeleceu o prazo de um ano após a publicação da sentença para que os interessados promovessem a liquidação e a execução do julgado de forma individual (art. 100), sendo que, ultrapassado este prazo, os legitimados do art. 82 estariam legitimados a ingressar com as respectivas ações.

Assim, este Relator adotava o entendimento de que apenas se decorrido in albis o período de um ano, contado da publicação da sentença condenatória genérica, sem habilitação dos titulares do direito material reconhecido na sentença, é que se facultaria ao sindicato promover a liquidação e a execução do comando sentencial.

No entanto, este Regional, por meio da Súmula n. 22, recentemente alterada em virtude do julgamento do IAC 0294-97.2016.5.17.0000, firmou o entendimento de que o art. 100 do Código de Defesa do Consumidor não se aplica ao processo de liquidação e execução de sentenças coletivas trabalhistas: "Legitimidade extraordinária do sindicato para liquidação e execução trabalhista. O artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor é incompatível com o processo de liquidação e execução de sentenças coletivas trabalhistas. O edital do art. 94 do CDC deve ser publicado pelo sindicato apenas para conhecimento dos beneficiários da sentença coletiva".

Destaca-se, outrossim, que a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao inciso III do art. 8º da Constituição Federal é a de que os Sindicatos possuem legitimidade processual plena para promover ações judiciais em defesa de direitos não apenas de seus filiados, mas de todos os pertencentes à categoria profissional que representam. Além disso, possuem legitimidade para defender qualquer interesse difuso coletivo, incluindo os interesses individuais homogêneos, assim entendidos aqueles decorrentes de origem comum, devendo tal legitimação extraordinária ser analisada de forma ampla, abarcando também a fase de execução.

Reforçando esta tese, observa-se que o STF, reconhecendo a repercussão geral da matéria, confirmou o entendimento dominante e reconheceu a ampla legitimidade dos sindicatos para defender em juízo os interesses coletivos dos substituídos, inclusive na fase de liquidação e execução dos créditos deferidos, independente da comprovação de filiação ao sindicato na fase de conhecimento:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ART. 8º, III, DA LEI MAIOR. SINDICATO. LEGITIMIDADE. SUBSTITUTO PROCESSUAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. I - Repercussão geral reconhecida e reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da ampla legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam, inclusive nas liquidações e execuções de sentença, independentemente de autorização dos substituídos. (STF - RG RE: 883642 AL - ALAGOAS, Relator: Min. MINISTRO PRESIDENTE, Data de Julgamento: 18/06/2015, Data de Publicação: DJe-124 26-06-2015)

Pelo exposto, sequer se mostra necessário que se aguarde o transcurso do prazo de 01 (um) ano, contado do trânsito em julgado, para habilitação de interessados, na forma do artigo 100 da Lei n. 8.078/90, para que o substituto processual possa propor ação executiva em nome do substituído.

Cabe frisar que não há necessidade de autorização expressa até a fase de levantamento do crédito, visto que, no regime de substituição processual, não estão compreendidos os poderes especiais a que alude o art.

105 do novo CPC.

Assim, o substituto processual não pode levantar o crédito (receber e dar quitação) e praticar atos de disposição do direito de crédito sem autorização do substituído, os quais só poderão ser praticados pelo substituto processual se o substituído autorizá-los expressamente.

Sem prejuízo da legitimidade individual dos substituídos, portanto, há que se declarar a legitimidade do sindicato-autor para, na qualidade de substituto processual, realizar a liquidação e a execução da sentença, independentemente do decurso do prazo de um ano previsto no art. 100 do CDC.

No entanto, tal como asseverou a MM. Juíza, a liquidação e a execução deverão ser realizadas em autos apartados para liquidação por artigos, em que serão individualizados os beneficiários, com análise de causas pessoais diferenciadas de contagem de prescrição e apontamento dos valores devidos a cada substituído.

No que tange ao número de substituídos na liquidação, o art. 113, §1º do CPC, faculta ao Juiz limitar o litisconsórcio, diante da presença de um dos requisitos que enumera, quais sejam: quando o número de litigantes comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença.

Vale dizer, a limitação está vinculada à presença de um dos requisitos do §1º do art. 113 do CPC, que deverá estar devidamente fundamentado na sentença extintiva, como na hipótese dos autos.

Desse modo, a limitação da quantidade de substituídos é condizente com o escopo de uma execução célere e eficiente.

Desse modo, visando a priorizar uma execução célere e eficaz, entendo razoável a limitação imposta pela MM. Juíza a 10 trabalhadores nas ações de liquidação, tanto nas que forem substituídos pelo Sindicato, quanto nas individuais plúrimas, não havendo justificativa plausível para que a quantidade seja ainda mais limitada.

Nego provimento.

3. ACÓRDÃO

ACORDAM os Desembargadores da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, na 9ª Sessão Extraordinária Virtual, com início em 07/08/2023 e término de forma presencial em 10/08/2023, sob a Presidência da Exma. Desembargadora Marise Medeiros Cavalcanti Chamberlian, com a participação dos Exmos. Desembargadores Claudia Cardoso de Souza, Marcello Maciel Mancilha, Mário Ribeiro Cantarino Neto e da douta representante do Ministério Público do Trabalho, Procuradora: Fernanda Arruda Dutra, por unanimidade, conhecer do recurso ordinário interposto pelo Sindicato autor, conhecer do recurso ordinário interposto pelo segundo reclamado (Estado do Espírito Santo) e conhecer do recurso adesivo interposto pela primeira reclamada (Flex Administradora e Prestação de Serviços LTDA); no mérito, dar parcial provimento ao recurso ordinário interposto pelo segundo reclamado (Estado do Espírito Santo) para afastar sua condenação à multa por litigância de má-fé; negar provimento ao recurso ordinário interposto pelo Sindicato autor e ao recurso adesivo interposto pela primeira reclamada (Flex Administradora e Prestação de Serviços LTDA). Mantido o valor da condenação.

DESEMBARGADOR MARIO RIBEIRO CANTARINO NETO
RELATOR

PJe



Assinado eletronicamente por: [MARIO RIBEIRO CANTARINO NETO] -
4b7c2ad

<https://pje.trt17.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>



Documento assinado pelo Shodo



PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA DO TRABALHO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO

1ª VARA DO TRABALHO DE VITÓRIA

ACum 0000279-18.2022.5.17.0001

RECLAMANTE: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL
ES

RECLAMADO: LIDER LIMPE LIMPEZA COMERCIAL EIRELI E OUTROS (2)

SENTENÇA

RT 0000279-18.2022.5.17.0001

I- Relatório

SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – SINDILIMPE/ES, na qualidade de substituto processual, apresente Ação de Cumprimento de Convenção Coletiva de Trabalho contra **LIDER LIMPE LIMPEZA COMERCIAL** e **ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, alegando o que consta da inicial e pleiteando as verbas elencadas no rol de pedidos.

Atribui à causa o valor de R\$ 40.000,00(quarenta mil reais).

Defesas juntadas aos autos.

A parte autora se manifestou sobre as defesas e os documentos.

Produzida prova pericial.

Frustrada a conciliação, foi encerrada a instrução processual.

Concedido prazo para razões finais, as partes permaneceram inertes.

É o relatório.

II – Fundamentação

Justiça gratuita para o Sindicato

Tratando-se de Ação Civil Coletiva, o Sindicato Autor tem direito a isenção de custas e despesas processuais na forma do art. 87 do CDC, já que nas ações coletivas predominam as regras do microsistema coletivo em detrimento da CLT, de modo que concedo ao Autor a gratuidade de justiça.

Ilegitimidade passiva

O 2º reclamado, Estado do Espírito Santo, informa ser parte ilegítima para compor a lide, pois não participou da formação do instrumento coletivo que embasa o pedido autoral.

Na seara processual trabalhista a legitimidade é analisada em abstrato (Teoria da Asserção), ou seja, com base nas alegações da inicial. Assim, incluído pela parte autora no polo passivo, o 2º reclamado é parte legítima para responder aos termos desta ação.

Lado outro, a pretensão autoral, em face do 2º reclamado, reside na condenação subsidiária por eventuais créditos deferidos, e nesta qualidade, a responsabilidade que possa ser imposta decorrerá do fato de ter se beneficiado dos serviços prestados pelos substituídos, se restar configurada falha na fiscalização do cumprimento contratual (art. 71, §1º, da lei 8.666/93 e item IV da súmula 331 do TST), independentemente de participar das negociações que deram ensejo às CCTs, pois, consoante o art. 611 da CLT, trata-se de instrumento firmado entre sindicatos das categorias econômicas e profissionais, que não exige a participação do tomador dos serviços.

Dito isso, rejeito.

Inexistência de relação dos substituídos

Em se tratando de tutela coletiva, cuja sentença tem natureza genérica e alcance sobre os integrantes do grupo contemplado pela decisão, desnecessária é a juntada de rol de substituídos neste momento de cognição abstrata.

Ademais, a alegação do 2º reclamado encontra-se superada pela pacífica jurisprudência desta Justiça Especial, bem como do posicionamento do STF no sentido de ser desnecessária a apresentação do rol dos substituídos, cujas individualizações ocorrerão na fase de liquidação ou execução da sentença, em se tratando de lide coletiva, na qual se profere sentença genérica sem indicar os beneficiários diretos.

Rejeito.

Notificação dos substituídos

O pedido de notificação dos substituídos é inócuo, desvirtua os objetivos das lides coletivas e promove tumulto processual. Por outro lado, a alegação de existirem lides individuais é genérica, sendo certo ainda que a faculdade de opção entre a lide individual e a coletiva deve ser exercida no bojo da ação individual, posto que na lide coletiva sequer se encontram individualizados os possíveis beneficiários.

Rejeito.

Adicional de insalubridade

Narra a inicial que a 1ª reclamada descumpre a cláusula 10ª, §1º das CCTs, que trata do pagamento do adicional de insalubridade.

A defesa da 1ª reclamada aduz que o adicional de insalubridade não foi pago porque o 2º reclamado não reconhece o direito como devido à categoria. Afirma também que no anexo do contrato firmado com o 2º réu não há previsão de pagamento do adicional de 20%.

O 2º reclamado sustenta que a mencionada Cláusula Convencional não encontra amparo no ordenamento jurídico, haja vista que a concessão de adicional de insalubridade sem a observância dos requisitos legais, representa supressão de “norma de saúde, higiene e segurança do trabalho” contida no artigo 195 da CLT e no Anexo XIV da Norma Regulamentadora - NR 15 do Ministério do Trabalho, em conflito com o regramento do artigo 611-B, XVII da CLT.

Pois bem.

O artigo 7º, da Constituição Federal arrola, no inciso XXIII, como direito dos trabalhadores, o recebimento do adicional de remuneração para as atividades insalubres. O art. 192 da CLT informa os percentuais devidos seguindo a classificação da atividade em grau mínimo (10%), médio (20%) ou máximo (40%).

Por sua vez, o inciso XXVI, do art. 7º da CF/88 informa o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

Nas CCTs apresentados nos autos, há previsão de pagamento do adicional de 20% por insalubridade em grau médio aos Auxiliares de Serviços Gerais (Cláusula 10ª, §1º).

Realizada a Perícia, o Auxiliar do Juízo, Dr. Edgar Alexandre Reis de Lima, concluiu que as atividades realizadas pelos substituídos, nas dependências da Polícia Civil do Estado do Espírito Santo, no exercício da função de Auxiliares de Serviços Gerais, não ensejam o pagamento do adicional de insalubridade (Id 48ee603).

Não obstante, a norma coletiva é expressa ao prever o pagamento, em contratos comerciais de prestação de serviços, do adicional de insalubridade pelo percentual de 20% (vinte por cento), a todos os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial de contratos comerciais públicos e privados, sendo pago da seguinte maneira: fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção, continuarão a realizar o pagamento do adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre o piso da categoria, sendo que a partir do dia 01 de Janeiro de 2018 o benefício será calculado com base no piso mínimo da categoria que é de R\$ 1.060,00 (Um Mil e Sessenta Reais), respeitando a jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial, exceto os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial já enquadrados no caput desta cláusula (§1º, cláusula 10ª das CCTs).

Por outro lado, o Termo de Acordo firmado pelo 2º reclamado e os Sindicatos das categorias econômicas e profissionais, informa na cláusula 1ª a instituição do pagamento do adicional de insalubridade, no percentual de 20% (vinte por cento), para todos os Auxiliares de Serviços Gerais de Limpeza Predial, instituído na Cláusula 10ª da CCT Sindilimpe-Seaces, nos contratos administrativos de serviços de limpeza (Id c2b6522).

Acresça-se que nos termos do art. 611-A da CLT, incluído pela lei 13.467/2017, a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, dentre outros, dispuser sobre o enquadramento do adicional do grau de insalubridade (XII).

Relembre-se que o Juízo não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar seu convencimento com base em outros elementos dos autos, e especial em atenção ao quanto pactuado nas convenções coletivas, com observância a norma do art. 7º, XXVI, da CF/88, visando a melhoria da condição social dos empregados (art. 7º, caput, CF/88).

Dito isso, condeno a 1ª reclamada ao pagamento de adicional de insalubridade, em grau médio (20%), a incidir sobre o sobre o piso da categoria, na forma do §1º, da Cláusula 10ª da CCT, que a teor da Súmula Vinculante nº 04 do STF,

até que seja editada lei ordinária que regulamente a base de cálculo do adicional de insalubridade, essa parcela deverá ser apurada sobre o salário mínimo, salvo se lei, convenção coletiva ou sentença normativa estipularem expressamente base de cálculo mais benéfica.

O adicional será devido durante período do contrato de trabalho em que os substituídos exerceram a função de Auxiliar de Serviços Gerais.

O adicional de insalubridade deverá compor a remuneração dos substituídos e incidirá reflexos sobre: 13º salário, férias crescidas de 1/3, FGTS, aviso prévio e multa de 40% para os substituídos despedidos sem justa causa.

Isso posto, julgo **procedente** o pedido.

Responsabilidade do 2º reclamado. Ente Público

A inicial informa que os substituídos realizam atividades em favor do 2º Reclamado, nas dependências da Polícia Civil do Estado do Espírito Santo.

Analisando-se os argumentos das defesas, verifico que 1ª reclamada e o 2º reclamado firmaram Contrato de Prestação de Serviços de Limpeza e Conservação de Bens Móveis e Imóveis e Copeiragem.

A responsabilidade subsidiária da tomadora dos serviços está assentada em três premissas: a) ser a efetiva beneficiária direta da força de trabalho do empregado da empresa prestadora de serviços (com a qual manteve ou mantém contrato); b) estar a empresa contratada em situação de inadimplência com as obrigações trabalhistas relativas a esse empregado e c) a configuração da culpa *in eligendo* e/ou culpa *in vigilando*.

Nesse passo, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o tema 725 da repercussão geral (ADPF 324 e RE 958.252), firmou tese vinculante de licitude da terceirização em todas as fases do processo produtivo, para atividades meio e fim. Além do mais, reconheceu a responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços, beneficiada pelas atividades desenvolvidas pelo trabalhador.

Ademais, a partir das mudanças introduzidas pelas Leis 13.429/2017 e 13.467/2017 na Lei 6.019/1974, o ordenamento jurídico pátrio passou a admitir, de forma expressa, a terceirização de quaisquer atividades, além de ter fixado a responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica tomadora pelas obrigações trabalhistas decorrentes da prestação de serviços.

Não se discute, na hipótese, a legalidade da referida contratação, o que aliás foi reconhecido. Por outro lado, considerando ser inconteste o fato de que o 2º Reclamado usufruiu da força de trabalho dos substituídos, não há como afastar a responsabilidade subsidiária, uma vez que, presente a responsabilidade oriunda da culpa *in vigilando*.

Nesse aspecto, adota-se o entendimento segundo o qual o tomador dos serviços é responsável pelo descumprimento das obrigações trabalhistas assumidas pela prestadora e não cumpridas, na medida em que exercia sobre a mesma, por força da contratação e por imposição legal (art. 67 da Lei 8.666/93), poder diretivo dos serviços prestados, incluindo, naturalmente, o poder de fiscalizar o cumprimento de tais obrigações.

Deveria, então, o 2º Reclamado ter assegurado o cumprimento das obrigações trabalhistas através de um controle efetivo do exato cumprimento das mesmas pela 1ª Ré em relação aos seus empregados, visto que o dever de vigilância deve ser exercido permanentemente. A documentação apresentada pelo ente público revela que a fiscalização não foi suficiente a evitar os descumprimentos da legislação trabalhista pela prestadora, especificamente a inobservância dos instrumentos coletivos de trabalhos vigentes, demonstrando a sua culpa por negligência.

Outrossim, tem-se afastado o argumento de que o §1º, do art. 71, da Lei 8.666/93, contém dispositivo no sentido de que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos estabelecidos no citado artigo, não transfere a responsabilidade por seu pagamento à Administração Pública, visto não se tratar de preceito absoluto. Aliás, o próprio § 2º, do mesmo artigo, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.032/1995, incorporou, de forma expressa, o que dispõe a Lei de Custeio da Previdência, no que diz respeito à responsabilidade solidária pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato.

Por tais razões e, ainda mais, por considerar que o disposto nos itens IV e V da Súmula 331 do E. TST, aplica-se integralmente à situação dos autos, não há dúvidas quanto à inafastável responsabilidade subsidiária do segundo reclamado, que ora é declarado.

Nesse exato sentido se consolidou a mais recente jurisprudência do E. TST, senão vejamos:

"AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE (2.º RECLAMADO). RECURSO REGIDO PELA LEI 13.467 /2017. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO CONSTATADA PELO TRIBUNAL REGIONAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO. ÔNUS DA PROVA ATRIBUÍDO AO ENTE PÚBLICO (DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NA ADC 16/DF E NO RE 760.931/DF E COM A SÚMULA 331, V, DO TST). 1. A imputação de responsabilidade subsidiária ao ente público tomador dos serviços decorreu da constatação da sua omissão culposa, em razão da ausência de comprovação de fiscalização efetiva do contrato de terceirização. 2. O STF, no julgamento da ADC 16/DF, considerou constitucional o art. 71, § 1.º, da Lei 8.666/93, afirmando que a simples inadimplência da empresa contratada não transfere, automaticamente, a responsabilidade pelas verbas trabalhistas à entidade pública. No julgamento dos embargos de declaração nos autos do RE 760.931/DF, o STF apenas reafirmou o seu entendimento acerca da possibilidade de responsabilização subsidiária do ente público, não tendo firmado tese processual acerca da distribuição do ônus da prova. Diante do silêncio da Suprema Corte sobre a quem caberia o ônus de comprovar que o Poder Público fiscalizou as obrigações do contrato de prestação de serviços terceirizados, este Tribunal Superior, ao entender competir ao próprio ente público tal encargo, não desrespeita as referidas decisões proferidas pelo STF. Assim, como o Tribunal Regional registrou que não há nos autos comprovação de fiscalização realizada no decorrer da vigência do contrato entre os demandados, mantém-se a responsabilidade subsidiária do Poder Público. Agravo não provido" (Ag-AIRR-20407-45.2020.5.04.0016, 8ª Turma, Relatora Ministra Delaide Alves Miranda Arantes, DEJT 19/12/2022).

Vale acrescentar que a responsabilização subsidiária do segundo reclamado abrange todas as verbas deferidas à reclamante nesta decisão, porque decorrentes do contrato de trabalho, o que se harmoniza com o item VI, da

súmula 331 do TST, que não prescreve qualquer limitação. Em razão do ato ilícito, a responsabilidade subsidiária engloba todas as parcelas a que condenada a Empregadora.

Com efeito, tal responsabilização, que abrange inclusive as contribuições sociais e fiscais (obrigações derivadas do contrato de trabalho) encontra suporte no princípio fundamental esculpido no art. 1º, III c/c art. 193 da Constituição da República e no entendimento consubstanciado no item VI da Súmula n.º 331 do E. TST: “VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral”.

Ressalto que o devedor originário é quem responde primeiramente pelo cumprimento da obrigação, que só se transfere para o devedor secundário ou subsidiário, quando o primeiro não tiver condições de solver o débito (Enunciado 331, IV, do C. TST). Na forma do disposto no artigo 186 do Código Civil, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

Sendo responsável subsidiária, a devedora secundária poderá, de fato, utilizar-se do benefício de ordem, já que compelida a solver o débito, tendo assegurado o direito de exigir que sejam primeiro executados os bens do devedor originário.

Observo, por fim, que a desconsideração da pessoa jurídica não constitui um direito do devedor e sim, do credor, ainda que não previsto na lei trabalhista, quando for impossível executar a sociedade devedora.

Isso posto, condeno o 2º reclamado como responsável subsidiário.

Julgo procedente o pedido.

Honorários periciais

O Perito considerou a não ocorrência de atividades em local insalubre. O art. 790-B da CLT, com redação dada pela lei 13.467/2017, informa que o responsável pelo pagamento dos honorários periciais será da parte sucumbente no objeto da perícia. Por outro lado, o não acolhimento das conclusões periciais pelo juízo, não altera a regra legal.

Assim, uma vez que a sucumbência se dá pelo objeto da perícia, a parte autora suportará o pagamento dos honorários periciais, a serem pagos ao

Perito Dr.º Edgar Alexandre Reis de Lima, na forma do provimento deste Regional, em consonância com a orientação do CNJT, de acordo com a disponibilidade financeira do Tribunal.

Honorários advocatícios sucumbenciais

Diante da sucumbência integral dos reclamados e tendo em vista o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, devidos honorários advocatícios sucumbenciais ao patrono da parte autora, que fixo em 10% sobre o valor bruto da condenação apurada em liquidação de sentença.

Atualização monetária e juros

Conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal nas ADCs 58 e 59 e ADIs 5867e 6021 e também na Rcl 53940 MG 01218305-90.2022.1.00.0000, a atualização monetária e a contagem de juros dos débitos trabalhistas serão, a partir do vencimento de cada parcela até a véspera da citação da parte Ré, pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) cumulativamente com os juros legais previstos no caput do art. 39 da Lei 8.177/1991.

A partir da citação até o efetivo pagamento da obrigação, a atualização monetária e os juros de mora serão, juntos, fixados pelo índice do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), de acordo com artigo 406 do Código Civil.

Demais parâmetros para a liquidação

Para os efeitos do § 3º do artigo 832 da CLT, a ré deverá recolher as contribuições previdenciárias sobre as parcelas deferidas na presente sentença que constituam salário-de-contribuição (excluídas as contribuições previdenciárias relativas aos salários pagos, ante a ausência de competência material desta Justiça Especializada), na forma do inciso I do artigo 28 da lei nº 8.212/91, com exceção daquelas descritas no §9º do artigo 214 do decreto nº3.048/99.

A contribuição dos substituídos será descontada de seus créditos. Observar-se-á o entendimento consignado na Súmula 368 do TST.

O imposto de renda incidente sobre os valores da condenação que constituam sua base de cálculo será calculado mês a mês (regime de competência), na forma prevista na Instrução Normativa nº 1.500/2014 da Receita Federal do Brasil com alterações posteriores.

Observe-se que tal tributo não incide sobre os juros de mora (OJ-SDI1-400 do TST). O valor do desconto de imposto de renda será suportado por quem auferir renda, ficando autorizada a dedução do valor respectivo quando da liberação do crédito.

Os critérios de apuração das contribuições previdenciárias e do imposto de renda serão definidos na fase de liquidação, observando-se o estabelecido na legislação então vigente, inclusive quanto à eventual desoneração da folha de pagamento (apuração da contribuição previdenciária sobre a receita bruta).

Os créditos deferidos serão apurados em liquidação de sentença.

Execução individual

Considerando cuidar-se de ação de natureza coletiva ajuizada por sindicato profissional (SINDILIMPE/ES) e que a decisão proferida nos autos possui caráter genérico (Lei nº 8.078/90, art. 95), a liquidação/execução das parcelas de cunho pecuniário deverá ser realizada pelo trabalhador beneficiado pela decisão (substituído processual), individualmente, mediante ação executiva própria, com livre distribuição.

Publique-se edital no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, para ciência dos interessados (substituídos processuais) em promover a liquidação e execução da sentença.

Após, aguarde-se o transcurso do prazo de 01 (um) ano, contado do trânsito em julgado, para habilitação de interessados, na forma do artigo 100 da Lei nº 8.078.

III - Dispositivo:

DIANTE DO EXPOSTO, e de tudo o mais que dos autos consta nos autos da ação de cumprimento ajuizada pelo **SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – SINDILIMPE/ES** contra **LIDER LIMPE LIMPEZA COMERCIAL** e **ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**,

CONCEDO à parte autora o benefício da gratuidade de justiça;

julgo **PROCEDENTES** os pedidos autorais, condenando os reclamados, a 1ª ré como devedora principal e o 2º réu, subsidiariamente, ao pagamento de adicional de insalubridade, em grau medio (20%), a incidir sobre o piso salarial da categoria e respectivos reflexos, observados os parâmetros constantes da fundamentação.

Honorários advocatícios, periciais, recolhimentos previdenciários, fiscais, juros correção monetária e demais parâmetros, conforme fundamentação.

Considerando cuidar-se de ação de natureza coletiva ajuizada por sindicato profissional (**SINDILIMPE/ES**) e que a decisão proferida nos autos possui caráter genérico (Lei nº 8.078/90, art. 95), a liquidação/execução das parcelas de cunho pecuniário deverá ser realizada pelo trabalhador beneficiado pela decisão (substituído processual), individualmente, mediante ação executiva própria, com livre distribuição.

Publique-se edital no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, para ciência dos interessados (substituídos processuais) em promover a liquidação e execução da sentença.

Após, aguarde-se o transcurso do prazo de 01 (um) ano, contado do trânsito em julgado, para habilitação de interessados, na forma do artigo 100 da Lei nº 8.078/90.

Observem-se os demais parâmetros constantes da fundamentação.

Considerando o excessivo número de embargos de declaração interpostos apenas com o intuito de protelar o feito, relembro às partes que o Juízo, em sentença, não está obrigado a se manifestar sobre todos e quaisquer fundamentos e teses expostas nas peças acostadas, cabendo-lhe, sim, decidir a controvérsia com base no livre convencimento motivado.

Relembro, ainda, que a omissão apta a empolgar a oposição de embargos de declaração é aquela que ocorre quando a sentença não aprecia um ou mais pedidos e que a contradição que justifica o manejo dos embargos é aquela existente entre duas proposições da sentença. Assim, eventual divergência das partes com relação à interpretação dada pela r. Sentença à prova produzida, deve ser veiculada por meio do recurso próprio.

Portanto, embargos de declaração fundamentados na mera justificativa de prequestionamento, e, ainda, sob falso argumento de contradição,

omissão ou obscuridade serão tidos como protelatórios, ensejando a pertinente multa pecuniária e o seu não conhecimento.

Custas pelos reclamados, no importe de R\$ 800,00 (oitocentos reais), calculadas sobre o valor provisoriamente arbitrado à condenação de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

Intimem-se.

Nada mais.

VITORIA/ES, 21 de junho de 2023.

VALERIA LEMOS FERNANDES ASSAD
Juíza do Trabalho Substituta



Assinado eletronicamente por: VALERIA LEMOS FERNANDES ASSAD - Juntado em: 21/06/2023 18:55:01 - dbdc73c
<https://pje.trt17.jus.br/pjekz/validacao/23062011221849800000030575909?instancia=1>
Número do processo: 0000279-18.2022.5.17.0001
Número do documento: 23062011221849800000030575909



GD-WLCLFD-7

RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA (1009)

PROCESSO nº 0000129-22.2022.5.17.0006 (ROT)

RECORRENTE: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES

RECORRIDO: IMPACTO CONDOMINIOS LTDA, ESTADO DO ESPIRITO SANTO

RELATORA: DESEMBARGADORA WANDA LÚCIA COSTA LEITE FRANÇA DECUZZI

EMENTA

JUSTIÇA GRATUITA. SINDICATO. SUBSTITUTO PROCESSUAL. A interpretação sistemática e teleológica do ordenamento jurídico exige que à entidade sindical na Justiça do Trabalho seja aplicado o mesmo tratamento conferido em outros ramos do direito para as ações coletivas. O Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública estabelecem que a parte autora somente pagará despesas processuais quando for comprovada a má-fé, conforme os arts. 87, parágrafo único, do CDC, e art. 18 da Lei de Ação Civil Pública. Pensar de modo diverso é mitigar a substituição processual, tão cara aos trabalhadores pela ampliação ao acesso à Justiça e de sobremodo profícua para atingir a celeridade e a igualdade nos julgamentos.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADC n.º 16, considerou constitucional o art. 71 da Lei n.º 8.666/93, não afastando, todavia, a possibilidade de imputar a responsabilidade subsidiária aos entes da Administração Pública pelos encargos trabalhistas devidos pela prestadora dos serviços, quando ficar comprovada conduta culposa do tomador na fiscalização do cumprimento das obrigações legais e contratuais do prestador de serviços como empregador, nos moldes da Súmula 331, V, do TST e Súmula 21 deste Regional.

1. RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário interposto pelo reclamante em face da r. sentença de Id. 82b5c5c, complementada pela r. decisão de embargos declaratórios Id. 82b5c5c, prolatada pelo MMa. Juíza Claudia Villaca Poyares, que julgou improcedentes os pedidos do cumprimento de convenção coletiva de trabalho.

Em suas razões recursais de Id. ba7b32b, o reclamante pleiteia reforma do julgado no tocante a gratuidade judiciária, ao adicional de insalubridade, à necessidade de homologação do sindicato em casos de rescisão contratual, aos honorários advocatícios sucumbenciais e a responsabilidade subsidiária do 2º reclamado.

Em contrarrazões Id. 0384a9c e Id. 0d41dcb, ambos os reclamados pedem para que se mantenha a sentença recorrida.

Parecer ministerial da lavra do ilustre Procurador do Trabalho Vítor Borges da Silva (Id 01ddf01) oficiando "*pelo conhecimento do recurso ordinário interposto pelo SINDILIMPE-ES e, no mérito, pelo provimento do apelo, nos termos da fundamentação*".

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Preenchidos os pressupostos legais para a admissibilidade, conheço do recurso ordinário.

Considero as contrarrazões apresentadas, vez que tempestivas e regular a representação processual.

2.2 MÉRITO

2.2.1 DA JUSTIÇA GRATUITA

Assim decidiu a juíza a quo:

"Não basta declarar a insuficiência de recursos, para ser devida a assistência judiciária. Necessária sua comprovação (§ 4º, do art. 790, da atual CLT) ou o preenchimento dos requisitos do § 3º, do mesmo artigo. E, ainda, assim, neste último caso, trata-se de uma faculdade do Juízo.

Não tendo sido comprovada a insuficiência de recursos, à época do ajuizamento da ação, INDEFIRO a assistência judiciária."

No recurso, alega a o Sindicato Autor que:

"Não há que se falar em indeferimento da assistência judiciária gratuita, uma vez que o sindicato atua na representação dos trabalhadores da categoria prejudicada, declaradamente hipossuficientes e, na defesa dos direitos individuais homogêneos, difusos e coletivos de seus empregados, devendo, portanto, fazer jus à assistência judiciária gratuita".

[...]

"quando a atuação sindical é em substituição dos trabalhadores, o mesmo tem direito de litigar ao amparo do art. 790, § 3º, da CLT, pois, embora atue no processo em nome próprio, defende direito de terceiro hipossuficiente na relação jurídica base subjacente à causa".

Requer, assim, a reforma da sentença, a fim de que seja conhecida a justiça gratuita.

Vejamos

A interpretação sistemática e teleológica do ordenamento jurídico exige que à entidade sindical na Justiça do Trabalho seja aplicado o mesmo tratamento conferido em outros ramos do direito para as ações coletivas.

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública estabelecem que a parte autora somente pagará despesas processuais quando for comprovada a má-fé, conforme os arts. 87, parágrafo único, do CDC, e art. 18 da Lei de Ação Civil Pública. Pensar de modo diverso é mitigar a substituição processual, tão cara aos trabalhadores pela ampliação ao acesso à Justiça e de sobremodo profícua para atingir a celeridade e a igualdade nos julgamentos.

Outrossim, acompanho o parecer que se encontra nos autos, do Ilustre Procurador do Trabalho (Id. 01ddf01), in verbis:

"Com efeito, o exame da gratuidade da justiça há de ser analisado com respaldo nas leis que regem as demandas coletivas que visam a defesa dos interesses dos substituídos e assegura ao substituto demandar sem custo individual próprio, sob pena não se viabilizar o exercício de seu mister.

Vale lembrar que, na substituição processual, a pessoa jurídica que postula não requer direitos de sua própria titularidade, não devendo, logicamente, ser obrigada a pagar pelo processo que move em prol dos

representados, pois, se assim fosse, não haveria qualquer possibilidade de se efetivar os objetivos das demandas coletivas que passaram a ser imprescindíveis para a sociedade dos tempos atuais.

A Lei 7347/85, que rege a ação civil pública, no art. 18, já dispunha que "nas ações de que trata esta Lei não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas"

A questão também já foi pacificada no âmbito deste E. Regional, conforme Súmula 60:

SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. Ao sindicato, quando atua como substituto processual em defesa de interesses e direitos coletivos lato sensu, aplicam-se as normas relativas às ações coletivas, concedendo-se a gratuidade de justiça nos termos dos artigos 87 da Lei 8.078/90 e 18 da Lei 7.347/85. A condenação ao pagamento de honorários e demais despesas processuais condiciona-se a comprovação da má-fé da entidade sindical.

Destarte, **dou provimento** ao pedido o sindicato-autor, reformando a sentença para conceder o benefício da justiça gratuita, afastando assim, as custas processuais que fora condenado.

2.2.2 DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Acerca da matéria em destaque, assim a MMA juíza decidiu:

"[...]

O Autor não comprovou existir algum empregado da primeira Ré que se enquadra a situação da referida cláusula. Sequer especifica quais são os substituídos que exercem da função de auxiliar de serviços gerais banheirista.

Não há prova, ainda, de que, se houver tais profissionais, exercem ou exerceram a atividade de limpeza de banheiros públicos de uso coletivo ou de grande circulação igual ou superior a 40 (quarenta) pessoas.

Assim, não havendo prova de que eventual empregado da primeira Ré na função de auxiliar de serviços gerais banheirista exercia ou exerce a atividade de limpeza de banheiros públicos de uso coletivo ou de grande circulação igual ou superior a 40 (quarenta) pessoas, não há se falar em pagamento de adicional de insalubridade.

INDEFIRO o pedido de cumprimento da cláusula décima dos instrumentos coletivos da categoria e seus acessórios."

Argumenta a reclamante que *"o requerimento autoral é de pagamento do adicional de insalubridade em grau médio (20%), devido a todos os auxiliares de serviços gerais, de acordo com a CCT do Sindilimpe/es"*.

Requer a reforma do julgado, condenando as reclamadas ao pagamento do adicional de insalubridade em 20%.

Ao exame.

Diante da r. sentença, nota-se um equívoco do nobre julgador a quo ao analisar o pedido em destaque, em que foi decidido apenas um agravante da cláusula 10º da CCT em discussão. Este tem um acréscimo de 40% na insalubridade, devido a casos de labor na função de "banheirista" com grande circulação de pessoas, mas que não era a real pretensão do sindicato-autor.

A tese do sindicato-autor que encontra-se na exordial e no presente recurso, é que os substituídos empregados do 1º réu, que exercem/exerceram a função de auxiliar de serviços gerais para o 2º réu, possuem direito ao recebimento do adicional de insalubridade de 20%, pois enquadra-se na cláusula 10º parágrafo 2º da CCT 2022/2022 de "limpeza predial, a limpeza realizada em escolas, comércios, shopping Center, aeroportos, portos, rodoviárias, bancos e imóveis em geral, públicos e privados, tanto na área geral como na área industrial".

Observa-se no contrato social de Id. 171113a, que o 1º reclamado é prestador de serviços para o 2º reclamado, disponibilizando empregados para diversas atividades, sendo umas delas para "limpeza em prédios e em domicílios" e "atividades de limpeza não especificadas anteriormente", como pode ser visto também in verbis:

7820-5/00 - Locação de mão-de-obra temporária;

81.21.4-00 - Limpeza em prédios e em domicílios;

81.11.7-00 - Serviços combinados para apoio a edifícios, exceto condomínios prediais;

68.22.6-00 - Gestão e administração da propriedade imobiliária;

43.30.4-99 - Outras obras de acabamento da construção;

43.30.4-04 - Serviços de pintura de edifícios em geral;

43.22.3-01 - Instalação hidráulicas, sanitárias e de gás;

43.21.5-00 - Instalação e manutenção elétrica;

82.91.1-00 - Atividades de cobranças e informações cadastrais;

69.20.6-01 - Atividades de contabilidade;

81.30.3-00 - Atividades paisagísticas;

82.19.9-99 - Preparação de documentos e serviços especializados de apoio administrativo não especificados anteriormente;

69.20.6-02 - Atividades de consultoria e auditoria contábil e tributária;

77.39.0-99 - Aluguel de outras máquinas e equipamentos comerciais e industriais não especificados anteriormente, sem operador;

8129-0/00 - Atividades de limpeza não especificadas anteriormente.

Ainda, no contrato de prestação de serviços firmado entre os reclamados, não deixa dúvida sobre qual o seu objeto, sendo de "*serviços de limpeza e conservação, copeiragem e recepção*" (Id. 286c570).

Nesse aspecto, prescreve o art. 7º da Constituição Federal, em seu inciso XXII, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança e, no inciso XXIII, o pagamento de adicional para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei. O inciso XXVI, do mesmo dispositivo, dispõe acerca do reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

Constata-se, assim, que a norma convencional disciplinou o pagamento de adicional de insalubridade aos trabalhadores no desempenho da atividade de limpeza, e uma vez submetida a matéria à negociação coletiva, esta deve prevalecer.

Logo, inquestionável a obrigação da reclamada de ter que cumprir o que foi pactuado no instrumento normativo. Destaca-se também o parecer do Ilustre Procurador do Trabalho, no qual concordo, in verbis:

"Assim, é devido o adicional de insalubridade em grau médio aos substituídos que exercem a função de auxiliar de serviços gerais de limpeza predial nas dependências SEMOBI - Secretaria de Mobilidade e Infraestrutura e do DIO/ES - Diário Oficial do Estado do Espírito Santo, nos termos previstos em instrumento coletivo.

Para tanto, basta a comprovação de que os trabalhadores exercem a função de auxiliar de serviços gerais nos termos estabelecidos na norma coletiva, dispensada a produção de prova pericial, a teor da Súmula 448, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho".

E não prospera a alegação de que não há exposição a agentes nocivos ou que foram fornecidos EPIs capazes de neutralizar, pois as partes convenientes reconheceram o direito ao adicional, tornando incontroversa a prestação de serviços em condições insalubres.

Por analogia, cita-se a disposição da Súmula 453 do C. TST, segundo a qual "*O pagamento de adicional de periculosidade efetuado por mera liberalidade da empresa, ainda que de forma proporcional ao tempo de exposição ao risco ou em percentual inferior ao máximo legalmente previsto, dispensa a realização da prova técnica exigida pelo art. 195 da CLT, pois torna incontroversa a existência do trabalho em condições perigosas*".

Embora o caso dos autos não seja exatamente o disciplinado no enunciado, não há como afastar a sua aplicação, pois trata de situação em que há reconhecimento do trabalho em condições insalubres por meio de

norma coletiva, o que dispensa a realização da prova pericial na forma prevista no art. 195 da CLT.

Vale citar nesse sentido julgado do C. TST, in verbis:

"ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PAGAMENTO PREVISTO EM NORMA COLETIVA. PERÍCIA. DESNECESSIDADE. NÃO PROVIMENTO. A jurisprudência desta colenda Corte Superior é firme quanto à desnecessidade de perícia para aferição da condição insalubre de trabalho nos casos em que o empregador paga espontaneamente o adicional respectivo, reconhecendo, dessa forma, a insalubridade. Com maior razão, deve ser prestigiada a norma coletiva da qual a empresa reclamada é signatária e que prevê o pagamento de adicional, assumindo, de forma presumível, a condição insalubre das atividades desenvolvidas pelos empregados abrangidos pela específica cláusula negocial. Contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 278 da SBDI-1 não constatada. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (AIRR - 597-46.2011.5.09.0021, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 06/11/2013, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/11/2013)

A discussão não envolve se há ou não labor insalubre nos termos da NR-15. As partes convenientes ajustaram que o labor na limpeza dos locais indicados nas normas é o suficiente.

Diante do direito adquirido, aqueles que laboraram nas sedes dos reclamados estão também com pecúnia não recebida, pois como já exposto, as normas da CCT pactuadas devem atingir a todos os empregados de tal categoria, até para aqueles que não estão mais presentes como empregado do 1º reclamado, mas que na época da vigência da CCT, não receberam tal verba.

Deste modo, considerando que as CCTs anexadas estabelecem o pagamento, a todos os trabalhadores que exercem as funções de Auxiliar de Serviços Gerais de limpeza predial, do adicional de insalubridade de 20% sobre a base de cálculo lá fixada, dou provimento ao apelo para deferir ao reclamante o pagamento do mencionado adicional, nos exatos termos previstos nas Convenções.

Assim, **dou provimento** ao recurso do Sindicato Autor, reformando a sentença para deferir o adicional de insalubridade, no percentual de 20% sobre os valores definidos nos instrumentos coletivos entre 2017 e 2022 **a ser calculado sobre o salário mínimo, com reflexos no 13º salário, férias + 1/3, aviso prévio e FGTS + 40%. Não há reflexos no RSR, sob pena de bis in idem, por já estar incluído no salário mensal dos substituídos.**

2.2.3 OBRIGAÇÃO DE FAZER. HOMOLOGAÇÃO DE RESCISÕES PERANTE O SINDICATO

Assim decidiu a MMA Juíza:

"Pleiteia, o Sindicato, seja cumprida a cláusula trigésima das CCTs juntadas ao processo, que estabelece a obrigatoriedade de homologação das rescisões dos contratos de emprego dos trabalhadores da categoria.

Todavia, não comprovou, conforme lhe competia, se houve, de fato, algum empregado da Ré despedido no período imprescrito, que se enquadrasse nos requisitos da referida cláusula, e que não teve o termo de rescisão do contrato homologado pelo sindicato.

Não como saber se houve, de fato, o descumprimento da cláusula pelo primeiro Réu.

De qualquer forma, a empresa se comprometeu a homologar, no sindicato, futuros termos de rescisão dos contratos de emprego que se enquadrem nos requisitos da cláusula.

Assim, por não provado o descumprimento da cláusula trigésima, INDEFIRO os pedidos contidos nas alíneas "g" e "h", da inicial."

No recurso, o reclamante sustenta que *"apesar do disposto na Cláusula 30ª, das CCTs 2021/2021 e 2022/2022, a 1ª Reclamada não realiza as homologações dos TRCTs dos substituídos no sindicato laboral."*

Finaliza com o pedido de *"reforma do julgado para a condenação das Rés no pagamento da multa mensal prevista no §8º, da Cláusula 30ª, da CCT 2022/2022, por mês e por trabalhador."*

Vejamos.

A Origem analisou que não houve documentos que confirmassem o alegado pelo reclamante, pois este não munuiu os autos com provas que justifiquem a condenação dos reclamados nos termos da cláusula 30ª, parágrafo 8º da CCT, in verbis:

É obrigatória a realização de homologação das rescisões contratuais, qualquer que seja a causa ou forma de dissolução do contrato, dos empregados com mais de 90 (noventa) dias de serviço na empresa. O instrumento de rescisão deve ter especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado o seu valor, sendo válida a quitação, apenas relativamente às mesmas parcelas. No ato da homologação terá o empregado assistência gratuita do SINDILIMPE, que designará profissional devidamente treinado para desempenhar a tarefa, devendo o empregador comunicar ao empregado, por escrito e em formulário próprio ou no verso do documento, quando da entrega do termo do aviso prévio, a data e hora que deverá comparecer no Sindicato Profissional, dispensado tal exigência caso o Sindicato laboral não cumpra o disposto no parágrafo primeiro desta cláusula, para a homologação da rescisão.

Parágrafo 8º - As empresas que não solicitarem o agendamento de homologação, prevista no caput, ou não efetuarem a homologação estabelecida nesta cláusula serão penalizadas com multa, no valor de R\$ 200,00 (Duzentos reais), por cada trabalhador que deixou de homologar, sendo revertida integralmente em favor do trabalhador. Trata-se de norma de eficácia plena. A aplicação dessa penalidade independe dos requisitos previstos nas Cláusulas 54ª e 55ª da CCT. Em outras palavras, não é necessário a convocação de reunião prévia pelo SINDILIMPE no SEACES ou na CCP.

No entanto, da análise dos diversos TRCTs juntados aos autos, observa-se que não consta a assinatura do sindicato do trabalhador no campo próprio, o que denota que o autor comprovou a alegação da inicial de descumprimento reiterado da cláusula normativa.

Sendo incontroverso o ofício enviado para o 2º reclamado (Id. 5ea1e43) em resposta a presente lide ajuizada, com tópico "DA HOMOLOGAÇÃO NO SINDICATO", onde afirma a 1ª reclamada ter homologado junto ao sindicato-autor as rescisões, mas que não há qualquer documento juntado aos autos que confirme o alegado.

Não satisfeita, busquei nos autos no Id. 1d7a137, que o 1º reclamado oficiou ao sindicato-autor resposta sobre suposto não cumprimento da CCTs, no qual em específico sobre o tema, respondeu:

"4 - Em relação ao pedido de Obrigação de Agendamento de Homologação no Sindicato, a empresa Contratada, bem como os Ilustres Representantes/Prepostos/Gestores do presente Contrato, detém do conhecimento, que NÃO estão mais as empresas, (nesse momento, digo qualquer empresa) compelidas a realizarem suas rescisões contratuais em sindicatos de classe, conforme reforma trabalhista que revogou os §§1º e 3º do art. 477 da CLT (Lei 13.467/2017)."

Assim, nota-se que o 1º reclamado teve conhecimento de suas obrigações. Não há escusa.

O citado pelo 1º reclamado, sobre a não obrigatoriedade da homologação, apesar de prevista em convenção, não está alinhado com o entendimento do C. TST:

RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. CLÁUSULA DE ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. HOMOLOGAÇÃO DAS RESCISÕES DE CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO FEITAS POR UM DELEGADO SINDICAL AUTORIZADO PELO SINDICATO DA CATEGORIA. É cediço que a autonomia de vontade assegurada pelo reconhecimento das convenções e acordos coletivos previstos no artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal de 1988, encontra limite nas normas heterônomas de ordem cogente, que tratam de direitos indisponíveis. Nesse contexto, um dos fundamentos motivadores da reforma trabalhista foi o fortalecimento da negociação coletiva. O artigo 611-A da CLT encerra um rol exemplificativo de temas que podem ser objeto de negociação ao dispor que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre as matérias elencadas nos quinze incisos do referido artigo. Já em relação ao artigo 611-B da CLT, ao utilizar o termo "exclusivamente", foi especificado o rol das matérias que não podem ser objeto de negociação porque compreendem direitos de indisponibilidade absoluta. Logo, apesar da nova redação do artigo 477 da CLT, não exigir mais que o pedido de demissão ou recibo de quitação de rescisão do contrato de trabalho, firmado por empregado com mais de um ano de serviço, só seja válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato ou perante a autoridade competente, nada impede, em relação a esse tema, a participação direta das partes na formulação de normas convencionais que lhes sejam mais benéficas, garantindo-lhes maior segurança à homologação e quitação de rescisão do contrato de trabalho ao dispor em cláusula de acordo coletivo que as homologações das rescisões de Contrato Individual de Trabalho, serão feitas por um Delegado Sindical autorizado pelo Sindicato da Categoria. Não estando elencado no rol taxativo do artigo 611-B da CLT como objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, não há que falar em exclusão de direito indisponível e a ocorrência de sérios prejuízos aos empregados, tão somente porque a legislação foi modificada para dar maior celeridade às rescisões contratuais. Recurso ordinário a que se nega provimento (TST-RO-585-78.2018.5.08.0000 - Caputo Vastor - 12 de agosto de 2019).

Entretanto, somente a CCT de 2022/2022 prevê a multa sem a necessidade de notificação dos reclamados, pois antes disso, era necessário, como estabelece in verbis a CCT de 2021/2021 cláusula 54º:

O descumprimento deste instrumento coletivo, ressalvada as hipóteses das Cláusulas Terceira, Parágrafo 5º, Décima Segunda, Parágrafo Oitavo e Décima Terceira, Parágrafo Sétimo, que possuem penalidade própria e

aplicação imediata (hipótese em que é desnecessária a convocação de reunião pelo SINDILIMPE no SEACES ou na CCP), implicará em notificação pelo SINDILIMPE ao SEACES, e este (SEACES) convocará (através de SEDEX, e-mail) a empresa no prazo máximo de 24h00min (vinte e quatro horas). Após a convocação, no prazo máximo de 48h00min (quarenta e oito horas) úteis improrrogáveis, a empresa comparecerá ao SEACES, em reunião de mediação designada, munida da documentação necessária à comprovação da observância da Convenção, sob pena de, não o fazendo, caracterizar o descumprimento da CCT e/ou CLT.

Por fim, a cláusula 30ª, parágrafo 8º da CCT não traz uma interpretação como pede o sindicato-autor em seu recurso, no tocante a multa mensal. Fixo assim, multa por trabalhador não homologado, de acordo com a literalidade da referida cláusula:

As empresas que não solicitarem o agendamento de homologação, prevista no caput, ou não efetuarem a homologação estabelecida nesta cláusula serão penalizadas com multa, no valor de R\$ 200,00 (Duzentos reais), por cada trabalhador que deixou de homologar.

Destarte, **dou provimento parcial** ao recurso ordinário, reconhecendo a obrigatoriedade da cláusula 30ª da CCT em discussão, ficando obrigado o 1º reclamado a realizar homologações rescisórias junto ao sindicato da sua categoria e fixo a multa em R\$ 200,00 por empregado não homologado a partir da vigência da CCT 2022/2022.

2.2.4 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Acerca da matéria, decidi a MMA. Juíza:

A análise do pedido de condenação subsidiária do segundo Réu resta prejudicada, ante o indeferimento de todos os pedidos da inicial.

Requer o recorrente a "*procedência do presente recurso para REFORMAR O JULGADO, no que se refere as verbas pleiteadas em exordial, condenando as reclamadas, a segunda subsidiariamente, ao pagamento das mesmas, além dos honorários advocatícios.*"

Vejamos.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADC n.º 16, considerou constitucional o art. 71 da Lei n.º 8.666/93, não afastando, todavia, a possibilidade de imputar a responsabilidade subsidiária aos entes da Administração Pública pelos encargos trabalhistas devidos pela prestadora dos serviços, quando ficar comprovada conduta culposa do tomador na fiscalização do cumprimento das obrigações legais e contratuais do prestador de serviços como empregador, nos moldes da Súmula 331, V, do TST e Súmula 21 deste Regional.

A questão envolvendo a responsabilidade subsidiária da Administração Pública retornou recentemente à pauta do Supremo Tribunal Federal. No julgamento do Recurso Extraordinário n.º 760.931/DF, em 30-03-2017, a Suprema Corte, em regime de repercussão geral, confirmou a constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei n.º 8.666/93, adotando a tese de que "o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário".

Se é certo que os precedentes judiciais firmados acima afastam as hipóteses de responsabilidade objetiva e de transferência automática da responsabilidade em virtude do simples inadimplemento de verbas trabalhistas, a conclusão da Suprema Corte não altera a possibilidade de a Administração Pública vier a ser responsabilizada subsidiariamente quando agir de forma omissa ou negligente na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas. Com efeito, demonstrada a culpa in vigilando da Administração Pública, viável se torna a sua responsabilização pelos encargos devidos ao trabalhador, tendo em vista que, nessa situação, responderá pela sua própria incúria.

Embora a questão sobre a quem recairia o ônus de provar a culpa na fiscalização não tenha sido objeto de tese específica do Supremo Tribunal Federal no RE 760.931/DF, extrai-se da leitura do referido acórdão que

06 (seis) dos 11 (onze) Ministros votantes entenderam por atribuir à Administração Pública o ônus de provar o cumprimento dos deveres de fiscalização decorrentes da Lei de Licitações, seja por ter obrigação de legal de fazê-lo (artigos 58, III e 67 da Lei nº 8.666/93), seja por ter maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário (art. 373, §1º, CPC). Senão, vejamos os seguintes trechos extraídos do aludido leading case julgado pelo Supremo Tribunal Federal:

Min. Rosa Weber:

Ante o exposto, tendo sido afastada, ao julgamento da ADC 16, a responsabilidade objetiva do Estado, pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora de serviços, e abraçada a tese da responsabilidade subjetiva - seja pela tese da culpa presumida, alicerçada na doutrina de BANDEIRA DE MELLO, seja pelos princípios da aptidão para a prova e da cooperação na atividade probatória ou seja pela distribuição dinâmica da prova -, imperativo concluir que o dever de demonstrar o cumprimento dos deveres de fiscalização, decorrentes da Lei de Licitações, é da Administração Pública que, cumpre lembrar, se beneficiou dos serviços prestados."

Min. Ricardo Lewandowski:

"entendo que Sua Excelência traz uma contribuição muito importante, que já estava insita no voto da Ministra Rosa Weber, que é a inversão do ônus da prova. Sua Excelência diz, e isto é consentâneo não só com o que ocorre na Justiça do Trabalho, mas também no Direito do Consumidor, aí compete à Administração o ônus de provar que houve a fiscalização."

Min. Dias Toffoli

"E uma das questões relevantes é: a quem cabe o ônus da prova? Cabe ao reclamante provar que a Administração falhou, ou à Administração provar que ela diligenciou na fiscalização do contrato?

[...]

Eu mesmo acompanhei o Ministro Redator para o acórdão - agora Relator para o acórdão -, o Ministro Luiz Fux, divergindo da Ministra Relatora original, Ministra Rosa Weber, mas entendendo que é muito difícil ao reclamante fazer a prova de que a fiscalização do agente público não se operou, e que essa prova é uma prova da qual cabe à Administração Pública se desincumbir caso ela seja colocada no polo passivo da reclamação trabalhista, porque, muitas vezes, esse dado, o reclamante não tem."

Portanto, à luz da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, impõe-se à Administração Pública o ônus de demonstrar em juízo a efetiva fiscalização do cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo vencedor da licitação (dentre elas, por óbvio, as decorrentes da legislação laboral), não se podendo considerar como fiscalização efetiva a que compreenda tão somente a apresentação de algumas documentações em que se exige comprovante de pagamentos de verbas ou então aplicação de algumas penalidades.

Perfilhando a este posicionamento, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, no recente julgamento do E-RR-925-07.2016.5.05.0281 concluído em 12-12-2019, acolheu a tese de que compete ao ente público tomador de serviço o ônus de provar a existência da efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada, pacificando em definitivo a controvérsia existente sobre a questão.

"RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LICITAÇÃO. DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE Nº 760.931. TEMA 246 DA REPERCUSSÃO GERAL. SÚMULA Nº 331, V, DO TST. RATIO DECIDENDI. ÔNUS DA PROVA. No julgamento do RE nº 760.931, o Supremo Tribunal Federal firmou a seguinte tese, com repercussão geral: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93". O exame da ratio decidendi da mencionada decisão revela, ainda, que a ausência sistemática de fiscalização, quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora, autoriza a responsabilização do Poder Público. Após o julgamento dos embargos de declaração e tendo sido expressamente rejeitada a proposta de que fossem parcialmente acolhidos para se esclarecer que o ônus da prova desse fato pertencia ao empregado, pode-se concluir que cabe a esta Corte Superior a definição da matéria, diante de sua natureza eminentemente infraconstitucional. Nessa linha, a remansosa e antiga jurisprudência daquele Tribunal: AI 405738 AgR, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª T., julg. em 12/11/2002; ARE 701091 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª T., julg. em 11/09/2012; RE 783235 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª T., julg. em 24/06/2014; ARE 830441 AgR, Rel(a) Min. Rosa Weber, 1ª T., julg. em 02/12/2014; ARE 1224559 ED-AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julg. em 11/11/2019. Portanto, em sede de embargos de declaração, o Supremo Tribunal Federal deixou claro que a matéria pertinente ao ônus da prova não foi por ele definida, ao fixar o alcance do Tema 246. Permitiu, por conseguinte que a responsabilidade subsidiária seja reconhecida, mas sempre de natureza subjetiva, ou seja, faz-se necessário verificar a existência de culpa in vigilando. Por esse fundamento e com base no dever ordinário de fiscalização da execução do contrato e de obrigações outras impostas à Administração Pública por diversos dispositivos da Lei nº 8.666/1993, a exemplo, especialmente, dos artigos 58, III; 67, caput e seu § 1º; e dos artigos 54, § 1º; 55, XIII; 58, III; 66; 67, § 1º; 77 e 78, é do Poder Público, tomador dos serviços, o ônus de demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato de prestação de serviços. No caso, o Tribunal Regional consignou que os documentos juntados aos autos pelo ente público são insuficientes à prova de que houve diligência no cumprimento do dever de fiscalização, relativamente ao adimplemento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizada. Ou seja, não se desincumbiu do ônus que lhe cabia. A Egrégia

Turma, por sua vez, atribuiu ao trabalhador o ônus da prova, razão pela qual merece reforma a decisão embargada, a fim de restabelecer o acórdão regional. Recurso de embargos conhecido e provido " (E-RR-925-07.2016.5.05.0281, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 22/05/2020).

Vale registrar que a fiscalização, por óbvio, não pode ser tão somente teórica, como mera questão burocrática, para aparentar cumprimento da lei. Se por um lado o mero descumprimento do contratante não induz a corresponsabilidade, por outro apresentar documentação com cumprimento burocrático da lei não é carta branca para desobrigar a Administração Pública, sob pena de rasgar-se a Constituição que alça como um dos fundamentos da República o valor social do trabalho.

Não podemos olvidar que, sobretudo em época de livre terceirização, os maiores clientes da justiça do trabalho são justamente essas empresas prestadoras de serviços. Após encerramento do contrato ficam os trabalhadores sem emprego (se não aproveitados pelo "sucessor") e sem recebimento de direitos trabalhistas.

Imprescindível, assim, averiguar no caso concreto dos autos se ocorreu falha na fiscalização do contrato realizado com o prestador de serviços, ensejadora da responsabilização subsidiária do recorrente.

Na hipótese dos autos, a condenação abrange o pagamento do adicional de insalubridade e a multa da não homologação dos TRCT em sindicato, previstos nas CCTs.

Conforme documentos anexados pela defesa da 2ª recorrida, na qualidade de tomadora de serviços, contratou a 1ª ré, IMPACTO CONDOMINIOS LTDA, para a prestação de serviços de limpeza e conservação, copeiragem e recepção, conforme Contrato n.º 009/2021 (Id 286c570), com vigência de 12 meses, ressalvada a possibilidade de prorrogação.

Ainda no contrato, há cláusula expressa de fiscalização por parte do 2º reclamado, com designação de servidora lotada no GARH (Id. 29611ce), exigindo que o 1º reclamado cumpra com todos os deveres trabalhistas, devendo ser observados também, os acordos e convenções coletivos do trabalho.

Nos autos, há documentos de título "*relatório de comprovação de adimplência de encargos*" de Id. 18873a5, exigidos pela administração pública. Sendo um dos tópicos: "*Comprovantes dos pagamentos dos encargos trabalhistas, bem como demais benefícios previstos em legislação específica, Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho*". Não restando dúvidas sobre exigência do cumprimento da legislação trabalhista lato sensu por parte do tomador de serviços.

Com isso, nota-se a inércia do poder público para salvaguardar os direitos dos substituídos, não há nos autos qualquer notificação a respeito do cumprimento das CCTs em questão, tão pouco alguma penalidade para o 1º reclamado. Apenas documentos para atender as obrigações contratuais.

Necessário registrar que a fiscalização não se comprova com a mera solicitação de documentos, devendo, diferentemente, ser efetiva o suficiente para, se não evitar, pelo menos minimizar ao máximo o desrespeito às normas protetivas dos trabalhadores.

Assim, se o ente público, cujo ônus lhe competia, não provou o cumprimento de seu dever legal de vigilância, em ofensa ao princípio constitucional que protege o trabalho como direito social indisponível, imperiosa a sua responsabilidade subsidiária, nos termos da Súmula 331, V, do TST.

Registre-se que o objetivo da responsabilidade subsidiária é permitir a satisfação do credor trabalhista, em decorrência do aproveitamento de sua força de trabalho, ainda que indiretamente. Se o objetivo é torná-lo indene, não há verba a ser excluída. Não há obrigação personalíssima de pagar, pois dinheiro é bem fungível e a obrigação pode ser cumprida por qualquer pessoa, não estando ligada à pessoa do devedor principal, pelo que o Município

contratante deve ser responsabilizado, de forma indistinta, por todas as parcelas deferidas na sentença, inexistindo, assim, afronta ao art. 5º, XLV, da Constituição Federal.

Por derradeiro, não há falar em limitação da responsabilidade subsidiária, haja vista a contemporaneidade do contrato laboral com a prestação de serviços da primeira ré para o Estado, como visto em linhas transatas.

Ante o exposto, **dou provimento** para condenar o Estado do Espírito Santo de forma subsidiária pelo adimplemento das verbas deferidas ao autor nestes autos.

2.2.5 HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS

Assim decidiu a MMA. juíza:

"Sucumbente em todos os pedidos da ação, o Autor, com base no art. 791-A, da atual CLT, pagará honorários ao advogado da Ré, no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), correspondente a 10% (dez por cento) sobre o valor dado à causa."

Requer o recorrente a "isenção do recorrente ao pagamento dos honorários de sucumbência, nos termos da fundamentação supra".

Ao exame.

Convém observar que ao Sindicato foi deferido o benefício da gratuidade da justiça e tratando-se de ação coletiva em que o Sindicato atua como substituto processual, devem ser aplicados os arts. 87, parágrafo único, do CDC e 18 da Lei da Ação Civil Pública, segundo os quais não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

Outrossim, recentemente, em 20/10/2021, o STF, julgando o ADI 5766, ajuizado pela Procuradoria Geral da República, proferiu a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta, para declarar inconstitucionais os arts. 790-B, caput e § 4º, e 791-A, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), vencidos, em parte, os Ministros Roberto Barroso (Relator), Luiz Fux (Presidente), Nunes Marques e Gilmar Mendes. Por maioria, julgou improcedente a ação no tocante ao art. 844, § 2º, da CLT, declarando-o constitucional, vencidos os Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber. Redigirá o acórdão o Ministro Alexandre de Moraes. Plenário, 20.10.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF)."

Ou seja, o STF declarou inconstitucional a possibilidade de condenação do beneficiário da justiça gratuita ao pagamento dos honorários periciais (art. 790-B, caput e § 4º, da CLT) e dos honorários advocatícios (art. 791-A, §4º), reconhecendo constitucional apenas a possibilidade de o beneficiário da justiça gratuita ser condenado ao pagamento das custas processuais quando injustificadamente não comparecer à audiência de julgamento (art. 844, §2º).

Prevaleceu, no julgamento, o voto intermediário do Ministro Alexandre de Moraes, que ressaltou que "*Simplesmente entender que, por ser vencedor em um outro processo, já o tornou autossuficiente, seria uma presunção absoluta da lei, que fere a razoabilidade*".

Desta feita, inconstitucional o dispositivo, prospera o recurso do reclamante, para que seja afastada a sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

Por fim, com o acolhimento dos pedidos do Sindicato-autor, torna-se devido o arbitramento das verbas honorárias nos termos do art. 791-A da CLT, paga pela parte contrária.

Assim, **dou provimento** ao recurso do Sindicato-autor, reformando a sentença para afastar os honorários advocatícios e julgo **procedente** o pedido para condenar o 1º reclamado ao pagamento de 15% de honorários sucumbenciais, nos termos do art. 791-A da CLT.

2.2.6 JUROS E MULTA

Diante da reforma parcial da sentença, fixo os parâmetros de juros e multa definidos pelo STF nas ADC 58, ADC 59, ADI 5.867 e ADI 6.021.

Assim, determino os índices dado pelo STF, quais sejam, o IPCA-E (+ juros equivalentes à TRD acumulada) na fase pré-judicial e, a partir do ajuizamento da ação, apenas a taxa SELIC (art. 406 do Código Civil).

Invertida a sucumbência, custas pela reclamada no valor de R\$800,00, calculadas sobre R\$40.000,00, valor atribuído à causa.

ACÓRDÃO

ACORDAM os Desembargadores da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, na Sessão Extraordinária Virtual, com início em 22/06/2023, às 13h30min, e término em 27/06/2023, às 13h30min, sob a Presidência do Exmo. Desembargador Cláudio Armando Couce de Menezes, com a participação dos Exmos. Desembargadores Wanda Lúcia Costa Leite França Decuzzi e Valdir Donizetti Caixeta; presente o Ministério Público do Trabalho, Procurador Vitor Borges da Silva, por unanimidade, conhecer do recurso ordinário do reclamante e, no mérito, dar-lhe provimento parcial, nos termos da fundamentação que passa a integrar este dispositivo.

WANDA LÚCIA COSTA LEITE FRANÇA DECUZZI
Desembargadora Relatora

VOTOS



Assinado eletronicamente por: [WANDA LUCIA COSTA LEITE FRANCA
DECUZZI] - 5375e25

<https://pje.trt17.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>



Documento assinado pelo Shodo



PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA DO TRABALHO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO

5ª VARA DO TRABALHO DE VITÓRIA

ACum 0000087-83.2022.5.17.0131

RECLAMANTE: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL
ES

RECLAMADO: SUDESTE CONSTRUCOES E SERVICOS GERAIS LTDA - ME E
OUTROS (2)

SENTENÇA

Vistos, etc.

SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – SINDILIMPE/ES, qualificado na inicial, ajuizou ação em face de **SUDESTE CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS GERAIS LTDA - ME e ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, pleiteando o cumprimento da CCT com relação ao pagamento do adicional de insalubridade previsto na Cláusula 10ª, §1º, em favor de cada substituído, bem como o pagamento de multa convencional pelo descumprimento da cláusula 20ª das CCTs 2021 e 2022.

Conciliação prejudicada.

Acolhida Exceção de Incompetência pelo Juízo (Id 2a914e0) da 1ª Vara do Trabalho de Cachoeiro de Itapemirim/ES, com redistribuição da ação para esta 5ª Vara do Trabalho de Vitória/ES.

Contestação das reclamadas.

Alçada fixada pela inicial.

Sem mais prova foi encerrada a instrução processual.

Razões finais orais reiterativas.

Segunda tentativa conciliatória recusada.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

DA LEGITIMIDADE ATIVA. DA CONDIÇÃO DA AÇÃO. DA INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA

Alegou a ré que o Sindicato-autor não deteria legitimação para propor a ação em substituição processual, eis que a ação não cuida de direitos individuais homogêneos.

Sem razão a ré.

A legitimidade do autor está garantida no art. 872 da CLT.

E nem se fale que a ação não cuida de direitos ou interesses individuais homogêneos dos trabalhadores que integram a categoria do Sindicato Autor, pois o direito que ora se busca, a saber, o cumprimento da convenção coletiva, possui idêntica origem fática e jurídica, resultando dano comum a todos os substituídos.

Rejeita-se.

DA ILEGITIMIDADE PASSIVA

A legitimidade *ad causam* ocorre quando as partes, em tese, são titulares ativos e passivos do direito material. No caso em tela o autor demonstrou ter interesse em propor a ação, já que se considera detentor de direito econômico em face dos reclamados, sendo eles legítimos para figurar no polo passivo da ação.

DA AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE SUBSTITUÍDOS

Pugnou a reclamada pela extinção do feito sem resolução do mérito, por ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, consubstanciado na falta de juntada de rol de substituídos e na falta de anuência destes para a propositura da ação.

Não há previsão legal para obrigatoriedade da justada da lista, nem da anuência dos substituídos, sendo esses todos os empregados da primeira ré que exerceram a função de auxiliar de serviços gerais, no período imprescrito, nas dependências do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, localizado em Vitória /ES.

DA AUSÊNCIA DE LIQUIDAÇÃO. DO VALOR DA CAUSA

A Lei 13.467/2017 alterou a CLT e exigiu que os pedidos formulados na exordial sejam certos, determinados e com indicação de seu valor.

Entretanto, no caso em tela, onde se busca a defesa de direito individual homogêneo, com pedido de pagamento a vários substituídos, não é possível a imediata liquidação, pois os valores pretensamente devidos dependem de uma atuação do Juízo somada a uma gama de documentos em poder da ré, sendo inviável a liquidação prévia.

Portanto, a fim de evitar maiores delongas e despesas processuais, rejeita-se a preliminar.

DA INÉPCIA DA INICIAL

Alega a ré que o autor, em sua causa de pedir, não indica nem sequer traz pedido de apresentação de documentos. Pretende, ainda, o pagamento por empregado atingido e por cada cláusula atingida, não indicando quais seriam esses empregados.

Conforme já explicado acima, desnecessária apresentação de rol de substituídos.

A petição inicial deve indicar a qualificação das partes, a causa de pedir (breve relato dos fatos) e os pedidos, o que ocorre no caso em tela.

Estando preenchidos os requisitos do art. 840 da CLT, não há que se falar em inépcia da inicial.

DA PRESCRIÇÃO

Por arguida no momento oportuno, é deferida a prescrição total das parcelas postuladas pelos substituídos cujos contratos de trabalho se encerraram antes do dia 04.02.22, ou seja, dois anos antes da propositura desta ação, conforme ditame Constitucional.

Por arguida no momento oportuno é deferida a prescrição das parcelas, que porventura sejam deferidas, anteriores a 04.02.17, cinco anos antes da propositura da ação, conforme ditame Constitucional.

DA INSALUBRIDADE

O sindicato autor interpôs a presente ação de cumprimento de convenção coletiva com escopo de fazer cumprir a Cláusula 10ª, § 1º, das CCTs 2016-2017, 2017/2018, 2018/2018, 2019/2019, 2020/2020 e 2021/2021, benefício consistente no pagamento de adicional de insalubridade de 20% para os trabalhadores que exercem a função de auxiliar de serviços gerais.

Em defesa, a primeira ré sustentou que entidade sindical patronal ingressou com a ação nº 0039221-60.2016.8.08.0024, perante a Justiça Comum, visando compelir o Estado a aquiescer no cumprimento da obrigação de pagamento da insalubridade convencional, o que foi negado.

Alegam as rés, outrossim, que, em se tratando de contratos públicos, não se pode admitir percentual de adicional de insalubridade a colaboradores pelo simples fato de laboram em prédios administrativos, sem que tenha havido o reconhecimento cabal do Estado (tomador) acerca das condições insalubres em locais de sua responsabilidade, sob pena de propiciar o enriquecimento sem causa.

Vejamos.

Os dispositivos da CCT suscitados pelo autor determinam a obrigatoriedade de pagamento de adicional de insalubridade a partir de 01.06.16 para os empregados lotados na função de auxiliar de serviços gerais de limpeza predial, o que foi seguido pelas CCT's subsequentes.

A Reforma Trabalhista, notadamente no art.611- A da CLT, ampliou a autonomia de vontade das partes para dispor sobre o contrato de trabalho, estabelecendo que o acordado tem prevalência sobre o legislado. Ou seja, o que for negociado através acordos e convenções coletivas de trabalho prepondera, predomina, sobre a lei, a exceção dos direitos enumerados no art.611-B.

Nesse sentido, o art.611-A, inciso XV, é claro ao dispor que "*A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.*"

Sendo assim, em atendimento à autonomia dos acordos e convenções coletivas, havendo cláusula convencional estabelecendo regras de pagamento de adicional de insalubridade, independentemente da realização de perícia, com pleno aval do sindicato da categoria, resta consubstanciada o intuito da lei e o do previsto no inciso XXVI do art. 7º da Constituição Federal (reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho), não havendo nulidade a ser declarada.

Nesse sentido, considerando que a CCT confere uma garantia ainda maior ao trabalhador, uma vez que torna dispensável a produção de prova pericial para averiguação da insalubridade, não há qualquer nulidade a ser declarada.

Por fim, cabe pontuar que o fato de as reclamadas não terem pactuado esse custo quando da celebração do contrato não pode servir de justificativa para prejudicar o trabalhador ou mesmo afastar direito seu devidamente assegurado nas CCTs que se aplicam à categoria.

Ressalte-se, ainda, que este Juízo não está vinculado às decisões citadas em defesa, pois não tratam das relações trabalhistas ora discutidas.

Isto posto, não havendo nos autos prova do pagamento das verbas postuladas, condeno a reclamada ao pagamento do adicional de insalubridade no percentual de 20% (vinte por cento) para todos os substituídos, nos termos da Cláusula 10ª, §1º, da CCT, calculada sobre o piso da categoria.

Tal adicional tem caráter retributivo, portanto salarial, e integra a remuneração para cálculo das férias com 1/3, dos 13º salários, dos depósitos do FGTS e sua multa de 40%, aviso prévio, sendo indevido reflexo no RSR, vez que o reclamante era mensalista.

O adicional de insalubridade refletirá nas horas extras comprovadamente pagas ao trabalhador (Orientação Jurisprudencial n. 47 da SDI-1 /TST).

DO PLANO ODONTOLÓGICO

A Cláusula 20ª da CCT 2021/2021 e 2022/2022, com vigência a partir de 01.01.21, estabelece benefício consistente no fornecimento de plano odontológico aos empregados, sem ônus para estes.

De acordo com a defesa, houve a contratação do plano odontológico em favor dos substituídos no dia 01.06.21, conforme documentação de ID. abb5a82, não havendo controvérsia neste sentido.

Assim, em relação ao pleito de condenação da ré na obrigação de fazer ora discutida, houve a perda do objeto.

Quanto ao pedido de pagamento de multa convencional, conforme previsto no §9º, da Cláusula 20ª, da CCT 2022/2022 “b”, verifica-se que a referida penalidade só passou a ter previsão na CCT 2022/2022, ou seja, a partir de 01.01.22, quando a empresa já havia disponibilizado o plano para seus empregados, não havendo falar, portanto, em descumprimento do prazo ali previsto.

Improcede, pois, o pedido de letra “C” da inicial.

DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

A segunda reclamada possuía com a primeira reclamada contrato de prestação de serviços, fato que não foi negado por nenhuma delas, e se beneficiou dos serviços prestados pelo reclamante, via intermediação com a primeira reclamada, razão pela qual deve arcar com as parcelas reconhecidas ao autor, em caso de eventual inadimplemento da empregadora, a primeira ré, limitada ao período do contrato.

A tomadora dos serviços tinha o dever de eleger uma empresa idônea para a prestação do labor, bem como de fiscalizar se a contratada cumpria suas obrigações contratuais e legais perante os trabalhadores terceirizados.

O próprio Estado, ainda que soubesse da previsão de pagamento do adicional de insalubridade na norma coletiva, prosseguiu com o contrato mesmo permanecendo a primeira ré inadimplente com o citado benefício.

Ao assim não proceder, agiu com culpa.

A responsabilidade subsidiária é tida como uma responsabilidade solidária com benefício de ordem, portanto a condenação já recai primeiro sobre o empregador e, só após haver impossibilidade de adimplemento por este, atinge a tomadora dos serviços.

A 2ª reclamada, na qualidade de tomadora dos serviços, embora não fizesse as contratações e as dispensas dos empregados da 1ª ré, responde porque contratou mal (culpa in eligendo) e fiscalizou mal (culpa in vigilando) a 1ª reclamada. Essa responsabilidade não excluiu nenhuma parcela pecuniária, nem mesmo as multas.

Somente as obrigações de fazer, por exemplo, a anotação de baixa na CTPS, é que deverão ser efetuadas exclusivamente pela primeira ré.

Nos termos da Súmula nº 4 deste C. Tribunal é desnecessária a desconsideração da personalidade jurídica do devedor principal para a execução do devedor subsidiário.

Pelo exposto, condena-se a segunda reclamada a arcar subsidiariamente com a execução da sentença dos créditos devidos pela primeira ré,

durante o(s) período(s) em que o autor trabalhou para a segunda reclamada, respeitado o período do(s) contrato(s) existente(s) entre as reclamadas.

DOS JUROS E DA CORREÇÃO MONETÁRIA

Em 07.04.21, o Supremo Tribunal Federal publicou a decisão proferida nos autos da ADC 58, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 879, § 7º, e ao art. 899, § 4º, da CLT, na redação dada pela Lei 13.467 de 2017, no sentido de considerar que à atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial e à correção dos depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho deverão ser aplicados, até que sobrevenha solução legislativa, os mesmos índices de correção monetária e de juros que vigentes para as condenações cíveis em geral, quais sejam a incidência do IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir da citação, a incidência da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil), nos termos do voto do Ministro Relator Gilmar Mendes.

Ao julgar os Embargos Declaratórios na ADC 58, o STF sanou o erro material da decisão acima, determinando a incidência da taxa SELIC a partir do ajuizamento da ação.

Ademais, para evitar discussões futuras, esclareço que, apesar de constar na fundamentação do acórdão principal a possibilidade de cumular o IPCA-E na fase pré-judicial com a TR prevista no caput do art. 39, da Lei 8.177/91 (“juros legais”) desde o vencimento da obrigação, fato é que, na decisão de embargos declaratórios, não foi determinada a respectiva inclusão no dispositivo do julgado, razão pela qual entendo que a TR não é devida.

Sendo assim, é devida a incidência do IPCA-E na fase pré-judicial e a taxa SELIC a partir do ajuizamento da ação, conforme determinado pelo Supremo Tribunal Federal.

DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA

Defere-se o pedido de assistência judiciária gratuita à parte autora, uma vez que representa a categoria.

DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Registro que a presente ação foi ajuizada após a entrada em vigor da Lei 13.467/17, sendo devidos honorários advocatícios recíprocos.

Observados os critérios definidos no §2º do art. 791-A da CLT, fixa o Juízo que são devidos honorários advocatícios de 10% em favor do patrono da parte autora sobre o valor atribuído à condenação.

Esclareça-se, desde já, que os honorários advocatícios fixados nesta ação não se confundem com aqueles que, eventualmente, sejam deferidos nas ações individuais.

DISPOSITIVO

Tudo visto e examinado, esta **5a. Vara do Trabalho de Vitória/ES** julga **PROCEDENTES EM PARTE** os pedidos formulados pelo autor, tudo na forma da fundamentação *supra* que integra esse *decisum* para todos os efeitos legais.

A liquidação far-se-á na forma da Súmula 13, deste Regional.

Esta decisão possui caráter genérico, nos termos do art.95 da Lei 8.078/90, podendo a liquidação/execução do título judicial ser realizada pelo trabalhador beneficiado pela decisão, individualmente, ou pelo próprio Sindicato, na qualidade de substituto processual daquele, mediante ação executiva própria, com livre distribuição.

Deduzam-se em execução de sentença os valores pagos a idêntico título.

Custas de R\$ 1.000,00, pela reclamada, sobre R\$ 50.000,00, valor arbitrado à condenação.

Intimem-se.

VITORIA/ES, 28 de novembro de 2022.

FATIMA GOMES FERREIRA
Juíza do Trabalho Titular



Assinado eletronicamente por: FATIMA GOMES FERREIRA - Juntado em: 28/11/2022 14:50:42 - b5c7b8b
<https://pje.trt17.jus.br/pjekz/validacao/22112814501078500000028536319?instancia=1>
Número do processo: 0000087-83.2022.5.17.0131
Número do documento: 22112814501078500000028536319



GDMACC - 12

RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA (1009)

PROCESSO nº 0000087-83.2022.5.17.0131 (ROT)

RECORRENTE: ESTADO DO ESPIRITO SANTO, SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES, SUDESTE CONSTRUÇOES E SERVICOS GERAIS LTDA - ME

RECORRIDO: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES, SUDESTE CONSTRUÇOES E SERVICOS GERAIS LTDA - ME, ESTADO DO ESPIRITO SANTO

RELATORA: DESEMBARGADORA MARISE MEDEIROS CAVALCANTI CHAMBERLAIN

EMENTA

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. PROVA DE FISCALIZAÇÃO E ACOMPANHAMENTO DA EXECUÇÃO DO CONTRATO. No caso concreto, deve-se perquirir se o Poder Público diligenciou ao eleger a empresa prestadora de serviços e na fiscalização do serviço, durante a sua prestação, investindo a sua atenção para que houvesse a correta prestação do mesmo. Comprovada a efetiva fiscalização, não há falar em responsabilidade subsidiária do Ente Público.

1 RELATÓRIO

Trata-se de recursos ordinários interpostos pelas partes, 2º reclamado, sindicato autor e 1ª reclamada, em face da r. sentença, ID. B5c7b8b, oriunda da 5ª Vara do Trabalho de Vitória/ES, proferida pela magistrada FATIMA GOMES FERREIRA, que julgou parcialmente procedente os pedidos formulados nessa ação de cumprimento de norma coletiva.

Recurso ordinário do 2º reclamado, Estado do Espírito Santo, ID.7b49b4f.

Recurso ordinário do sindicato autor, SINDILIMPE, ID.c91109f.

Recuso ordinário da 1ª reclamada, SUDESTE CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS GERAIS LTDA-ME, ID. 82f71c2.

Comprovante de recolhimento de custas e depósito recursal, ID. 33c7240 e ID. b2acd2f.

Contrarrazões do 2º reclamado ID. 5ed1486.

Contrarrazões da 1ª reclamada ID. 8e7b161.

Parecer do Ministério Público do Trabalho, ID.c180049, oficiando "pelo conhecimento dos recursos do Estado do Espírito Santo e do SINDILIMPE-ES e pelo parcial conhecimento do recurso da empresa e, no mérito, pelo não provimento do recurso do Estado do Espírito Santo, pelo parcial provimento do recurso do sindicato e pelo não provimento do recurso da empresa".

É, em síntese, o relatório.

2 FUNDAMENTAÇÃO

2.1 ADMISSIBILIDADE

Conheço integralmente do recurso ordinário interposto pelo 2º reclamado, eis que preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

Conheço integralmente do recurso ordinário do sindicato autor, eis que preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

Conheço parcialmente do recurso ordinário da 1ª reclamada. Dele deixo de conhecer os tópicos relacionados à litispendência e litigância de má-fé, por inovação recursal. Registro que a 1ª reclamada não apresentou tais questões em contestação, só trazendo os temas no recurso ordinário, fato que impede seu conhecimento.

Ainda no recurso da 1ª ré, também deixo de conhecer o tópico "valor da causa", por ausência de dialeticidade, já que peça recursal não ataca os fundamentos da decisão recorrida. Ressalto que se trata de demanda coletiva, com decisão genérica, na qual será necessário procedimento de liquidação, sendo devidos honorários advocatícios tanto na ação coletiva como na ação individual de liquidação.

2.2 MÉRITO

2.2.1. RECURSO DO SEGUNDO RECLAMADO - Estado do Espírito Santo

2.2.1.1 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. FISCALIZAÇÃO E ACOMPANHAMENTO DO CONTRATO.

O 2º reclamado, Estado do Espírito Santo, pugna pela reforma da sentença a quo que o condenou, de forma subsidiária, aos créditos do título executivo. Aponta, entre outros, o art. 102, § 2º, da CF/88, a Súmula n.331 do TST e art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93.

Afirma que inexistente culpa da administração pública, sendo o ônus da prova da parte autora. Segundo o ente público "o comportamento culposo da Administração, portanto, é fato constitutivo do pretensão direito da parte autora".

Sustenta que juntou aos autos vasta documentação que comprova sua efetiva fiscalização acerca do cumprimento das obrigações trabalhistas a cargo da empresa prestadora de serviços

Trata-se de ação de cumprimento de norma coletiva, na qual o sindicato autor pleiteia o pagamento do adicional de insalubridade previsto na Cláusula 10ª, §1º, em favor de cada substituído.

No caso, é possível constatar que a 1ª reclamada, por meio do contrato administrativo n.052/2020 (ID. f2d4e7c) foi contratada pelo ente público, Estado do Espírito Santo, para prestar serviços de serviços de auxiliar de serviços gerais e serviços de garçom, mediante cessão de mão de obra.

Nessa linha, está configurada a típica terceirização lícita que, ao contrário da terceirização ilícita, não conduz à nulidade do contrato de emprego firmado com a empresa prestadora dos serviços (art. 9º, CLT).

A matéria atinente à responsabilidade subsidiária do Ente Público sofreu certo revés com o julgamento da ADC nº 16, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, oportunidade em que foi julgado, por maioria, procedente o pedido formulado pelo Governador do Distrito Federal, para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93. Assim restou decidido:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. (Publicado em 09-09-2011).

O STF consignou que a simples inadimplência do contratado não pode transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento das dívidas trabalhistas. No entanto, salientou-se que eventual omissão da Administração Pública, no dever de fiscalizar as obrigações do contratado, pode acarretar a responsabilidade.

Sensível ao julgamento proferido pelo STF e atento ao § 2º do art. 102 da CF/88, o Tribunal Superior do Trabalho houve por bem adaptar a sua jurisprudência. Assim, nos dias 27, 30 e 31.05.2011 foi publicada a Resolução 174/2011 no DEJT, que modificou a redação do item V da Súmula 331, nos seguintes termos:

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.

Desta feita, para que haja a responsabilidade subsidiária da Administração Pública direta e indireta, deve ficar demonstrada a conduta culposa no cumprimento da fiscalização das obrigações contratuais (culpa in vigilando), perquirindo-se acerca da responsabilidade subjetiva do Estado.

No caso concreto, deve-se perquirir se o Poder Público diligenciou na fiscalização do serviço, durante a sua prestação, inclusive zelando pelo cumprimento das obrigações trabalhistas.

Assevero que a Administração Pública está adstrita aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, eficiência, a par dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho (art. 1º, III e IV, CRFB).

Com base em tais princípios, cabia ao Ente Público comprovar nos autos a observância do dever legal de fiscalizar o licitante, durante todo o contrato, pela sua fiel execução, o que ocorreu nestes autos.

Com efeito, o Estado Espírito Santo juntou à defesa documentos hábeis a comprovar as formalidades da contratação, assim como o acompanhamento da execução dos serviços contratados.

Por meio da documentação acostada é possível constatar que foi aberto um procedimento interno (contrato MP n.º 052/2020. Processo SEI 19.11.0023.0013414/2020-53) a fim de se apurar a questão envolvendo as peculiaridades da CCT.

Também é certo que o 2º reclamado juntou aos autos certidão negativa de débitos federais, estaduais e municipais, certidão negativa trabalhista, certificados de regularidade do FGTS, além do controle de frequência dos trabalhos. Ressalto ainda que os documentos demonstram que o Ente Público acompanhava a movimentação de pessoas da empresa contratada, com a relação dos funcionários contratados e aqueles dispensados, além de ter participado da implementação do benefício previsto na CCT 2022 (plano odontológico).

Diante disso, concluo que o Ente Público comprovou que cumpriu com o dever legal de fiscalizar o licitante durante todo o contrato de trabalho, restando descaracterizada a culpa *in vigilando* e incabível o reconhecimento da responsabilidade subsidiária, devendo ser reformada a sentença atacada.

Portanto, **dou provimento ao recurso do Ente Público para reformar a sentença e afastar a responsabilidade subsidiária.**

Em razão da reforma da sentença, julgo prejudicada a análise dos demais tópicos do recurso.

2.2.2. RECURSO ORDINÁRIO DA PRIMEIRA RECLAMADA

2.2.2.1. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA.

A 1ª reclamada se insurge contra a sentença que considerou válida a CCT da categoria e a condenou ao pagamento do adicional de insalubridade, conforme previsto na norma coletiva.

Afirma que a legislação ordinária determina que o adicional de insalubridade só pode ser aferido através de prova técnica e não da forma inserta na CCT. Sustenta que "não é admissível a utilização de instrumento normativo para constituir direitos somente para os trabalhadores e sem contrapartida ao empregador".

Segundo a recorrente, não foi observado na decisão o fato de a empresa fornecer os equipamentos de proteção pertinentes e os obreiros os utilizarem. Por fim, a empresa alega que as CCTs juntadas aos autos pelo sindicato autor são referentes à normas antes da pactuação do contrato administrativo junto ao Ente Público.

O sindicato autor ingressou com a presente ação pleiteando o cumprimento da CCT no tocante ao pagamento do benefício do adicional de insalubridade. De acordo com o ente sindical a Cláusula 10ª, § 1º, das CCTs 2016/2017, 2017/2018, 2018/2018, 2019/2019, 2020/2020 e 2021/2021, prevê o pagamento de adicional de insalubridade de 20% para os trabalhadores que exercem a função de auxiliar de serviços gerais.

A sentença recorrida, com base no art. 611-A da CLT, entendeu que o negociado através acordos e convenções coletivas de trabalho prepondera sobre a lei e que, no caso, não há prova de pagamento desse adicional. Condenou a reclamada ao pagamento do adicional de insalubridade no percentual de 20% (vinte por cento) para todos os substituídos, nos termos da Cláusula 10ª, §1º, da CCT, calculada sobre o piso da categoria.

Em que pesem as argumentações da 1ª ré, não há motivos para reformar a decisão a quo.

Registro que, conforme art. 611-A da CTL, o instrumento coletivo firmado entre as partes possui efeito vinculante para os integrantes da categoria. Esclareço que, mesmo antes da entrada em vigor da Lei 13.467/2017, esta Relatora já corroborava a tese de reconhecimento da validade das normas coletivas firmadas, conforme consta do art. 7º, XXVI, da CF/88.

No caso, ainda é necessário registrar que não há se falar em violação ao art. 195 da CLT. Conforme consignou o Ministério Público do Trabalho em seu parecer, ID. c180049, o art. 611-A, XII da CLT outorga expressamente aos entes coletivos a possibilidade de dispor sobre o enquadramento do grau de insalubridade.

Sobre o pagamento do adicional de insalubridade aos trabalhadores que exercem a função de auxiliar de serviços gerais, a norma coletiva de 2016 assim dispôs, sendo, tal texto seguido pelas demais CCTs, inclusive pela de 2022 (ID.bfbea88):

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

CLÁUSULA DÉCIMA - PAGAMENTO DA INSALUBRIDADE

Parágrafo 1º - A todos os trabalhadores que exercem as funções de Auxiliar de Serviços Gerais de limpeza predial e Merendeira, fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção pagarão adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre a base de cálculo de R\$ 1.070,00 (Um Mil e Setenta Reais), proporcional a jornada laborada, exceto os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial já enquadrados no caput desta cláusula.

Assim, considerando os termos do instrumento coletivo, considero dispensável a produção de prova pericial, já que a própria norma prevê o pagamento do benefício.

Nego provimento ao recurso.

2.2.3. RECURSO ORDINÁRIO DO SINDICATO AUTOR

2.2.3.1. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SINDICATO AUTOR. MAJORAÇÃO.

Sobre os honorários advocatícios a sentença de origem assim consignou:

Registro que a presente ação foi ajuizada após a entrada em vigor da Lei 13.467/17, sendo devidos honorários advocatícios recíprocos.

Observados os critérios definidos no §2º do art. 791-A da CLT, fixa o Juízo que são devidos honorários advocatícios de 10% em favor do patrono da parte autora sobre o valor atribuído à condenação.

Esclareça-se, desde já, que os honorários advocatícios fixados nesta ação não se confundem com aqueles que, eventualmente, sejam deferidos nas ações individuais.

Irresignada a parte autora recorre alegando que não há se falar em honorários recíprocos. Sustenta que não deve o sindicato ser condenado ao pagamento de honorários de sucumbência. Afirma que está atuando na condição de substituto processual e que é beneficiário da justiça gratuita.

Inicialmente esclareço que de fato, consta da sentença a informação de que são devidos honorários advocatícios recíprocos. No entanto, não houve qualquer condenação nesse sentido. O juízo fixou apenas honorários, no importe de 10% sobre o valor da condenação, em favor do patrono da parte autora.

Ainda que assim não fosse, registra-se que o sindicato autor, na função de substituto processual goza do benefício da justiça gratuita, conforme art. 87 do CDC e Súmula n. 60 do TRT 17ª Região, e por isso, caso fosse condenado teria sua exigibilidade suspensa, nos termos do § 4º do art. 791-A da CLT e da declaração parcial de inconstitucionalidade proferida nos autos da ArgInc 0000453-35.2019.5.17.0000.

Em relação à definição do percentual correspondente, levando em consideração os critérios do §2º do art. 791-A da CLT, e que, no caso em exame não houve complexidade que exigisse maior esforço dos advogados, já que se trata de demanda simples, na qual se postula apenas o cumprimento da norma coletiva, julgo coerente o percentual arbitrado na primeira instância.

Nego provimento.

2.2.3.2. EXECUÇÃO NOS PRÓPRIOS AUTOS.

Pugna o sindicato autor pela reforma da decisão que determinou a liquidação dessa sentença mediante individualização das execuções. Sustenta que a execução nos autos da demanda evita inúmeros ações individuais para liquidar o julgado, gera economia processual, eficiência, garante o acesso à ordem jurídica justa e contribui para o desafogamento do Judiciário Trabalhista.

Conforme já dito, trata-se de ação de cumprimento de norma coletiva, na qual o sindicato autor foi condenado ao pagamento do adicional de insalubridade previsto na Cláusula 10ª, §1º, em favor de cada substituído. Assim, se discute a possibilidade de o sindicato autor promover de imediato a execução nos próprios autos.

Em se tratando de liquidação de ação coletiva, tenho a convicção de que cabe a cada um dos substituídos (individualmente ou em litisconsórcio) postular em ação própria. Isso porque a ação coletiva é aquela que diz o direito apenas genericamente, prevendo uma hipótese jurídica ainda abstrata e, por isso há a necessidade de uma nova cognição, a fim de que seja feito o enquadramento ao caso à previsão normativa.

A partir da nova vertente da tutela metaindividual, e com vistas à adaptação do nosso ordenamento ao processo coletivo, que tem como peculiaridade a prestação jurisdicional genérica - eis que não é possível a subsunção concreta quando o destinatário é uma coletividade de pessoas - o CDC previu os efeitos e os limites formais da sentença coletiva. Atribuiu à decisão coletiva natureza genérica (art. 95) e transferiu para a liquidação/execução o momento de concretização da situação jurídica abstrata declarada na decisão. Tanto é assim que não cabe, na instrução do processo da ação coletiva, apresentação de rol de substituídos nem de preliminares tendentes ao trancamento do processo (litispêndência, coisa julgada etc), eis que, acaso fossem permitidas, a ação perderia a sua natureza coletiva para assumir feição individual.

Disso resulta que não haverá execução da sentença coletiva nos próprios autos.

Registro que a materialidade do direito declarado, fazendo prova, se for o caso, de que trabalhava à época dos fatos subjacentes a decisão coletiva, bem como de que se enquadrava nas condições necessárias à contemplação do direito, deve ser enfrentada em nova ação ordinária (individual ou plúrima) para concretização ou individualização de cada caso concreto.

Por fim, ressalto ainda que for ajuizada de forma plúrima ou com substituição processual, deverá haver limitação a 10 reclamantes ou substituídos por demanda (art. 98, §2º, II da Lei nº 8.078/90 c/c art. 113, §1º do CPC).

Pelo exposto, **nego provimento.**

Mantenho o valor da condenação.

ACÓRDÃO

A C O R D A M os Magistrados da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, na 07ª Sessão ordinária Virtual Eletrônica, conforme ATO PRESI nº 28/2020, com início às 13:30 horas do dia 20.04.2023 e término às 13:30 horas do dia 26.04.2023, sob a Presidência da Exma. Desembargadora Claudia Cardoso de Souza, com a participação dos Exmos. Desembargadores Marise Medeiros Cavalcanti Chamberlain, Marcelo Maciel Mancilha, Mário Ribeiro Cantarino Neto e da douta representante do Ministério Público do Trabalho, Procuradora: Keley Kristiane Vago Cristo, por unanimidade, conhecer dos recursos interpostos pelo autor e pela 2ª ré e conhecer parcialmente do recurso interposto pela 1ª ré. No mérito, negar provimento ao recurso do reclamante e do 1º reclamado e dar provimento ao recurso do 2º reclamado, para reformar a sentença e afastar sua responsabilidade subsidiária.

DESEMBARGADORA MARISE MEDEIROS CAVALCANTI CHAMBERLAIN
Relatora

PJe



Assinado eletronicamente por: [MARISE MEDEIROS CAVALCANTI
CHAMBERLAIN] - ca5dfec

<https://pje.trt17.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>



Documento assinado pelo Shodo



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO
2ª VARA DO TRABALHO DE VITÓRIA

ACum 0000963-71.2021.5.17.0002

RECLAMANTE: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES
RECLAMADO: ZAP SERVICOS E CONSERVACAO LTDA - ME E OUTROS (2)

Processo - ACum 0000963-71.2021.5.17.0002

SENTENÇA

Vistos etc.

SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPIRITO SANTO – SINDILIMPE/ES propôs **ação de cumprimento** em face de ZAP SERVICOS E CONSERVACAO LTDA – ME e INSTITUTO CAPIXABA DE PESQUISA, ASSISTENCIA TECNICA E EXTENSAO RURAL - INCAPER, pleiteando a condenação das reclamadas ao cumprimento das obrigações declinadas na peça de ingresso.

Devidamente citadas, as rés apresentaram contestações suscitando preliminares, e, no mérito, refutando as pretensões autorais.

Alçada fixada no valor da inicial.

Produzida apenas a prova documental.

Razões finais orais remissivas.

Frustradas as tentativas conciliatórias, formuladas nos momentos próprios.

Proferida sentença em 06-07-2022, acolhendo em parte os pleitos obreiros (ID. a8b90b2).

Da decisão de ID. c6f8925, consta:

“DECISÃO

Vistos etc.

Da análise dos autos, verifico que, por equívoco, houve a inserção nesta reclamatória da sentença proferida nos autos da ACum 0000723-82.2021.5.17.0002, em que são partes: SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPIRITO SANTO – SINDILIMPE/ES e A G A LIMPEZA E CONSERVACAO LTDA – ME, consoante faz prova documento de ID. a8b90b2.

*Sendo assim, **chamo o feito à ordem** para declarar a nulidade da sentença de ID. a8b90b2 prolatada em 06-07-2022, bem assim de todos os atos posteriores a ela, determinando que os autos venham novamente conclusos para prolação de sentença, sob minha vinculação, eis que a instrução já foi encerrada, conforme ata de audiência de ID. 58aab2d.*

Dê-se ciência aos litigantes.

VITORIA/ES, 21 de novembro de 2022.

LUIS EDUARDO COUTO DE CASADO LIMA

Juiz do Trabalho Titular”

Interposto agravo de petição (ID. f5413a5) pelo INSTITUTO CAPIXABA DE PESQUISA, ASSISTENCIA TECNICA E EXTENSAO RURAL – INCAPER, o seu seguimento foi negado, posto que o “despacho proferido por este Juízo tem natureza meramente interlocutória, encontrando óbice ao recurso imediato, nos termos do artigo 893, § 1º, da CLT e entendimento sedimentado na Súmula nº 214, do C. TST.”

Após a interposição do agravo de instrumento de ID. 9e88ddb, e do parecer do d. Ministério Público do Trabalho (ID. 4327e5b), o E. TRT, em 19-06-2023, por unanimidade, conheceu do agravo de instrumento e, no mérito, negou provimento. O r. aresto é da lavra da culta Desembargadora Ana Paula Tauceda Branco. Eis a ementa (ID. 411ba97):

“AGRAVO DE INSTRUMENTO PARA DESTRANCAR AGRAVO DE PETIÇÃO INTERPOSTO EM FACE DE DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. NÃO CABIMENTO DO AGRAVO DE PETIÇÃO. As decisões interlocutórias, no processo do trabalho, proferidas em sede de execução, são irrecuráveis de imediato, com base no disposto no §1º do artigo 893 da CLT e na Súmula n.º 214 do TST. Não demonstrado nos autos o exaurimento das vias executórias nem a impossibilidade no prosseguimento da execução, não há como se entender caracterizada a natureza terminativa que tornaria recorrível de imediato a decisão agravada.”

Opostos embargos declaratórios, do r. aresto consta a seguinte ementa (ID. 31fdd20):
“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - LIMITES CONFORMADORES - Em sede de Embargos de Declaração, a matéria suscetível de apreciação judicial no campo de aplicação do Direito Processual do Trabalho se circunscreve à omissão, contradição ou manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos ao recurso, nos moldes prescritos em lei, não se prestando a presente medida processual à veiculação de inconformismo com o que foi decidido.”

Transitado em julgado o v. acórdão, os autos vieram conclusos para sentença, eis que a instrução já havia sido encerrada.

É o que de essencial havia a relatar.

FUNDAMENTAÇÃO:

PRELIMINARES:

ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM:

De acordo com a iterativa, notória e atual jurisprudência do TST, a substituição processual prevista no art. 8º, III, da CF é ampla, possuindo os sindicatos legitimidade para atuarem, na condição de substitutos processuais, na defesa de direitos individuais homogêneos da categoria que representam. Além disso, o direito vindicado na presente ação (intervalo do art. 384 da CLT) se enquadra como individual homogêneo e, por isso, há lesão a uma coletividade decorrente de origem comum, configurando a legitimação do Sindicato para postular a ação na qualidade de substituto processual (art. 81, parágrafo único, III, do CDC).

Com efeito, o sindicato exerce a legitimidade extraordinária para atuar como substituto processual na defesa em juízo dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria que representa, defendendo direito de outrem, em nome próprio. Nesse sentido, citem-se os seguintes julgados do TST:

[...] *LEGITIMIDADE ATIVA DO SINDICATO DA CATEGORIA PROFISSIONAL.*

SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DIREITOS INDIVIDUAIS. O reconhecimento da legitimidade ativa do sindicato da categoria profissional para pleitear direitos individuais homogêneos guarda sintonia com a jurisprudência desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal. O artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal assegura aos sindicatos a possibilidade de substituição processual ampla e irrestrita para agir no interesse de toda a categoria. Recurso de revista de que não se conhece. [...] (RR - 242-17.2012.5.09.0016, Data de Julgamento: 13/05/2015, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/05/2015).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. 1.

LEGITIMIDADE ATIVA DO SINDICATO PROFISSIONAL. SUBSTITUTO PROCESSUAL. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. PRECEDENTES. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 8º, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NÃO CONFIGURADA. Os direitos vindicados na presente ação - horas in itinere e adicional de insalubridade - são de origem comum e, embora envolvam situações particulares, são passíveis de quantificação econômica futura, caracterizando-se assim como individuais homogêneos, porquanto decorrem de uma conduta genérica, massiva e uniforme adotada pela reclamada, geradora de lesão a uma coletividade de trabalhadores, ora representados pelo sindicato de classe. Nessas condições, não há dúvida de que a hipótese dos autos está relacionada a direitos individuais de caráter homogêneo, ainda que sujeitos a apuração individualizada, resultando inequívoca a legitimidade do sindicato para atuar como substituto processual, na defesa, em nome próprio, de interesse de todos os trabalhadores substituídos, sem necessidade de apresentação de rol prévio. Precedentes. Afasta-se, por conseguinte, a alegação de afronta ao artigo 8º, III, da Constituição Federal. [...] (AIRR - 549-39.2013.5.14.0131, Relatora Desembargadora Convocada: Jane Granzoto Torres da Silva, Data de Julgamento: 10/06/2015, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/06/2015) [grifo nosso]

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. 1. SINDICATO.

SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE ATIVA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 8º, III, DA LEI MAIOR, 6º, DO CPC E 81, DA LEI 8.078/90. O sindicato defende, na qualidade de substituto processual, o interesse de membros da categoria, empregados da agravante, relativamente ao pagamento de horas extras, adicional de insalubridade, diferenças de valor de diárias, remuneração por desempenho individual e horas in itinere. A pretensão formulada decorre de direito individual, de origem comum e, embora envolva situações particulares, passíveis de quantificação econômica futura, decorre de uma conduta genérica, massiva e uniforme adotada pela reclamada, geradora de lesão a uma coletividade de trabalhadores, representados pelo sindicato de classe, o que evidencia a homogeneidade do direito perseguido, motivo pelo qual é legítima a atuação da entidade sindical na qualidade de substituta processual. Precedentes. Estando o v. acórdão regional em consonância com iterativa, notória e atual jurisprudência desta C. Corte, inviável o trânsito do recurso de revista, à luz do contido no artigo 896, § 7º, da CLT e da Súmula 333, do C. TST. Incólumes os artigos 8º, III, da Carta Magna, 6º, do CPC e 81, da Lei 8078/90. [...] (AIRR - 1359-47.2010.5.03.0059, Relatora Desembargadora Convocada: Jane Granzoto Torres da Silva, Data de Julgamento: 06/05/2015, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/05/2015) [grifo nosso]

Rejeito.

ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM:

Não há que se falar em ilegitimidade passiva *ad causam* da 2ª reclamada, eis que esta é a pessoa indicada pelo sindicato/demandante como uma das devedoras da relação jurídica material, o que é matéria de mérito e com ele será decidida.

É preciso não confundir relação jurídica material com relação jurídica processual, nesta, a simples indicação, pelo pretense credor, de que o réu é o devedor do direito material discutido, é o bastante para legitimá-lo a responder a ação.

Rejeito, pois, a preliminar.

NO MÉRITO:

DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONVENCIONAL – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE:

Em contestação, a 1ª (primeira) demandada alega que *“não caberia a insalubridade pleiteada, posto que a os substituídos que realizam o serviço de auxiliar de limpeza geral não manejavam e nem maneja produtos prejudiciais à sua saúde, uma vez que, conforme pode demonstrar e é entendimento dos Tribunais Superiores, manuseava material já diluído em água, não se expondo, em nenhum momento, à industrialização de tal produto ou com matéria prima que lhe seja prejudicial à saúde, uma vez que os produtos utilizados são similares aos produtos utilizados nas residências. [...] Em resumo, somente se comprovado por perícia que a reclamante realizava atividade nociva consideravelmente maior em relação à limpeza de banheiros. O fato de limpar eventualmente vasos sanitários não conduz, por óbvio, à pretendida equiparação de limpeza de esgotos, galerias e tanques, portanto improcede o pleito de insalubridade em grau máximo pretendido pela reclamante. Confessa, ainda, que não realiza o pagamento da rubrica aos substituídos.*

Pois bem.

A produção de prova pericial para averiguação da insalubridade é dispensável, tendo em vista o exposto reconhecimento inserto na cláusula décima da convenção coletiva de trabalho no sentido de que o referido adicional é devido no percentual de 20% (por cento) para os trabalhadores que exercem a função de auxiliar de serviços gerais, cuja hipótese é a dos substituídos, *verbis*:

“CLÁUSULA DÉCIMA - PAGAMENTO DA INSALUBRIDADE:

Fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção Coletiva de Trabalho pagarão adicional de insalubridade, em grau máximo, ou seja, no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre a base de cálculo de R\$ 1.060,00 (Um Mil e Sessenta Reais), proporcional à jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais banheirista que realizam a limpeza de banheiros públicos de uso coletivo ou de grande circulação igual ou superior a 40 (quarenta) pessoas. O pagamento do adicional aqui previsto será pago enquanto perdurar a eficácia da súmula 448 do TST.

Parágrafo 1º - A todos os trabalhadores que exercem as funções de Auxiliar de Serviços Gerais de limpeza predial e Merendeira, fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção pagarão adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre a base de cálculo de R\$ 1.060,00 (Um Mil e Sessenta Reais), proporcional a jornada laborada, exceto os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial já enquadrados no caput desta cláusula.

Parágrafo 2º - Entende-se por limpeza predial, a limpeza realizada em escolas, comércio, shopping Center, aeroportos, portos, rodoviárias, bancos e imóveis em geral, públicos e privados, tanto na área geral como na área industrial.”

Sendo assim, **condeno** a 1ª reclamada a pagar aos substituídos o adicional de insalubridade em grau médio (20%), parcelas vencidas e vincendas, a ser apurado conforme determinado nas CCTs anexadas aos autos, inclusive no tocante à base de cálculo. Em razão da habitualidade e da natureza salarial, são devidos os reflexos e as diferenças de férias + 1/3, 13º salário, horas extraordinárias pagas, aviso prévio e FGTS + 40%. Não são devidos reflexos e diferenças de DSR por serem os substituídos mensalistas, sob pena de caracterizar "bis in idem".

MULTA CONVENCIONAL:

O sindicato/autor não comprovou o implemento das condições suspensivas estabelecidas na cláusula 55ª da convenção coletiva de trabalho, desservindo, para tal mister, a ata de reunião de ID. 2c7827c, na qual a representante da 1ª demandada, Srª Giselle Renhe, não conseguiu acessar pelo link que lhe foi disponibilizado.

Logo, resta **inaplicável** a multa convencional postulada na alínea “c” da exordial.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO 2º (SEGUNDO) DEMANDADO - ENTE PÚBLICO:

Resta incontroverso que o 2º (segundo) reclamado era o verdadeiro tomador dos serviços prestados pelos substituídos, eis que esteve vinculada à 1ª demandada – empregadora –, num contexto de um contrato de prestação de serviços, conforme ID. ce851c7.

E a Suprema Corte, ao julgar a ADC 16/DF e proclamar a constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93, não afastou a possibilidade de imputação da responsabilidade subsidiária aos entes da Administração Pública, por dívidas trabalhistas mantidas por empresas de terceirização por eles contratadas, desde que configurada conduta culposa, por omissão ou negligência, no acompanhamento da execução dos contratos de terceirização celebrados, nos moldes da Súmula 331, V, do TST.

Ainda, no julgamento do RE 760931, o Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral, consolidou a tese jurídica no sentido de que "o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93".

A partir da análise dos fundamentos lançados no debate travado no âmbito do Supremo Tribunal Federal para se concluir acerca da responsabilização do Ente da Administração Pública, em caráter excepcional, deve estar robustamente comprovada sua conduta culposa, não se cogitando de responsabilidade objetiva ou de transferência automática da responsabilidade pela quitação dos haveres em razão do simples inadimplemento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços.

A SBDI-1 do Colendo TST, após análise dos debates e dos votos proferidos no julgamento do RE 760931, concluiu que o Ente Público, ao afirmar a correta fiscalização da execução do contrato de terceirização, acena com fato impeditivo do direito do empregado, atraindo para si o ônus probatório, nos termos dos artigos 333, II, do CPC/73, 373, II, do CPC/2015 e 818 da CLT, acrescentando que atribuir ao empregado o ônus de provar a fiscalização deficiente por parte do Poder Público significa conferir-lhe o encargo de produzir provas de difícil obtenção (E-RR-925-07.2016.5.05.0281, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Julgado em: 12/12/2019).

Sendo assim, cabia ao Ente Público provar que fiscalizou a execução do contrato de prestação de serviços, o que não ocorreu no caso dos autos. Com efeito, o segundo reclamado limitou-se a apresentar o contrato de prestação de serviços firmado com o primeiro reclamado e seus aditivos. Não há cópias de contracheques, e nem mesmo dos recolhimentos fundiários e previdenciários. Não há relatórios de acompanhamentos, comunicação com a empresa contratada cobrando o cumprimento dos recolhimentos mencionados, nem nada parecido.

Portanto, demonstrada a conduta culposa do segundo reclamado no acompanhamento da execução do contrato de terceirização celebrados, deverá ele responder subsidiariamente pelos créditos obreiros, nos moldes da Súmula 331, V, do TST.

De outra parte, registro que a responsabilidade patrimonial do devedor subsidiário na execução precede a dos sócios do devedor principal. Isso porque a desconsideração da personalidade jurídica do devedor principal se faz em caráter excepcional, sendo possível após frustradas as medidas executórias contra os devedores expressos no título executivo. Nesse sentido, dispõe a Súmula n.º 04, do Egrégio TRT da 17.ª Região:

"EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ORDEM DOS ATOS EXECUTÓRIOS. A responsabilidade patrimonial do devedor subsidiário na execução precede a dos sócios do devedor principal, salvo manifestação do credor em sentido contrário. A desconsideração da personalidade jurídica do devedor principal se faz em caráter excepcional, sendo possível após frustradas as medidas executórias contra os devedores expressos no título executivo."

Portanto, não há que se falar desconsideração da personalidade jurídica antes da responsabilização patrimonial do devedor principal, a não ser que o credor se manifeste em sentido contrário, o que não ocorreu em nenhum momento.

JUSTIÇA GRATUITA:

Os §§ 3º e 4º do art. 790 da CLT assim dispõem:

"Art. 790. [...]

§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

§ 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo."

Como se observa, é possível a concessão da justiça gratuita a qualquer uma das partes do processo, desde que comprovada a insuficiência de recursos.

O E. TRT da 17ª Região pacificou a matéria no âmbito de sua atuação, através da Súmula 60:

“SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. Ao sindicato, quando atua como substituto processual em defesa de interesses e direitos coletivos lato sensu, aplicam-se as normas relativas às ações coletivas, concedendo-se a gratuidade de justiça nos termos dos artigos 87 da Lei 8.078/90 e 18 da Lei 7.347/85. A condenação ao pagamento de honorários e demais despesas processuais condiciona-se a comprovação da má-fé da entidade sindical”.

Trata-se exatamente do caso dos autos, razão pela qual **defiro** a gratuidade de justiça ao sindicato obreiro.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS/ SUCUMBÊNCIA – PROCESSO AJUIZADO APÓS O DIA 11/11/2017, INÍCIO DA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017 (“REFORMA TRABALHISTA”):

Em profunda alteração à legislação outrora vigente, o art. 791-A da CLT, acrescentado pela Lei da Reforma Trabalhista, estabeleceu os critérios para fixação dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, em percentuais fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento), sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido, ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa. Portanto, tal matéria passou a ser inteiramente regulada pela CLT, inviabilizando a aplicação supletiva/ subsidiária do CPC.

A inovação legislativa resultou em uma série de questionamentos, que precisam ser enfrentados.

Um deles é o de que não incidirá a verba honorária em relação aos pedidos extintos sem apreciação do mérito. Isto porque, em relação a eles, obviamente não houve sucumbência de nenhuma das partes, o que inviabiliza a aplicação da regra prevista no artigo 791-A da CLT.

Outro ponto que demanda posicionamento do juízo é no sentido de que um pleito acolhido em valor inferior ao pretendido na petição inicial não atrai a aplicação da sucumbência recíproca, conforme, aliás, já definiu a Súmula n. 326 do STJ: *“Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca”.*

Porém, a maior controvérsia foi resolvida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao concluir o julgamento da ADI 5766, e declarar a inconstitucionalidade do art. 791-A, § 4º, da CLT, conforme a seguinte certidão de julgamento:

"Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta, para declarar inconstitucionais os arts. 790-B, caput e § 4º, e 791-A, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), vencidos, em parte, os Ministros Roberto Barroso (Relator), Luiz Fux (Presidente), Nunes Marques e Gilmar Mendes. Por maioria, julgou improcedente a ação no tocante ao art. 844, § 2º, da CLT, declarando-o constitucional, vencidos os Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber. Redigirá o acórdão o Ministro Alexandre de Moraes. Plenário, 20.10.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF)."

Após a publicação dessa certidão, e com base nela, proferi diversas decisões no sentido de que o beneficiário da justiça gratuita estava isento do pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais.

Há de se considerar que, ao julgar embargos de declaração opostos em relação àquele r. julgado, de força vinculante, o Exmo Ministro Relator Alexandre de Moraes, a eles negou provimento, mas também esclareceu que o julgamento proferido na ADI 5766/DF se limitava a declarar a inconstitucionalidade da expressão *"desde que não tenha obtido em juízo ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa"*, em correspondência aos limites do pedido deduzido na referida ADI.

Nesse sentido, decidi o próprio Ministro Alexandre de Moraes, ao apreciar a Rel 53350/DF - Distrito Federal: *"o que esta CORTE vedou foi o automático afastamento da condição de hipossuficiência da parte como consequência lógica da obtenção de valores em juízo, e não a possibilidade de haver condenação em honorários advocatícios (os quais podem ser arbitrados, ficando sob condição suspensiva de exigibilidade)".*

Em recente julgado, o E. TST seguiu esse mesmo posicionamento:

"RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO A ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.467/2017. RITO SUMARÍSSIMO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA. 1. Cuida-se de controvérsia acerca da possibilidade de condenação de empregado beneficiário da justiça gratuita em honorários advocatícios, tratando-se de reclamação trabalhista ajuizada após a vigência da Lei n.º 13.467/2017. 2. Por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5766, ocorrido em 20/10/2021, o Supremo Tribunal Federal, consoante certidão de julgamento, declarou a inconstitucionalidade do artigo 791-A, § 4º, da CLT, advindo da Lei n.º 13.467/2017, nos termos do voto do Exmo. Ministro Alexandre de Moraes, Redator designado para o acórdão. Em observância ao precedente vinculante emanado da Suprema Corte, este Colegiado, na esteira da jurisprudência que se firmou nas demais Turmas do Tribunal Superior do Trabalho, sufragou entendimento no sentido de ser indevida a condenação do beneficiário da justiça gratuita ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais. Tem-se, contudo, que, do acórdão prolatado na ADI 5766, publicado no DJE de 3/5/2022, e, especificamente, do acórdão prolatado por ocasião do julgamento dos Embargos de Declaração interpostos no referido feito, publicado no DJE de 29/6/2022, extrai-se que a declaração de inconstitucionalidade recaiu tão somente sobre a expressão "desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa" constante do § 4º do artigo 791-A da CLT, restando incólume o texto remanescente do dispositivo. 3. Depreende-se dos referidos acórdãos emanados da Corte Suprema que, conquanto seja possível a condenação do beneficiário da justiça gratuita ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais

nesta Justiça Especializada, permanecendo a exigibilidade suspensa nos termos do § 4º do artigo 791-A da CLT, resulta vedada a compensação da verba com créditos obtidos em juízo, ainda que em outro processo, sob pena de se vulnerar a assistência jurídica integral e gratuita devida pelo Estado em favor da parte hipossuficiente, em afronta à diretriz insculpida no artigo 5º, LXXIV, da Constituição da República, além de se atentar contra o direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário a que se refere o inciso XXXV do artigo 5º da Lei Maior. 4. Na hipótese dos autos, o Tribunal Regional, ao condenar a parte beneficiária da justiça gratuita em honorários advocatícios com fundamento na literalidade do artigo 791-A, § 4º, da CLT, remanescendo inclusive a autorização de compensação da verba honorária com eventuais créditos obtidos em juízo, proferiu decisão em desarmonia com o precedente vinculante emanado do Supremo Tribunal Federal, resultando evidenciada a transcendência política da causa, bem como a afronta ao artigo 5º, XXXV e LXXIV, da Constituição da República. 5. Recurso de Revista conhecido e parcialmente provido." (RR-0000719-75.2020.5.13.0007, 6ª Turma, Relator Ministro Lelio Bentes Correa, DEJT 12/08/2022).

Assim, diante do posicionamento adotado pelo STF, posteriormente esclarecido na oportunidade de julgamento dos embargos de declaração opostos em face do que havia sido decidido na ADI 5766, modifico meu entendimento para consignar que, ainda que beneficiária da justiça gratuita, a parte autora é devedora dos honorários advocatícios sucumbenciais, que ora são arbitrados no valor correspondente a 15% dos pedidos obreiros que foram integralmente rejeitados, com base no disposto no § 2º, art. 791-A da CLT, a serem divididos entre as rés em partes iguais.

Todavia, e ainda em conformidade com a decisão do STF, resolvo: 1) afastar a possibilidade de penhora de créditos do beneficiário da justiça gratuita percebidos neste ou em qualquer outro processo judicial trabalhista para pagamento dos honorários advocatícios acima arbitrados; 2) declarar que essa obrigação imposta à parte autora fica sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderá ser executada se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que a certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário, nos termos do § 4º, do art. 791-A, da CLT.

De outro lado, e também observados os critérios fixados no § 2º, art. 791-A da CLT, **condeno** a reclamada ao pagamento dos honorários advocatícios da parte contrária no percentual de 15 % (quinze por cento), calculados sobre o valor que resultar da liquidação da sentença.

Ainda, em relação aos honorários advocatícios devidos ao ilustre patrono do autor, será aplicado o disposto na OJ 348 da SDI-1 do C. TST, observando-se que a cota-parte de contribuição previdenciária do empregador não integra a base de cálculo dos honorários advocatícios, porquanto não constitui crédito do empregado, já que se trata de obrigação tributária do empregador junto à União.

RECOLHIMENTOS FISCAIS E PREVIDENCIÁRIOS:

Quanto às contribuições previdenciárias, a competência da Justiça do Trabalho para a sua execução, nos termos da Súmula nº 368, do TST, não se estende às sentenças declaratórias de reconhecimento de vínculo de emprego, limitando-se às sentenças condenatórias em pecúnia que proferir e aos valores objeto de acordo homologado. Nesse sentido é o posicionamento do próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 569.056/PA.

Dito isso, certo é que as deduções fiscais e previdenciárias obedecerão ao disposto na Súmula 368 do Colendo TST. Logo, não caberá ao réu arcar com tais tributos, ainda que sob a forma de indenização.

Porém, deverá ser respeitado o teor da Súmula 17 do E. TRT da 17ª Região: *“Contribuição previdenciária. No tocante às contribuições previdenciárias decorrentes de créditos reconhecidos em sentença, nos termos do art. 20, da Lei 8.212/91, deve o reclamante arcar somente com o pagamento da contribuição previdenciária em seus valores históricos, ficando a cargo da empresa o pagamento de juros, atualização monetária e multas”*.

No que concerne ao imposto de renda retido na fonte, deverá ser observada, por ocasião do pagamento do valor da condenação, a aplicação da tabela progressiva de que trata o art. 12-A da Lei 7.713/1988, incluído pela Lei 12.350/2010, com a seguinte redação: *“Os rendimentos do trabalho e os provenientes de aposentadoria, pensão, transferência para a reserva remunerada ou reforma, pagos pela Previdência Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando correspondentes a anos-calendários anteriores ao do recebimento, serão tributados exclusivamente na fonte, no mês do recebimento ou crédito, em separado dos demais rendimentos recebidos no mês.”* Assim, o cálculo do IRRF deverá ser feito observando-se o período abrangido pela condenação, bem assim o que dispõe a Instrução Normativa RFB nº 1.127, de 07-02-2011.

Ainda, em relação ao imposto de renda, os juros de mora deverão ser excluídos da sua base de cálculo, na forma da Súmula nº 1 do E. TRT/17ª Região e da OJ-SDI1-400 do E. TST.

Por fim, em observância à Recomendação TRT 17ª / SECOR nº 3/2017, a reclamada **deverá prestar** as informações a que se refere o artigo 32, inciso IV, da Lei nº 8.212/1991, por meio da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP).

JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA:

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADCs 58 e 59 e ADIs 5867 e 6021, fixou a tese jurídica de que a correção monetária dos débitos trabalhistas pelo índice Taxa Referencial é inconstitucional e definiu critérios de atualização dos débitos trabalhistas, com eficácia contra todos e efeito vinculante aos demais órgãos

do Poder Judiciária e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (artigo 103, § 2º, CF).

Eis a decisão:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE E AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE. ÍNDICES DE CORREÇÃO DOS DEPÓSITOS RECURSAIS E DOS DÉBITOS JUDICIAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO. ART. 879, §7º, E ART. 899, §4º, DA CLT, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 13.467, DE 2017. ART. 39, CAPUT E §1º, DA LEI 8.177 DE 1991. POLÍTICA DE CORREÇÃO MONETÁRIA E TABELAMENTO DE JUROS. INSTITUCIONALIZAÇÃO DA TAXA REFERENCIAL (TR) COMO POLÍTICA DE DESINDEXAÇÃO DA ECONOMIA. TR COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA. INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DO STF. APELO AO LEGISLADOR. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE E AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES, PARA CONFERIR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AO ART. 879, §7º, E AO ART. 899, §4º, DA CLT, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 13.467, DE 2017. MODULAÇÃO DE EFEITOS. 1. A exigência quanto à configuração de controvérsia judicial ou de controvérsia jurídica para conhecimento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) associa-se não só à ameaça ao princípio da presunção de constitucionalidade – esta independe de um número quantitativamente relevante de decisões de um e de outro lado –, mas também, e sobretudo, à invalidação prévia de uma decisão tomada por segmentos expressivos do modelo representativo. 2. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, decidindo que a TR seria insuficiente para a atualização monetária das dívidas do Poder Público, pois sua utilização violaria o direito de propriedade. Em relação aos débitos de natureza tributária, a quantificação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança foi reputada ofensiva à isonomia, pela discriminação em detrimento da parte processual privada (ADI 4.357, ADI 4.425, ADI 5.348 e RE 870.947-RG – tema 810). 3. A indevida utilização do IPCA-E pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) tornou-se confusa ao ponto de se imaginar que, diante da inaplicabilidade da TR, o uso daquele índice seria a única consequência possível. A solução da Corte Superior Trabalhista, todavia, lastreia-se em uma indevida equiparação da natureza do crédito trabalhista com o crédito assumido em face da Fazenda Pública, o qual está submetido a regime jurídico próprio da Lei 9.494/1997, com as alterações promovidas pela Lei 11.960/2009. 4. A aplicação da TR na Justiça do Trabalho demanda análise específica, a partir das normas em vigor para a relação trabalhista. A partir da análise das repercussões econômicas da aplicação da lei, verifica-se que a TR se mostra inadequada, pelo menos no contexto da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), como índice de atualização dos débitos trabalhistas. 5. Confere-se interpretação conforme à Constituição ao art. 879, §7º, e ao art. 899, §4º, da CLT, na redação dada pela Lei 13.467, de 2017, definindo-se que, até que sobrevenha solução legislativa, deverão ser aplicados à atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial e à correção dos depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho os mesmos índices de correção monetária e de juros vigentes para as hipóteses de condenações cíveis em geral (art. 406 do Código Civil), à exceção das dívidas da Fazenda Pública que possui regramento específico (art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009), com a exegese conferida por esta Corte na ADI 4.357, ADI 4.425, ADI 5.348 e no RE 870.947-RG (tema 810). 6. Em relação à fase extrajudicial, ou seja, a que antecede o ajuizamento das ações trabalhistas, deverá ser utilizado como indexador o IPCA-E acumulado no período de janeiro a dezembro de 2000. A partir de janeiro de 2001, deverá ser utilizado o IPCA-E mensal (IPCA-15/IBGE), em razão da extinção da UFIR como indexador, nos termos do art. 29, § 3º, da MP 1.973-67/2000. Além da indexação, serão aplicados os juros legais (art. 39, caput, da Lei 8.177, de 1991). 7. Em relação à fase judicial, a atualização dos débitos judiciais deve ser efetuada pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC,

considerando que ela incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei 9.065/95; 84 da Lei 8.981/95; 39, § 4º, da Lei 9.250/95; 61, § 3º, da Lei 9.430/96; e 30 da Lei 10.522/02). A incidência de juros moratórios com base na variação da taxa SELIC não pode ser cumulada com a aplicação de outros índices de atualização monetária, cumulação que representaria bis in idem. 8. A fim de garantir segurança jurídica e isonomia na aplicação do novo entendimento, fixam-se os seguintes marcos para modulação dos efeitos da decisão: (i) são reputados válidos e não ensejarão qualquer rediscussão, em ação em curso ou em nova demanda, incluindo ação rescisória, todos os pagamentos realizados utilizando a TR (IPCA-E ou qualquer outro índice), no tempo e modo oportunos (de forma extrajudicial ou judicial, inclusive depósitos judiciais) e os juros de mora de 1% ao mês, assim como devem ser mantidas e executadas as sentenças transitadas em julgado que expressamente adotaram, na sua fundamentação ou no dispositivo, a TR (ou o IPCA-E) e os juros de mora de 1% ao mês; (ii) os processos em curso que estejam sobrestados na fase de conhecimento, independentemente de estarem com ou sem sentença, inclusive na fase recursal, devem ter aplicação, de forma retroativa, da taxa Selic (juros e correção monetária), sob pena de alegação futura de inexigibilidade de título judicial fundado em interpretação contrária ao posicionamento do STF (art. 525, §§ 12 e 14, ou art. 535, §§ 5º e 7º, do CPC. 9. Os parâmetros fixados neste julgamento aplicam-se aos processos, ainda que transitados em julgado, em que a sentença não tenha consignado manifestação expressa quanto aos índices de correção monetária e taxa de juros (omissão expressa ou simples consideração de seguir os critérios legais). 10. Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ações Diretas de Inconstitucionalidade julgadas parcialmente procedentes. (ADC 58, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 06-04-2021 PUBLIC 07-04-2021)

Ainda, ao decidir sobre embargos de declaração em outubro de 2021, o STF apenas sanou erro material, para declarar a incidência da taxa SELIC, a partir do ajuizamento da ação, e não da citação.

Portanto, até que sobrevenha solução legislativa, e estando o processo em fase de conhecimento, em relação aos juros de mora e a correção monetária, só resta determinar que:

a) quanto ao período anterior ao ajuizamento da ação, será observado como indexador o IPCA-E acumulado no período de janeiro a dezembro de 2000 e o IPCA-E mensal (IPCA-15/IBGE), a partir de janeiro de 2001, e, ainda, serão computados como juros legais aqueles do art. 39, caput, da Lei 8.177, de 1991, ou seja, TRD, extinta pela Lei n.º 8.660-93 e substituída pela TR (vide item 6 da ementa acima transcrita);

b) a partir da data do ajuizamento da ação, para a atualização dos créditos trabalhistas será utilizada a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, que já engloba os juros de mora (vide item 7 da ementa acima transcrita). Vale repetir que, de acordo com a decisão vinculante acima, “a incidência de juros moratórios com base na variação da taxa SELIC não pode ser cumulada com a aplicação de outros índices de atualização monetária, cumulação que representaria bis in idem”.

A propósito, já há decisão do STF (Relator Ministro Alexandre de Moraes, RCL 46023/ MG), no sentido de que “...a determinação conjunta de pagamento de juros de mora, equivalentes aos índices da poupança, e

de atualização monetária pela taxa SELIC, como consta do ato ora reclamado - implica em violação ao quanto decidido na ADC 58, ADC 59, ADI 6021 e ADI 5867.” (Rel. Min. GILMAR MENDES)”.

Por fim, deverá ser observado o teor da Súmula 381 do C. TST.

PARÂMETROS PARA A LIQUIDAÇÃO:

São considerados beneficiários deste comando judicial aqueles substituídos que eram, ou são, empregados da 1ª reclamada que prestam ou prestaram serviços para o 2º demandado.

A presente lide versa sobre direitos individuais homogêneos, e, portanto, a sentença aqui proferida é genérica, e não se sujeita à liquidação e execução nestes autos, de acordo com o disposto nos artigos 95 e 98, § 2º, da Lei 8078/90, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho, nos termos do art. 789, CLT.

Assim, caberá aos substituídos, assistidos ou não pelo sindicato, o ajuizamento de liquidação e execução individuais, ou mesmo plúrimas, sob a classe processual “Cumprimento de Sentença – 156”, sem prevenção, isso é, com livre distribuição. Reforço: não fica vinculado o juízo que prolatou a sentença em sede de ação coletiva, conforme decidido nos autos do processo TST-ConsAdm-1000171-51.2019.5.00.0000, e de acordo com a Súmula 13 de nosso Egrégio Regional:

“Conflito de competência negativo. Execução individual de sentença proferida no julgamento de ação coletiva. Inexistência de prevenção do juízo que examinou o mérito da ação coletiva. A ação de execução a título individual, originada de sentença condenatória proferida no julgamento de ação coletiva, constitui processo autônomo, a ser distribuída dentre as diversas Varas do Trabalho, inexistindo prevenção em relação à Vara da qual se originou o título executivo. Inteligência dos arts. 95, 98, § 2º, I, 99 e 100 da Lei 8.078/90.”

Ainda, deverá ser observado o disposto na Súmula 22 do E. TRT da 17ª Região:

“Legitimidade extraordinária do sindicato para liquidação e execução trabalhista. O artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor é incompatível com o processo de liquidação e execução de sentenças coletivas trabalhistas. O edital do art. 94 do CDC deve ser publicado pelo sindicato apenas para conhecimento dos beneficiários da sentença coletiva.”

Assim, de acordo com a jurisprudência consolidada de nosso Regional, e ressalvado o posicionamento do juízo, o sindicato não está obrigado a esperar um ano para promover a liquidação coletiva. Porém, evidencia-se que também no caso de execução coletiva, haverá: 1) a necessidade de ação própria, constando o sindicato como substituto processual; 2) ela será de livre distribuição, pelos motivos já expostos, e 3) mais importante, com a individualização dos substituídos e indicação dos valores devidos a cada um deles.

Registre-se que, se for ajuizada de forma plúrima ou com substituição processual, cada ação ficará limitada a 05 autores, ou substituídos, ressalvado entendimento em contrário do juízo executório (artigo 113, § 1º, do CPC).

Diante do acima exposto, a única obrigação a ser cumprida nesses autos diz respeito honorários advocatícios. É importante frisar que tais honorários foram fixados de acordo valor arbitrado à condenação, uma vez que, como a sentença é genérica, é inviável a apuração dos créditos devidos a cada uma das trabalhadoras beneficiadas por ela.

PREQUESTIONAMENTO:

Para que se evitem embargos de declaração de mero prequestionamento, **incabíveis** em sede de primeiro grau de jurisdição, declaro que a presente decisão não viola os dispositivos legais mencionados pelas partes.

DISPOSITIVO:

POSTO ISSO, rejeito as preliminares; e, no mérito, **acolho em parte** os pedidos da ação de cumprimento que o SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPIRITO SANTO – SINDILIMPE/ES move em face de ZAP SERVICOS E CONSERVACAO LTDA – ME e INSTITUTO CAPIXABA DE PESQUISA, ASSISTENCIA TECNICA E EXTENSAO RURAL - INCAPER, para condenar os reclamados, sendo o 2º (segundo), de forma subsidiária, e em 08 (oito) dias, a cumprirem as obrigações estampadas na fundamentação, que passa a integrar este dispositivo.

Liquidação na forma da fundamentação, incidindo juros, correção monetária e deduções, na forma da lei.

Desde já fixo que, em razão de sua incompatibilidade com o processo trabalhista, na execução não será aplicada a multa prevista no § 1º do artigo 523 do CPC.

Custas de R\$800,00, pelos reclamados, calculadas sobre o valor de R\$40.000,00, arbitrado à condenação. Dispensado do pagamento o 2º réu, com fulcro no artigo 790-A, da CLT.

Intimem-se as partes.

VITORIA/ES, 18 de outubro de 2023.

LUIS EDUARDO COUTO DE CASADO LIMA

Juiz do Trabalho Titular



RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA (1009)

PROCESSO Nº 0000610-95.2021.5.17.0013 ROT

RECORRENTE: ESTADO DO ESPIRITO SANTO

RECORRIDO: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES, TTM SERVICOS COMBINADOS DE ESCRITORIO E APOIO ADMINISTRATIVOS LTDA

RELATORA: DESEMBARGADORA SÔNIA DAS DORES DIONÍSIO MENDES

EMENTA

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ENTE PÚBLICO. SÚMULA 331, itens V e VI DO TST - 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. A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. (Sentença mantida)

1. RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário interposto pelo Estado do Espírito Santo em face da r. sentença de ID. c6c6b2, da lavra da MMª. Juíza do Trabalho GERMANA DE MORELO, da 13ª Vara do Trabalho de Vitória/ES, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial.

Nas razões recursais de ID. ac7819a, o Estado do Espírito Santo requer a reforma do julgado em relação ao adicional de insalubridade, juros e correção monetária, responsabilidade subsidiária e honorários advocatícios.

Nas razões do recurso adesivo de Id. b5805b7, o Sindicato Autor requer a majoração do percentual do adicional de insalubridade, responsabilidade subsidiária .

É o Relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. ADMISSIBILIDADE

Conheço do Recurso Ordinário, uma vez preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

2.2. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

O Juízo *a quo* condenou a Reclamada ao pagamento de adicional de insalubridade em grau médio (20%), nos termos dos pedidos lançados na inicial, conforme estabelecido na CCT do SINDILIMPE.

O Recorrente não se conforma com o julgado e alega, em resumo, ilegalidade da cláusula convencional, na medida em que concede adicional de insalubridade sem a observância dos requisitos legais, e sustenta a necessidade de prova técnica para aferição da insalubridade.

Sustenta que "a) a caracterização e a classificação da insalubridade são da competência exclusiva do Ministério do Trabalho (atual Secretaria do Trabalho); b) a caracterização e a classificação da insalubridade somente podem ser feitas através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no

Ministério do Trabalho; e c) aos sindicatos das categorias profissionais é facultado requerer ao Ministério do Trabalho a realização de perícia em estabelecimento ou setor de empresa, com o objetivo de caracterizar e classificar ou delimitar as atividades insalubres, sendo, por óbvio, vedado ao sindicato declarar a existência de insalubridade sem o respaldo de Laudo Pericial."

Aduz, ainda, que *"o provimento jurisdicional emanado da Justiça Comum Estadual é cristalino ao declarar que a Administração Pública está vinculada à estrita legalidade, sendo vedado que convenções coletivas possam inovar no ordenamento jurídico, suplantando a própria legislação ordinária a qual está vinculado o Poder Público, sob pena de "uma indesejável e inadmissível subversão do próprio regime jurídico de direito público, pois sujeitaria a Administração Pública à observância de acordos de vontade realizados por particulares, em seus exclusivos interesses."*

Ressalta, por fim, que *"em homenagem aos Princípios da Segurança Jurídica, da Confiança Legítima e na necessidade de harmonização da jurisprudência pátria, pede que seja reformada a r. Sentença, para reconhecer a eficácia jurídica do teor do provimento jurisdicional emanado nos Autos 0039221-60.2016.8.08.0024, reconhecendo que o Ente Federativo está desobrigado do cumprimento do dispositivo convencional e do pagamento do adicional de insalubridade.*

Requer, nessa medida, a exclusão da condenação ao pagamento de adicional de insalubridade e reflexos.

Vejamos.

A Cláusula Décima das CCT 2016/2016; 2017/2018, 2019/2019, 2020/2020, 2021/2021 (ID. b719fd3 à ID. b742212 - Pág. 21) prevê o pagamento do adicional de insalubridade para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial que realizam a limpeza de banheiros públicos de uso coletivo ou de grande circulação igual ou superior a 40 (quarenta) pessoas, **além de indenização pecuniária correspondente ao adicional de insalubridade de 20% a todos Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial de contratos comerciais públicos e privados.** Vejamos:

"CLÁUSULA DÉCIMA - PAGAMENTO DA INSALUBRIDADE

Fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção Coletiva de Trabalho 2017/2018, continuarão a realizar o pagamento do adicional de insalubridade, em grau máximo, ou seja, no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre o piso da categoria, sendo que a partir do dia 01 de Janeiro de 2018 o benefício será calculado com base no piso mínimo da categoria que é de R\$ 1.060,00 (Um Mil e Sessenta Reais), respeitando a jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais banheirista que realizam a limpeza de banheiros públicos de uso coletivo ou de grande circulação igual ou superior a 40 (quarenta) pessoas. O pagamento do adicional aqui previsto será pago enquanto perdurar a eficácia da súmula 448 do TST.

Parágrafo 1º - Em contratos comerciais de prestação de serviços haverá pagamento do adicional de insalubridade pelo percentual de 20% (vinte por cento), a todos os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial de contratos comerciais públicos e privados, sendo pago da seguinte maneira: fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção, continuarão a realizar o pagamento do adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre o piso da categoria, sendo que a partir do dia 01 de Janeiro de 2018 o benefício será calculado com base no piso mínimo da categoria que é de R\$ 1.060,00 (Um Mil e Sessenta Reais), respeitando a jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial, exceto os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial já enquadrados no caput desta cláusula.

(...)

Parágrafo 3º - Entende-se por limpeza predial, a limpeza realizada em escolas, comércios, shopping Center, aeroportos, portos, rodoviárias, bancos e imóveis em geral, públicos e privados, tanto na área geral como na área industrial. (grifei)

Conforme se extrai das normas coletivas em questão, é devido o adicional de insalubridade de 40% para os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial que realizam a limpeza de banheiros públicos de uso coletivo ou de grande circulação igual ou superior a 40 (quarenta) pessoas. Além disso, a cláusula estabelece uma indenização pecuniária paga sob a forma de adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) a todos os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial de contratos comerciais públicos e privados.

Note-se que a norma coletiva não atrela as condições legais para pagamento do adicional de insalubridade à indenização a que ela se reporta no parágrafo primeiro. Basta que o empregado seja Auxiliar de Serviços Gerais de limpeza predial de contratos comerciais públicos e privados para que tenha direito a tal benefício.

Vê-se que, neste ponto, a CCT criou norma mais favorável, porque prevê o pagamento do adicional de insalubridade mesmo não estando a atividade descrita nos anexos da NR 15 do MTE, sendo certo que não se pode negar a sua aplicação, face o princípio da autonomia coletiva.

Havendo norma coletiva que estabeleça ser devido adicional de insalubridade aos empregados ocupantes de determinados cargos, torna-se desnecessária a realização de perícia, pois em tais hipóteses não há controvérsia quanto à existência de trabalho realizado em condições insalubres, eis que a questão foi resolvida por meio da negociação coletiva. Basta, portanto, averiguar se a trabalhadora se enquadra na situação descrita na norma.

Assim, não há falar em ilegalidade de cláusula convencional, nem necessidade de prova técnica.

Logo, sem razão o ente público em pretender a nulidade da sentença pela não produção de prova pericial.

Confiram-se julgados do C. TST a respeito da questão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. DESNECESSIDADE DE PERÍCIA. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. Não se evidencia ofensa ao art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, uma vez concluído pelo Tribunal Regional, mediante interpretação de norma coletiva, que -o adicional de periculosidade, com já ressaltado alhures, foi deferido com fundamento em acordo coletivo firmado pela própria empresa, no que, a realização de prova técnica em nada influenciaria na decisão tomada-. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento. (AIRR-203-26.2011.5.19.0000, Rel. Min. Fernando Eizo Ono, 4ª Turma, DEJT 19/12/2014).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. PROVA PERICIAL. DESNECESSIDADE. NÃO PROVIMENTO. O entendimento desta Corte Superior firmou-se no sentido de que é despicienda a prova pericial para a caracterização da periculosidade quando há norma coletiva determinando o pagamento do adicional em questão. Precedentes. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (AIRR-116200-07.2009.5.19.0007, Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, 5ª Turma, DEJT 01/07/2014).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - PREVISÃO EM NORMA COLETIVA - REALIZAÇÃO DE PERÍCIA - DESNECESSIDADE. Há entendimento nesta Corte Superior de que é desnecessária a realização de perícia quando a própria empresa reconhece, por intermédio de negociação coletiva, que os empregados ocupantes de determinados cargos fazem jus ao adicional de periculosidade, porque não há controvérsia a respeito da existência de trabalho realizado em condições perigosas. Nesse sentido é análoga a tese da Orientação Jurisprudencial nº 406 da SBDI-1 do TST. Agravo de instrumento não provido. (AIRR - 1359-62.2010.5.19.0007, Relatora Desembargadora Convocada: Maria das Graças Silvano Dourado Laranjeira, 2ª Turma, DEJT 19/04/2013).

Neste sentido, peço vênia para adotar como razões de decidir, os judiciosos fundamentos da d. Procuradoria do Trabalho, conforme parecer de Id. 768b116, *verbis*:

" A causa de pedir está fulcrada na ausência de cumprimento de cláusula convencional que estipula o pagamento do adicional de insalubridade aos Auxiliares de Serviços Gerais que realizam limpeza predial no âmbito da Casa da Música Sônia Cabral.

Com efeito, demonstrou-se a previsão do direito nos instrumentos coletivos indicados:

"(...)

"CCT 2021 (Id. b742212) CLÁUSULA DÉCIMA - PAGAMENTO DA INSALUBRIDADE Fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção Coletiva de Trabalho pagarão adicional de insalubridade, em grau máximo, ou seja, no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre a base de cálculo de R\$ 1.060,00 (Um Mil e Sessenta Reais), proporcional à jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais Banheirista que realizam a limpeza de banheiros públicos de uso coletivo ou de grande circulação igual ou superior a 40 (quarenta) pessoas. O pagamento do adicional aqui previsto será pago enquanto perdurar a eficácia da súmula 448 do TST. Parágrafo 1º * A todos os trabalhadores que exercem as funções de Auxiliar de Serviços Gerais de limpeza predial e Merendeira, fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção pagarão adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre a base de cálculo de R\$ 1.060,00 (Um Mil e Sessenta Reais), proporcional a jornada laborada, exceto os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial já enquadrados no caput desta cláusula.

Parágrafo 2º - Entende-se por limpeza predial, a limpeza realizada em escolas, comércios, shopping Center, aeroportos, portos, rodoviárias, bancos e imóveis em geral, públicos e privados, tanto na área geral como na área industrial."

Como se vê, desde 2016 a norma coletiva aplicada à categoria dos Auxiliares de Serviços Gerais prevê o pagamento de adicional de insalubridade no percentual de 20% aos Auxiliares de Serviços de Gerais de limpeza predial.

Os adicionais, correspondem a parcela salarial deferida ao trabalhador pelo exercício do labor em circunstâncias mais gravosas, tal como o adicional de insalubridade, e podem ser classificados em legais e convencionais. Legais, aqueles previstos em lei e convencionais aqueles criados por normas coletivas ou até mesmo pela vontade unilateral do empregador ou acordo das partes.

De início, cabe registrar que "as convenções coletivas, embora de origem privada, criam regras jurídicas (normas autônomas), isto é, preceitos gerais, abstratos e impessoais, dirigidos a normatizar situações ad futurum."

Consequentemente, correspondem à noção de lei em sentido material, traduzindo-se ato regra (Duguit) ou comando abstrato. São desse modo, do ponto de vista substantivo (ou seja, de seu conteúdo), diplomas desveladores de inquestionáveis regras jurídicas (embora existam também no seu interior cláusulas contratuais, como se verá no item IV.2.B, a seguir)." (Maurício Godinho Delgado, Curso de Direito do Trabalho, Ed. LTr, 2019, pg. 1652).

É certo que no direito comum, os diplomas normativos (lei em sentido material) classificam-se hierarquicamente segundo sua maior ou menor extensão de eficácia.

Todavia, no âmbito trabalhista, não se fala em hierarquia de diplomas normativos, e sim em hierarquia de regras jurídicas (heterônomas e autônomas), associado ao seu caráter essencialmente teleológico (finalístico), traduzido na observância do princípio da norma mais favorável, com alicerce constitucional, inclusive (artigo 7º, caput, CRFB/88).

(...)

Neste cenário, não haverá uma sobreposição de normas heterônomas e autônomas privadas coletivas, mas uma espécie de incidência concorrente: a norma que disciplinar de modo mais favorável ao trabalhador prevalecerá, naquela situação concreta.

Repise-se, tal entendimento encontra-se fundamentado no artigo 7º, caput da Constituição Federal:

Art. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

A Constituição Federal trouxe o patamar mínimo a ser observado, e a norma coletiva poderá tratar de qualquer matéria, desde que assegure melhorias/vantagens ao trabalhador.

Logo, ainda que as normas heterônomas exijam a realização de perícia para a constatação da insalubridade, nada impede que as partes, em comum acordo (como é o caso da norma coletiva) optem pela desnecessidade da prova técnica, presumindo a insalubridade naquele caso concreto, havendo nesse caso, a prevalência da norma autônoma.

Dessa forma, diante da vontade consagrada no acordo coletivo, a qual obriga os integrantes da categoria, tem-se como garantido o direito ao adicional de insalubridade na forma prevista, vez que emanada de fonte autônoma vocacionada a disciplinar as relações no âmbito da categoria.

(...)

Nesse contexto, não há negar validade a acordo coletivo celebrado entre o sindicato da categoria profissional do reclamante e a reclamada, no qual ficou convencionado o pagamento de adicional nos percentuais nele especificados, em observância ao artigo 7º, XXVI, da CF/88, que consagra o princípio da autonomia coletiva privada das partes.

Considerando que os Réus admitem a ausência de pagamento da parcela salarial garantida em convenção coletiva, impõe-se a condenação ao pagamento respectivo.

Por fim, registre-se que a sentença proferida na Ação Ordinária nº 0039221- 60.2016.8.08.0024, pelo TJES (ID. 37d38d8) não guarda qualquer relação com a presente demanda. Não contempla as mesmas partes, nem tampouco o mesmo pedido (obrigação de incluir em seus editais de licitação a previsão do pagamento do adicional de insalubridade de 20% para todos os auxiliares de serviços gerais)."

Dessa forma, mantém-se intacta a r. sentença *a quo* que condenou o Estado do Espírito Santo ao pagamento de adicional de insalubridade em grau médio (20%), nos termos dos pedidos lançados na inicial, conforme estabelecido na CCT do SINDILIMPE.

Nego provimento.

2.3. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

O Estado do Espírito Santo busca a alteração da sentença que decretou sua responsabilidade subsidiária pelos encargos trabalhistas deferidos.

Afirma, em suma:

(i) que "seguiu integralmente os preceitos legais e depositou fiel confiança no lícito provimento jurisdicional proferido nos Autos 0039221-60.2016.8.08.0024";

(ii) "nos termos da Lei 8.666/93, obedeceu rigorosamente às regras de Licitação Pública para prestação de serviços de conservação e limpeza";

(iii) "o provimento jurisdicional contido no Acórdão proferido pela Justiça Comum Estadual nos Autos 0039221-60.2016.8.08.0024 expressamente declara a ilegalidade da previsão convencional irrestrita de pagamento de adicional de insalubridade aos Auxiliares de Serviços Gerais, haja vista que a previsão contida na CCT em comento extrapola os limites da lei cogente";

(iv) "o adicional de insalubridade não decorre exclusivamente de Cláusula Convencional, mas sim da aferição da existência de insalubridade no local da prestação dos serviços, que somente pode ser declarado por meio do competente Laudo Técnico.";

(v) "a conclusão do laudo técnico elaborado pelo Engenheiro de Segurança do Trabalho e Engenheiro foi de inexistência de insalubridade";

(vi) "a Ação foi ajuizada perante essa Justiça Especializada do Trabalho, que se declarou absolutamente incompetente nos Autos da Reclamação Trabalhista 0001761-42.2015.5.17.000;

(vii) "Em face da declaração de incompetência dessa Justiça do Trabalho, a Ação tramita na Justiça Comum Estadual, registrada sob o número 0039221-60.2016.8.08.0024.";

(viii) " Em sede de Decisão liminar foi determinando que a Administração Pública Estadual, Autárquica e Fundacional incluisse em seus Editais de Licitação o adicional de insalubridade de 20% para os Auxiliares de Serviços Gerais. Entretanto, a Sentença Civil indeferiu o pleito, revogando a Ordem liminar anterior.";

(ix) que a sentença vai de encontro à Súmula 331 do C. TST, pois não foi demonstrada sua culpa in vigilando ou in eligendo, sem que haja norma que obrigue sua responsabilização subsidiária; (x) que não há vínculo jurídico entre os empregados da contratada e o Poder Público contratante e que, por força do § 1o, artigo 71, da Lei 8.666/93, não pode ser responsabilizado por obrigações trabalhistas devidas pela empresa contratada aos empregados desta.

À análise.

A discussão aqui travada reside no respaldo de lei para a responsabilização subsidiária do Estado do Espírito Santo, ente público, na condição de beneficiário e tomador dos serviços.

É inconteste que o Recorrente se beneficiou dos serviços prestados pelo, razão pela qual deve ser responsabilizado subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas não adimplidas pela primeira demandada.

In casu, deve ser aplicado o item V da súmula 331 do TST, in verbis: "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."

Acresça-se, ainda, que não obstante na decisão proferida nos autos da ADC 16-DF a Corte Suprema tenha se manifestado sobre a constitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/93 frente à aplicação irrestrita da Súmula 331 do TST, os Ministros, em sua maioria, alcançaram também a conclusão de possibilidade de responsabilização do Ente Público, se verificado o descumprimento do dever de fiscalização.

Tal decisão, portanto, não impediu que o juiz, quando confrontado com a culpa de que cogita o art. 186 do Código Civil, ou senão, ao prejuízo que o ente público causou ao trabalhador, terceiro em relação ao contrato que foi firmado por ele, possa aplicar as leis da República e condená-lo a reparar o dano que causou ao terceiro.

Partindo dessa premissa e compatibilizando o entendimento com os princípios aplicáveis à justiça do trabalho, o Colendo TST tem decidido que "compete ao ente público, quando pleiteada em juízo sua responsabilização pelos créditos trabalhistas inadimplidos pelo contratado, apresentar as provas necessárias à demonstração de que cumpriu a obrigação prevista em lei".

E prossegue o Tribunal Superior que caso o ente público não se desvencilhe desse encargo processual, na forma dos artigos 818 da CLT e 333, II, do CPC, restará caracterizada a culpa in vigilandoda Administração Pública, decorrente da omissão quanto ao dever legal de fiscalização da execução do contrato administrativo. Trata-se de hipótese em que o ônus probatório é transferido ao ente público em face do princípio da aptidão para a prova, cuja incidência, no Processo do Trabalho, resulta da maior vulnerabilidade processual e material do trabalhador" (AIRR - 23000-17.2009.5.18.0251 , Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, Data de Julgamento: 04/05/2011, 8ª Turma, Data de Publicação: 06/05/2011).

Especificamente quanto ao § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93, convém destacar que, em 11 de março de 2009, nos autos do RO n. 00809.2007.008.17.00-4, o Pleno deste E. Tribunal, por unanimidade, declarou a sua constitucionalidade, frisando, entretanto, que não se aplica a norma quanto à responsabilidade subsidiária de entes públicos, no tocante a créditos trabalhistas.

Além do mais, a matéria já está pacificada por este Tribunal através da Súmula n.º 21, disponibilizada no DEJT do dia 04 de maio de 2015, in verbis:

"RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. A declaração, pelo STF, de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 não obsta que seja reconhecida a responsabilidade de ente público, quando esse último não comprovar a efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações legais e contratuais do prestador de serviços como empregador."

Nesse diapasão, se a Administração Pública tem o dever de fiscalizar o cumprimento dos contratos por ela firmados (inciso XXI e parágrafo 6º, artigo 37 da CF/88), inclusive para verificar a integral satisfação das obrigações do trabalho assalariado, pois foi beneficiária direta dos serviços prestados, a responsabilidade subsidiária a si imputada decorre tanto do disposto na lei comum (art. 186 do Código Civil), quanto do entendimento contido no item V, da Súmula 331, do TST, sem que se possa falar em violação ao artigo 5º, II, da Constituição Federal.

Destaco que recentemente o plenário do STF julgou o Recurso Extraordinário (RE) 760931, com repercussão geral, no qual se discutiu a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa terceirizada. Restou fixada a tese de que "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93".

Como se nota, mantêm-se o entendimento anterior no sentido de que deve ser comprovada a culpa in eligendo ou in vigilandodo ente público. Notadamente diante da previsão contida no art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, cuja constitucionalidade foi anteriormente debatida pelo Supremo Tribunal Federal.

Ressalto, ainda, que o reconhecimento da responsabilidade subsidiária do ora recorrente não implica afronta a qualquer dispositivo legal ou constitucional, mas, ao contrário, aplica a legislação vigente, como já citado.

In casu, de acordo com a instrução processual, o ente público não comprovou que cumpriu com o dever legal de fiscalização da execução do contrato administrativo.

Com efeito, não há nos autos documentos capazes de ilidir a responsabilidade subsidiária, pois o Estado do Espírito Santo não apresentou provas de que houvesse uma fiscalização efetiva e regular quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada.

Verifica-se a **ausência de pagamento de adicional de insalubridade durante todo o período contratual.**

Registra-se que a responsabilidade subsidiária do tomador do serviço abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral, nos termos do item VI da Súmula 331 do TST.

Logo, a obrigação do 2º Reclamado engloba todas as parcelas impostas a 1ª Reclamada, pois se trata de consequência da obrigação de pagar e não de fazer. Tal semântica, por óbvio, já é suficiente para excluir o caráter personalíssimo alegado pelo réu, pois tal só ocorreria se a 2ª Reclamada houvesse se desincumbido de sua obrigação de fiscalizar. Como não o fez, subroga-se na obrigação de indenizar.

É obrigação do ente público fiscalizar todos os atos relativos à terceirização que efetivou. Ou a estrutura da Administração Pública que terceiriza suas atividades fiscaliza os contratos que celebra ou, então, não terceiriza.

Portanto, uma vez reconhecido que o Estado do Espírito Santo se valeu da força de trabalho da Reclamante, bem como não comprovou, conforme lhe competia, a efetiva fiscalização do contrato firmado com a Primeira Reclamada, deverá responder subsidiariamente pelos créditos devidos à Autora.

Por fim, não prospera o pedido do ente público de que seja declarada a inconstitucionalidade da instituição de insalubridade por meio de negociação coletiva.

Ora, ao editar a Constituição Federal de 1988, o legislador procurou conferir primazia à autocomposição dos dissídios, buscando a manutenção dos níveis de emprego, impondo, por isso, respeito aos acordos e convenções coletivas de trabalho.

O só fato de o sindicato representante da categoria a que pertence o autor ter firmado normas coletivas de trabalho induz à presunção de que sua intenção foi a de adequar as condições de trabalho às peculiaridades da atividade econômica.

Merece, portanto, respeito, pois se constitui em manifestação expressa da vontade dos interessados na solução dos seus próprios conflitos, situação que, evidentemente, encontra-se convalidada pelo inciso XXVI, do art. 7º da Constituição Federal.

Assim, mantém-se a sentença de origem que declarou a responsabilidade subsidiária do Estado do Espírito Santo.

Nego provimento.

2.4. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Insurge-se o Estado do Espírito Santo em face da r. sentença que deferiu ao Sindicato Autor honorários sucumbenciais no importe de 15% sobre o valor da condenação.

Aduz que *"ao fixar o percentual de honorários de sucumbência é importante considerar a natureza da ação de cumprimento, haja vista que o valor dos honorários calculados sobre o valor da presente Ação será acumulado com os mesmos valores apurados nas ações de autônomas de liquidação e execução."*

Assim, pede "a reforma da r. Sentença no que concerne ao percentual de honorários arbitrado, a fim de evitar a dupla remuneração do Sindicato, que será feita na ação de cumprimento e posteriormente nos processos de liquidação e execução autônomas, com base nos mesmos valores."

Sem razão.

A presente ação foi ajuizada na vigência da Lei n.º 13.467/2017, incidindo a sucumbência prevista no art. 791-A, da CLT.

Levando-se em conta o grau de zelo do profissional, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (art. 85, § 2º, CPC), entendo correta a fixação do percentual em 15% (dez por cento), não havendo razão para a minorar o percentual arbitrado.

Por fim, não há falar em dupla remuneração do sindicato, pois tratam-se de ações autônomas

Ora, o fato de ter que eventualmente pagar honorários em outra ação não retira nem minimiza o trabalho profissional do advogado nesta ação.

Nego provimento.

2.5. CUSTAS PROCESSUAIS

A r. Sentença condenou as Reclamadas em custas, verbis:

"[...] Custas, pelas rés, no valor de R\$ 900,00 (novecentos reais), calculadas sobre o valor de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), atribuído à causa."

Recorre o Estado do Espírito Santo aduzindo que é indevido o valor atribuído às custas processuais, pois goza de isenção do pagamento da referida parcela na condição de pessoa jurídica de direito público, razão pela qual, invocando as disposições contidas pelo artigo 790-A, inciso I, da Consolidação das Leis do Trabalho, requer a incidência do dispositivo citado para excluir dos cálculos o referido valor.

Com razão.

A condenação subsidiária estende-se sobre todas as parcelas devidas pela prestadora de serviços, abrangendo, dessa forma, o pagamento de todas as parcelas que sejam, a princípio, de responsabilidade do devedor principal.

Todavia, em relação às custas processuais, como o Estado do Espírito Santo é Administração Pública, está isento do pagamento de tal despesa, nos termos do art. 790-A, da CLT.

Dou provimento.

2.6. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA.

No tocante ao juro de mora e correção monetária, assim decidiu o magistrado de origem, verbis:

Por meio da Arguição de Inconstitucionalidade n. 479- 60.2011.5.04.231, o Pleno do TST, usando a mesma ratio decidendi das decisões proferidas pelo STF no julgamento das ADIs nºs 4.357, 4.372, 4.400 e 4425, declarou a inconstitucionalidade da expressão "equivalentes à TRD", constante no art. 39 da Lei n. 8.177/91, por entender que ela não assegura a correção da desvalorização da moeda e, portanto, não reflete a recomposição do poder de compra. Em relação ao restante do texto do mencionado artigo, aplicou a técnica de interpretação conforme a Constituição. Além disso, definiu o IPCA-E como fator de atualização monetária dos débitos trabalhistas e modulou os efeitos da decisão.

Contudo, o STF, em 14/10/2015, em decisão liminar na Reclamação n. 22012, suspendeu os efeitos da citada decisão proferida pelo TST na ArgInc n. 479-60.2011.5.04.0231 e determinou a suspensão da tabela única feita

pelo CSTJ após a decisão do TST.

Posteriormente, em 20/3/2017, no julgamento de embargos de declaração na ArgInc n. 479-60.2011.5.04.0231, o TST proferiu decisão, com efeitos modificativos, esclarecendo que valeu-se da ratio decidendi da decisão do STF nas ADI's acima citadas e declarou, em sede de controle difuso de inconstitucionalidade, que a norma apontada viola a Constituição. Na mesma decisão, o TST alterou a modulação dos efeitos para adotar a data 25/3/2015.

Em 5/12/2017, no julgamento definitivo da Reclamação n. 22012, o STF concluiu que "o conteúdo das decisões que determinam a utilização de índice diverso da TR para atualização monetária dos débitos trabalhistas não possui aderência com o decidido pelo STF nas duas ADIs", julgando improcedente a reclamação.

Diante da improcedência da Reclamação n. 22012, prevalecia, então, a decisão proferida pelo TST na ArgInc n. 479-60.2011.5.04.0231, complementada pela decisão de embargos de declaração, de modo que a correção monetária dos débitos trabalhistas a partir de 25/3/2015 deveria ser feita pelo IPCA-E.

Já reconhecido pelo TST que a aplicação da TR como índice de atualização dos créditos trabalhistas viola a Constituição Federal (arts. 2º, 5º, caput e incisos XXII, XXXVI, além do postulado da proporcionalidade), na medida em que não assegura "a recomposição do poder aquisitivo decorrente da inflação", por certo, o §7º do art. 879 da CLT, incluído pela Lei n. 13.467/2017, padeceria do mesmo vício.

Vale esclarecer, que as modificações introduzidas pela MP 905, de 11.11.2019, no que concerne aos critérios de aplicação da correção monetária e juros nesta Justiça Especializada, quais sejam, o artigo 28, que altera inúmeros dispositivos da CLT, dentre eles, introduz o § 7º ao artigo 879 e modifica o artigo 883; e o artigo 47 que altera o artigo 39 da Lei 8.177/91, não modificam uma vírgula da conclusão a que cheguei, eis que a Medida Provisória padece de vício de inconstitucionalidade formal, já que ausente urgência que a justifique. Na verdade, o próprio governo admite que se trata de um aprofundamento da Lei 13.467/2017 (reforma trabalhista), o que demandaria a atuação do parlamento para edição de uma nova Lei. As inconstitucionalidades não param por aí, eis que a redução do indexador de correção dos débitos trabalhistas, a par de atentar contra a dignidade do trabalhador ao reduzir verba de natureza alimentícia, permite o enriquecimento sem causa do devedor. Aspectos estes, aliás, sobejamente já analisados pelos tribunais superiores.

Entretanto, na contramão da consecução dos direitos humanos fundamentais, ignorando que o Brasil detém brutal concentração de renda, uma desigualdade social abissal, é considerado o nono País mais injusto do mundo, com taxa desemprego explodindo (dados do IBGE de outubro de 2020 aponta taxa de desemprego de 14,4%) e carga tributária regressiva em que os assalariados e os que estão fora do mercado de trabalho pagam proporcionalmente muito mais impostos; o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, ignorou a promessa de redução da desigualdade social (inciso III, 3º) e de valorização das funções sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV do art. 1º), preferindo fomentar os mecanismos de acumulação patrimonial e valorização do capital financeiro.

Com efeito, no dia 18 de dezembro de 2020, o plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADCs 58 e 59 e das ADIs 5.867 e 6.021 decidiu, por maioria, manter a declaração de inconstitucionalidade da Taxa Referencial (TR), porém, julgou parcialmente procedentes as ações conferindo interpretação conforme à Constituição ao art. 879, § 7º, e ao art. 899, § 4º, da CLT, na redação dada pela Lei 13.467 de 2017, no sentido de considerar a SELIC (art. 406 do Código Civil) como fator de correção adequado, até que sobrevenha nova solução legislativa, respeitadas as situações já consolidadas pelo trânsito em julgado. **Em suma, IPCA na fase pré-judicial e Selic a partir da citação.**

(...)

Vale relembrar que a Selic não é fator de correção monetária adequado, já que "[...] refere-se à taxa de juros apurada nas operações de empréstimos de um dia entre as instituições financeiras que utilizam títulos públicos federais como garantia [...]", conforme se extrai da página oficial do Banco Central do Brasil. Atualmente o índice de referência que mede a inflação e, portanto, a perda relativa à capacidade de compra é o IPCA-E (Índice de Preços ao Consumidor Amplo). Ou seja, perde dinheiro o trabalhador que não tem o seu crédito corrigido pelo único índice capaz de recompor a inflação.

Além de não recompor o valor real da moeda, a decisão afastou a incidência dos juros de mora à base de 12% a.a, aliás, os juros de mora nem faziam parte da discussão, posto que, como se sabe, correção monetária e juros de mora tem funções completamente distintas. Neste cenário, crédito trabalhista passou de IPCA + juros (1%) ou TR + juros (1%) para IPCA na fase pré-judicial e Selic a partir da citação, se constituindo hoje o mais barato do mercado, em que pese seu caráter alimentar.

Embora discorde da Decisão do STF, por todos os motivos até aqui expostos, o fato é que a decisão proferida em análise de Ação Direta de Constitucionalidade e Ação Direta de Inconstitucionalidade, tem eficácia "erga omnes" e a ela tenho que me curvar de modo que **determino a aplicação do IPCA-E até a data da citação e, a partir de então, a taxa Selic (I).**

Porém, considerando o disposto no art. 406 do Código Civil: " Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.", norma inclusive citada na decisão do Supremo Tribunal Federal, a qual deve ser interpretada à luz do disposto no art. 161, §1º, do CTN, que estabelece juros de 1% ao mês e, ainda, o contido no art. 404, parágrafo único, também do Código Civil: "Provado que os juros de mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar", todos de aplicação subsidiária, na forma autorizada pelo art. 8º, §1º, da CLT, **caso se demonstre, em sede de liquidação de sentença, que a correção pela Selic, ficou inferior à atualização do IPCA-e + 1% (juros mínimos para qualquer dívida), a fim de assegurar a restituição integral ao credor, determino, ex officio, a indenização suplementar até o limite do IPCA-e + 1% do período (II).**

Considerando, ainda, a natureza alimentar do crédito trabalhista e sua precedência sobre qualquer outro, **caso se demonstre a ausência de pagamento do valor devido por mero intuito procrastinatório, fixo, com fulcro no art. 139, IV, do CPC, de aplicação subsidiária no processo do trabalho (art. 769 da CLT), a multa cominatória de 2% (dois por cento) ao mês, incidente sobre o crédito remanescente a partir do decurso do prazo previsto no art. 880 da CLT (III).**

O Estado do Espírito Santo pugna pela reforma da r. Sentença para que " o *percentual de juros e correção monetária a ser aplicado, caso seja compelido ao pagamento das verbas postuladas, seja o previsto no art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/09.*"

Aduz que "*nas condenações oriundas de relação jurídica não-tributária (como é o presente caso de responsabilidade subsidiária), a fixação dos juros moratórios e da correção monetária segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09.*"

Assevera que "*Ao decidir pelo afastamento da incidência do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, fixando para fins do cálculo de juros de mora e de correção monetária o IPCA-E até a data da citação e, a partir de então, a taxa Selic, a r. Sentença viola precedente de Repercussão Geral, claramente em dissonância com o sistema de precedentes normativos vinculantes disciplinado nos arts. 926 (uniformidade da jurisprudência estável, íntegra e coerente) e 927, inciso I (controle concentrado) e V (observância à orientação do Plenário ou órgão superior).*"

Sem razão.

Embora a Lei 11.960/2009 tenha modificado o teor do art. 1º-F, da Lei 9494/97, estabelecendo que as verbas remuneratórias devidas pela Fazenda Pública sofreriam a incidência de juros de 6% ao ano, tal norma, no entanto, não revogou a Lei 8.177/91, eis que somente a lei geral revoga a especial.

Aliás, ainda que se considere que se trate de duas leis especiais regulando de maneira diversa a mesma matéria, prevalece aquela que se formulou em primeiro lugar. Então, prevalece a lei de 1991.

A propósito da questão, o e. Des. Carlos Henrique Bezerra Leite, em memorável acórdão, pontificou:

JUROS DE MORA. FAZENDA PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.177/1991. ADIs 4357/DF E 4425/DF. INTERPRETAÇÃO POR ARRASTAMENTO. A alteração na forma de reposição monetária do quantum devido pela Fazenda Pública, que anteriormente previa juros de 1% ao mês, até 2001, e de 0,5% ao mês, até entrada em vigor do novel art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei n.º 11.960/2009, para considerar os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, revela-se flagrantemente inconstitucional, porquanto ofensiva a vários princípios fundantes do Estado Democrático de Direito, dentre eles o da isonomia, da dignidade humana do trabalhador e do valor social do trabalho, sendo certo que o STF (ADIs ns. 4357/DF e 4425/DF propostas em face da Emenda Constitucional n. 62/2009, que deu nova redação ao § 12 do art. 100 da CF) declarou a inconstitucionalidade parcial do referido § 12 do art. 100 da CF, no que diz respeito à expressão 'índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança' e expungiu, de igual modo, a expressão 'independentemente de sua natureza', previsto no mesmo § 12 em apreço. Assim, adotando-se a técnica de inconstitucionalidade por arrastamento ou por atração, impõe-se afastar a incidência da norma inscrita no art. 1º-F da Lei 9494/97, aplicando-se às pessoas jurídicas de direito público os mesmos juros de mora incidentes sobre os créditos trabalhistas de responsabilidade dos empregadores do setor privado em geral. (RT-01810-2013-003-17-00-2, DEJT,18/03/2015).

Assim, prevalece o § 1º, do art. 39 da Lei 8.177/91 que prevê expressamente, que os débitos trabalhistas decorrentes de condenação judicial, serão acrescidos de juros de mora de um por cento ao mês, aplicados pro rata die, a partir do ajuizamento da reclamatória, especialmente, em se tratando de condenação subsidiária, conforme já pacificou a SDI-1 do TST por meio da OJ 382.

Ademais, em se tratando de responsabilidade subsidiária não há que se falar em aplicação da OJ nº 07, do Tribunal Pleno do C. TST, específica para as condenações diretas da Fazenda Pública.

Quanto à correção monetária, conforme retromencionado, o título executivo assim fixou o índice de atualização da seguinte forma. Vejamos:

"Considerando o disposto no art. 406 do Código Civil: " Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.", norma inclusive citada na decisão do Supremo Tribunal Federal, a qual deve ser interpretada à luz do disposto no art. 161, §1º, do CTN, que estabelece juros de 1% ao mês e, ainda, o contido no art. 404, parágrafo único, também do Código Civil: "Provado que os juros de mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar", todos de aplicação subsidiária, na forma autorizada pelo art. 8º, §1º, da CLT,

caso se demonstre, em sede de liquidação de sentença, que a correção pela Selic, ficou inferior à atualização do IPCA-e + 1% (juros mínimos para qualquer dívida), a fim de assegurar a restituição integral ao credor, determino, ex officio, a indenização suplementar até o limite do IPCA-e + 1% do período (II).

Considerando, ainda, a natureza alimentar do crédito trabalhista e sua precedência sobre qualquer outro, **caso se demonstre a ausência de pagamento do valor devido por mero intuito procrastinatório, fixo, com fulcro no art. 139, IV, do CPC, de aplicação subsidiária no processo do trabalho (art. 769 da CLT), a multa cominatória de 2% (dois por cento) ao mês, incidente sobre o crédito remanescente a partir do decurso do prazo previsto no art. 880 da CLT (III).."**

Todavia, divirjo da magistrada sentenciante.

Esta Magistrada, considerando que a decisão Liminar que estabelecia a correção monetária dos créditos trabalhistas pelo IPCA-E a partir de 25.03.2015, e mantinha juros de mora *pro rata die*, conforme a Lei 8.177/1991, tinha sido substituída pelo julgamento das ADCs 058 e 059, realizado no dia 18.12.2020, e tendo em vista a modulação dos efeitos pelo STF, fixava: que antes do ajuizamento da presente ação e até a citação da Ré, a correção seria feita pelo IPCA-E. Após, pelos índices oficiais da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil), até seu efetivo pagamento.

Ocorre que o **Plenário do STF, em julgamento de Embargos de Declaração** das referidas ADC's 058 e 059, proferido em 22.10.2021, por identificar erro material na decisão supracitada, que alterou os índices de correção de créditos trabalhistas, determinou que a correção pela taxa **SELIC deve ser feita a partir do ajuizamento da ação, e não desde a citação.**

Assim, estabeleço, conforme a suma daquele julgamento, o seguinte: na fase pré-judicial, incide o IPCA-e e, após o ajuizamento da ação, a taxa SELIC (art. 406 do CC) até o efetivo pagamento.

Ademais, a sentença, ao instituir indenização suplementar a pretexto de conferir justa compensação em razão de dito prejuízo sofrido pelo Reclamante em razão do decidido pelo c. STF nas ADCs 58 e 59, acabou por não observar as diretrizes traçadas pelo Pretório Excelso naquele julgamento, o qual não contemplam indenização complementar ao credor, além da justa composição da moeda.

Além disso, a correção do crédito pela taxa SELIC e a determinação de indenização suplementar caracteriza anatocismo, o que não se pode admitir.

Entretanto, a douta maioria, conforme voto médio da Exma. Des. Daniele Corrêa Santa Catarina, divergiu parcialmente apenas para consignar que na fase pré judicial (até a o ajuizamento da ação) deverão ser acrescidos juros de 1%, sob os seguintes argumentos e fundamentos:

"Conforme julgamento das ADCs 58 e 59, O E. STF prolatou decisão no sentido de que a correção monetária (e, por arrastamento, os juros de mora) dos créditos trabalhistas deverá ser fixada da seguinte maneira:

Sendo assim, a correção monetária (e, por arrastamento, os juros de mora) dos créditos trabalhistas deverá ser fixada da seguinte maneira:

i) até a citação do réu, os créditos deverão ser corrigidos pelo índice IPCA-E, acrescidos dos juros legais de 1% ao mês;

ii) após esse marco, os créditos deverão ser corrigidos, até que sobrevenha norma específica que trate da questão, pelo índice previsto para correção dos créditos cíveis (art. 406 do CC), qual seja, a taxa SELIC (a qual já engloba a correção monetária e os juros de mora).

Quanto aos processos em curso, e diante da modulação feita pelo E. STF, tem-se as seguintes premissas:

i) para os processos em curso na fase de conhecimento, independentemente de haver sentença de mérito ou não, deverão ser aplicadas as regras acima assentadas;

ii) para os processos na fase de execução (ou mesmo nos processos já encerrados em que já houve liberação de créditos), na qual a sentença transitada em julgado consignou expressamente o índice de correção monetária e os juros de mora a serem aplicados (independentemente de qual foi o critério), não haverá alteração dos índices assentados, não se sujeitando, sequer, a eventual ação rescisória nos termos do previsto nos §§ 12º e ss. do artigo 525 do CPC;

iii) no caso de processos na fase de execução na qual não restou consignado expressamente o índice a ser aplicado (seja por omissão expressa ou simples consideração de seguir os critérios legais), deverão ser aplicados os índices assentados conforme decidido nas referidas ADCs.

Outrossim, ao apreciar os embargos opostos nos autos, decidi a E. Corte sanar erro material constante no acórdão quanto a data em que se entende como "fase judicial", nos seguintes termos:

Decisão: (ED-terceiros) O Tribunal, por unanimidade, não conheceu dos embargos de declaração opostos pelos amici curiae, rejeitou os embargos de declaração opostos pela ANAMATRA, mas acolheu, parcialmente, os embargos de declaração opostos pela AGU, tão somente para sanar o erro material constante da decisão de julgamento e do resumo do acórdão, de modo a estabelecer a incidência do IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir do ajuizamento da ação, a incidência da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil), sem conferir efeitos infringentes, nos termos do voto do Relator. Impedido o Ministro Luiz Fux (Presidente). Plenário, Sessão Virtual de 15.10.2021 a 22.10.2021.

In casu, o processo encontra-se na fase de conhecimento e, portanto, nos termos modulação feita pelo E. STF, até ajuizamento da ação (fase pré-judicial), os créditos deverão ser corrigidos pelo índice IPCA-E; e, após esse marco, pela taxa SELIC (a qual já engloba a correção monetária e os juros de mora).

Outrossim, e a fim de evitar embargos de prequestionamento, assento que a aplicação dos "juros legais" na fase pré judicial no importe de 1% ao mês não viola o decidido expressamente na decisão das ADCs acima, conforme se observa da decisão do E. STF em sede de Reclamação Constitucional (Rcl 49508 / PR - PARANÁ. RECLAMAÇÃO. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Julgamento: 24/09/2021 Publicação: 01/10/2021).

Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso para determinar a aplicação do índice IPCA-E acrescido de juros de 1% na fase pré-judicial e da taxa SELIC na fase judicial."

Assim, foi dado provimento parcial ao recurso para determinar a aplicação do índice IPCA-E acrescido de juros de 1% na fase pré-judicial e da taxa SELIC na fase judicial.

3. CONCLUSÃO

ACORDAM os Magistrados da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso ordinário interposto pelo ESTADO DO ESPÍRITO SANTO e, no mérito, por maioria, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto da Relatora.

Vencidos, no item 2.6. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA, a Exma. Relatora e o Des. Valério Soares Heringer. Prevaleceu, ante a apuração do voto médio, o entendimento da Des. Daniele Corrêa Santa Catarina.

SÔNIA DAS DORES DIONÍSIO MENDES DESEMBARGADORA RELATORA

Participaram do julgamento realizado na 4ª Sessão Extraordinária Virtual Eletrônica, com início em 22/09, às 13h30 e término em 27/09/2022, às 13h30, sob a Presidência da Exma. Desembargadora Daniele Corrêa Santa Catarina, os Exmos. Desembargadores Sônia das Dores Dionísio Mendes e Valério Soares Heringer.

Suspeição da Exma. Desembargadora Ana Paula Tauceda Branco.

Ministério Público do Trabalho: Procuradora Maria de Lourdes Hora Rocha.

VOTOS



Assinado eletronicamente por: [SONIA DAS DORES DIONISIO MENDES]

- 5227b84

<https://pje.trt17.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>



Documento assinado pelo Shodo



PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA DO TRABALHO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO

13ª VARA DO TRABALHO DE VITÓRIA

ACum 0000610-95.2021.5.17.0013

RECLAMANTE: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL
ES

RECLAMADO: TTM SERVICOS COMBINADOS DE ESCRITORIO E APOIO
ADMINISTRATIVOS LTDA E OUTROS (2)

SENTENÇA

RELATÓRIO

SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – SINDILIMPE ES propõe ação de cumprimento contra **TTM SERVIÇOS COMBINADOS DE ESCRITÓRIO E APOIO ADMINISTRATIVOS LTDA e ESTADO DE ESPÍRITO SANTO** alegando descumprimento da cláusula 10ª, §1º, das CCTs que regulamenta o pagamento de adicional de insalubridade no percentual de 20%.

Postula as parcelas do rol de pedidos de *a* até *h* (ID. e1d028f – Págs. 9 e 10).

Dá à causa o valor de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais).

Com a inicial, o instrumento de mandato (ID. 8c9ad6e) e documentos.

Citados, as rés compareceram na audiência realizada em 9/11 /2021 (ID. 5449ee0), apresentando defesa, não sem antes recusarem a proposta de conciliação.

Em contestação (ID. c83b9fe), a primeira ré suscita preliminar de litispendência, ilegitimidade ativa e inépcia da inicial e, no mérito, pugna pela improcedência dos pedidos, afirmando que a mera previsão em CCT não assegura ao trabalhador o direito ao pagamento do adicional de insalubridade, que só é devido quando constatado, por perícia, a exposição a agentes nocivos.

Em contestação (ID. 3dca2ae), o segundo réu suscita preliminar de ilegitimidade passiva e de inépcia da inicial. No mérito, pugna pela improcedência dos pedidos, defendendo a inaplicabilidade da Súmula n. 331 do TST e a ilegalidade da cláusula convencional que instituiu o adicional de insalubridade para todos os substituídos, indistintamente.

Documentos com as defesas.

A primeira ré requereu a realização de prova técnica para apurar a insalubridade, o que foi por mim indeferido sob o fundamento de que o pedido autoral foi pautado em norma autônoma que estabeleceu o direito independente da apuração da condição de trabalho dos substituídos, bastando que estes exerçam a função de auxiliares de serviço geral de limpeza predial.

Em razões orais finais, as partes reportaram-se aos elementos constantes nos autos, permanecendo inconciliáveis.

Manifestação às defesas apresentada pelo sindicato autor no ID. 08589b5.

Autos convertidos em diligência para remessa ao D. Ministério Público do Trabalho, para emissão de parecer como *custus legis* (ID. 9a17a4a).

Parecer da lavra da Excelentíssima Procuradora do Trabalho, Sueli Teixeira Bessa, oficiando pela procedência do pedido de pagamento de adicional de insalubridade reconhecido na norma coletiva (ID. 768b116).

FUNDAMENTAÇÃO

1. PRELIMINARES

1.1. LITISPENDÊNCIA

A primeira ré alega que “alguns dos funcionários da empresa em demandas individuais propostas pelo próprio sindicato estão justamente discutindo os direitos aqui pretendidos” (ID. c83b9fe - Pág. 3), citando como exemplo a RT n. 0000637-75.2021.5.17.0014.

Sem razão.

Nos termos do art. 104 do CDC, subsidiariamente aplicável ao processo do trabalho por força do disposto no art. 21 da Lei n. 7347/85, as ações coletivas não induzem litispendência para as ações individuais. Nesse sentido, o entendimento pacificado do TST:

EMBARGOS REGIDOS PELA LEI Nº 11.496 /2007. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR SINDICATO COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL E AÇÃO INDIVIDUAL PROPOSTA POR EMPREGADO SUBSTITUÍDO. LITISPENDÊNCIA. INEXISTÊNCIA. A Subseção I Especializada em Dissídios Individuais desta Corte adotava entendimento de que a ação ajuizada pelo sindicato da categoria profissional, na qualidade de substituto processual, acarretava litispendência e fazia coisa julgada em relação à reclamação trabalhista com os mesmos pedidos e causa de pedir proposta pelo empregado individualmente. Entretanto, em recente precedente acerca da matéria, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais deste Tribunal Superior, por ocasião do julgamento dos Embargos em Recurso de Revista nº 18800-55.2008.5.22.0003, da relatoria do Ministro Augusto César Leite de Carvalho, em decorrência de interpretação do artigo 104 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), segundo o qual a ação coletiva não induz litispendência para a ação individual, à falta da necessária identidade subjetiva, alterou seu posicionamento acerca da matéria, passando a adotar o entendimento de que, na ação coletiva, o sindicato exerce a legitimidade extraordinária para atuar como substituto processual na defesa em juízo dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria que representa, defendendo direito de outrem, em nome próprio, enquanto, na ação individual, a parte busca o seu próprio direito, individualmente. Assim, ausente a necessária identidade subjetiva, não se pode ter como configurada a tríplice identidade que caracteriza a coisa julgada. O aludido precedente fundamentou-se também no fato de que a tutela coletiva concorre para a igualdade de tratamento e também para a objetivização do conflito trabalhista, sem expor o titular do direito ao risco de uma demanda que não moveu, ou não pôde mover sem oferecer-se à represália patronal. Portanto, a ação ajuizada pelo sindicato da categoria profissional, na qualidade de substituto processual, não acarreta litispendência nem faz coisa julgada em relação à reclamação trabalhista idêntica proposta pelo

empregado individualmente. Ressalta-se que, embora a primeira parte do artigo 104 do CDC, literalmente, afaste a litispendência somente entre as ações coletivas que visam à tutela dos interesses ou direitos difusos e coletivos e as ações individuais, a doutrina e a jurisprudência mais atualizadas e igualmente já pacificadas, diante da teleologia desse dispositivo, consideram que essa redação não exclui de sua incidência as ações coletivas de defesa dos interesses individuais homogêneos. Embargos conhecidos e providos. (TST-E-ED-RR- 7565200-07.2003.5.02.0900, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 14/02/2014).

(...) AÇÃO COLETIVA. SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. AÇÃO INDIVIDUAL AJUIZADA PELO EMPREGADO. LITISPENDÊNCIA. Firmou-se a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que inexistente litispendência entre a ação coletiva ajuizada por sindicato profissional, na qualidade de substituto processual, e a ação individual proposta por empregado substituído, tendo em vista a ausência da necessária identidade subjetiva. Precedentes desta Colenda SBDI-1. Recurso de embargos conhecido e provido, no tema. (TST-E-RR- 5800-85.2008.5.22.0003, Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 20/02/2015).

Embora não exista litispendência, o ajuizamento de ação individual, sem pedido de suspensão desta, implica renúncia dos efeitos que possam emergir do trânsito em julgado da ação coletiva.

Rejeito.

1.2. INÉPCIA DA INICIAL. NÃO APRESENTAÇÃO DE ROL DE SUBSTITUÍDOS

Os réus alegam que a ausência de apresentação de rol dos substituídos implica na extinção do processo, sem resolução do mérito, com fulcro no inciso I e IV do artigo 485 do CPC.

Sem razão.

A exigência de apresentação de rol de substituídos não subsiste desde 2003, quando houve o cancelamento da Súmula n. 310 do TST pela Resolução n. 119, do Tribunal Pleno do TST, publicada em 1º/10/2003.

O cancelamento da referida súmula demonstra a nítida modificação do posicionamento anteriormente adotado pelo TST, em consonância com a atual tendência do direito processual de possibilitar aos agentes coletivos o direito de acionar o judiciário em favor de seus representados, em detrimento das ações individuais, o que se afigura de grande importância na seara trabalhista, mormente em virtude de seu caráter social, impondo-se a prerrogativa sindical como forma de favorecer o acesso à justiça.

Eventual necessidade de particularização dos substituídos será efetivada por ocasião da liquidação e execução do julgado.

Rejeito.

1.3. ILEGITIMIDADE ATIVA

Os réus entendem que o sindicato não possui legitimidade para figurar no polo ativo da presente ação.

Sem razão.

O art. 8º, inciso III, da Constituição Federal assegura ao sindicato profissional legitimidade para atuar na defesa de interesses coletivos ou individuais da categoria que representa.

No caso concreto, o Sindicato atua como substituto processual na defesa de interesses que, embora individuais, podem ser tutelados coletivamente por possuírem origem comum, pois decorrentes da mesma circunstância de fato.

Registro que, mesmo que a hipótese dos autos não versasse sobre direitos individuais homogêneos, a legitimidade do sindicato é ampla, nos termos do Tema 823 fixado pelo STF em repercussão geral, o que abrange, inclusive, os direitos individuais subjetivos. Nesse sentido, o TST:

RECURSO DE REVISTA. 1. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM . SINDICATO. SUBSTITUTO PROCESSUAL. NÃO CONHECIMENTO. Prevalece neste Corte Superior, em harmonia

com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o entendimento no sentido de que a legitimidade sindical posta no artigo 8º, III, da Constituição Federal é ampla e alcança não apenas os direitos coletivos *amplo sensu* (direitos difusos, direitos coletivos *strictu sensu* e individuais homogêneos), **mas, ainda, os direitos individuais subjetivos dos trabalhadores integrantes da categoria.** Assim, é forçoso reconhecer que **a substituição processual não se restringe às hipóteses em que se discutam direitos e interesses coletivos, podendo a entidade sindical defender, inclusive, direitos individuais subjetivos da categoria que representa.** Recurso de revista de que não se conhece. (...) (RR-10566-91.2013.5.12.0034, 4ª Turma, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 19/03/2021).

Diante disso, não é apenas possível, mas também aconselhável, a utilização da ação coletiva pelo Sindicato, já que esta constitui em valioso instrumento facilitador do acesso à Justiça, mormente na esfera trabalhista, quando, não raro, os direitos ficam sem a devida proteção durante o curso do contrato de trabalho pelo receio dos empregados de sofrerem represálias e até mesmo perderem os seus empregos.

Rejeito.

1.4. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SEGUNDO RÉU

O segundo réu entende que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da presente ação porque não participou da negociação coletiva que instituiu o adicional de insalubridade pleiteado.

Passo a analisar.

A legitimidade para causa, embora seja posta com vista ao direito material, nos limites em que ele disciplina o conflito de interesses, qualificando-o como lide, não se confunde com a legitimação no campo do direito material.

É parte legítima para figurar na demanda aquele de quem se pretende uma prestação, ou seja, o sujeito da lide, donde se conceituar a legitimação processual como pertinência subjetiva da lide.

A circunstância de não ter o segundo réu participado da negociação coletiva não é bastante para excluí-lo da lide, pois a pretensão inicial se alicerça em outro foco, qual seja, a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, que abrange todas as verbas devidas ao empregado relativas ao período da prestação laboral, inclusive as decorrentes de norma coletiva. E a mera possibilidade de que venha a ser responsabilizado subsidiariamente, justifica o envolvimento dos réus em formação litisconsorcial passiva.

Rejeito.

2. MÉRITO

2.1. CLÁUSULA 10ª, §1º, DAS CONVENÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

O sindicato autor relata que a primeira ré celebrou contrato de prestação de serviços de limpeza e conservação com o segundo réu e que, por força desse contrato, os substituídos nesta ação exercem ou exerceram a função de auxiliar de serviços gerais, realizando a limpeza predial e conservação nas dependências da CASA DA MÚSICA SÔNIA CABRAL.

Informa, porém, que a primeira ré está descumprindo a cláusula 10ª, §1º, das CCTs vigentes desde o início do contrato de terceirização, que determina o pagamento do adicional de insalubridade.

Requer a condenação dos réus, sendo o segundo de forma subsidiária, ao pagamento do adicional de insalubridade no percentual de 20%, calculado sobre o piso salarial de R\$ 1.060,00 (mil e sessenta reais), para todos os substituídos que exercem ou exerceram a função de auxiliares de serviços gerais nas dependências da CASA DA MÚSICA SÔNIA CABRAL, com reflexos sobre décimos terceiros salários, férias acrescidas do terço constitucional, FGTS, aviso prévio (nos casos de dispensa) e multa fundiária (nos casos de dispensa).

A primeira ré alega que, desde a sentença proferida na ação n. 0039221-60.2016.8.08.0024, confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, a Secretaria de Estado de Gestão de Recursos Humanos – SEGER tem orientado os órgãos e entidades da Administração Pública Estadual a não incluir em seus editais para contratação dos serviços de limpeza predial o adicional de insalubridade no percentual de 20%, previsto nas CCTs da categoria.

Informa que, em razão disso, no contrato celebrado com o segundo réu, expressamente, consta que o Estado não pagará o adicional de insalubridade em grau médio aos empregados de limpeza predial.

Entende que o adicional somente é devido aqueles que exercem as suas atividades expostos a agentes nocivos à saúde, o que afirma não ser o caso dos autos. Em seu favor, cita o item I da Súmula n. 448 do TST.

Apesar de reconhecer que a CCT 2019/2020 estabelece a obrigatoriedade de pagamento do adicional sobre o piso da categoria a todos os auxiliares de serviços gerais de limpeza predial, entende que o direito somente é devido após comprovação por perícia de que atividade se enquadra no quadro das atividades e operações insalubres do Ministério do Trabalho.

Entende que a cláusula 10ª, §1º, da CCT é inconstitucional, pois o sindicato não tem competência para celebrar acordos coletivos relativos à saúde, higiene e segurança do trabalho.

Afirma que sempre adotou todas as medidas necessárias para neutralizar eventuais agentes insalubres e que, ainda que os substituídos tivessem trabalhados expostos a esses agentes, o contato foi apenas eventual, a afastar a percepção do adicional.

Requer seja declarada a inconstitucionalidade e nulidade da cláusula 10ª, §1º, da CCT. Pela eventualidade, requer que a condenação incida apenas sobre o salário mínimo e que seja determinado o reajuste do contrato celebrado com o segundo réu para que seja incluído os custos com o pagamento do adicional de insalubridade, a fim de ser mantido o equilíbrio econômico do contrato.

O segundo réu reitera a tese da primeira ré de que não é possível a instituição do adicional de insalubridade de forma irrestrita para todos que exercem a função de auxiliar de serviços gerais e limpeza predial, sendo imprescindível a realização de perícia.

Argumenta que a norma coletiva não pode extrapolar os limites da Constituição Federal, da lei em sentido estrito e das normas infralegais regulamentadoras e que “não há espaço jurídico para que Sindicatos estabeleçam norma convencional inerente à medicina e segurança do trabalho” (ID. 3dca2ae - Pág. 19).

Passo a analisar.

A cláusula décima da CCT 2020/2020, vigente no momento da celebração do contrato de prestação de serviços pelos réus, assim dispõe:

CLÁUSULA DÉCIMA - PAGAMENTO DA INSALUBRIDADE

Fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção Coletiva do Trabalho pagarão adicional de insalubridade, em grau máximo, ou seja, no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre a base de cálculo de R\$ 1.060,00 (mil e sessenta reais), proporcional à jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais Banheirista que realizam a limpeza de banheiros públicos de uso coletivo ou de grande circulação igual ou superior a 40 (quarenta) pessoas. O pagamento do adicional aqui previsto será pago enquanto perdurar a eficácia da súmula 448 do TST.

Parágrafo 1º. A todos os trabalhadores que exercem as funções de Auxiliar de Serviços Gerais de limpeza predial e merendeira, fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção pagarão adicional de insalubridade e 20% (vinte por cento) sobre a base de cálculo de R\$ 1.060,00 (mil e sessenta reais), proporcional a jornada laborada, exceto os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial já enquadrados no *caput* desta cláusula.

Parágrafo 2º. Entende-se por limpeza predial, a limpeza realizada em escolas, comércios, shopping center, aeroportos, portos, rodoviárias, bancos e imóveis em geral, públicos e privados, tanto na área geral como na área industrial. (ID. 1fd2eae - Pág. 5)

As normas coletivas têm por finalidade complementar o arcabouço jurídico, melhorando as condições dignas e justas de trabalho e salário para a categoria profissional ou grupos de empregados, sendo reconhecidas constitucionalmente por força do inciso XXVI do art. 7º.

De acordo com o princípio da criatividade jurídica da negociação coletiva, os atores coletivos podem, efetivamente, criar norma jurídica, com todas as características que lhes são próprias.

É claro que há limites a serem observados pelos entes sindicais, o que é informado pelo princípio da adequação setorial negociada, que pressupõe a existência de uma harmonização entre as normas coletivas e as normas heterônomas estatais. A esse respeito, ensina Maurício Godinho Delgado:

Pelo *princípio da adequação setorial negociada* as normas autônomas juscoletivas construídas para incidirem sobre certa comunidade econômico-profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterônimo justabalhista desde que respeitados critérios objetivamente fixados. São dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta). (*in* Curso de direito do trabalho. 18. ed. São Paulo: Ltr, 2019, p. 1573).

Não há dúvida que a cláusula décima das Convenções Coletivas acima citadas, que fundamentam o pedido autoral, são válidas: primeiro porque celebradas por entes coletivos presumidamente em situação de equivalência; segundo porque asseguram à categoria dos trabalhadores um padrão de direito superior ao padrão geral, enquadrando-se no primeiro critério autorizativo acima transcrito.

Logo, considerando que a norma coletiva traz melhoria da condição social dos substituídos, nos termos do *caput* do art. 7º, da Constituição Federal, não há falar em nulidade.

Também não há contrariedade aos dispositivos constitucionais invocados. Claramente, a norma coletiva não contraria os incisos XXII e XXIII do art. 7º, já que ela amplia o rol de direitos dos trabalhadores, assegurando-lhe compensação pelo trabalho que foi presumido insalubre pelos atores coletivos. Ademais, entender que a norma coletiva viola o disposto no art. 22 da Constituição Federal seria o mesmo que negar validade a toda e qualquer convenção e acordo coletivo, que, como já exposto, criam normas jurídicas trabalhistas, com todas as características que lhes são

próprias. Longe de violar preceitos constitucionais, a norma coletiva invocada vai ao encontro do *caput* do art. 7º e de seu inciso XXVI.

Os entes coletivos, com a autonomia que lhes é assegurada pela Constituição Federal, ao negociarem as suas normas de regência conhecendo as condições de trabalho dos empregados da categoria representada, presumiram a exposição aos agentes nocivos, assegurando a todos, indistintamente, o recebimento do adicional de insalubridade.

Por esta razão, não prospera a alegação dos réus de que seria necessária a realização de perícia para apurar, no caso concreto, se os substituídos trabalharam ou trabalham expostos a agentes insalubres. A norma coletiva que se pretendeu benéfica para os trabalhadores assim já reconheceu.

Se as empresas representadas pelo sindicato SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL pretendiam a averiguação da insalubridade por perícia, deveriam ter requerido a sua realização antes da negociação coletiva, sob pena de se violar, inclusive, o princípio da boa-fé objetiva que deve nortear as partes também na negociação coletiva.

A partir do momento em que o sindicato patronal pactuou as normas acima transcritas, reconheceu que os empregados abrangidos trabalhavam expostos a insalubridade. E esse reconhecimento foi feito sem restrição, de modo que não é possível, agora, rediscutir o que já foi posto como norma.

Sendo assim, desnecessária a realização de perícia a que alude o art. 195 da CLT. Nesse sentido, também o parecer da Excelentíssima Procuradora do Trabalho Sueli Teixeira Bessa:

A Constituição Federal trouxe o patamar mínimo a ser observado, e a norma coletiva poderá tratar de qualquer matéria, desde que assegure melhorias/vantagens ao trabalhador.

Logo, ainda que as normas heterônomas exijam a realização de perícia para a constatação da insalubridade, **nada impede que as partes, em comum acordo (como é o caso da norma coletiva) optem pela desnecessidade da prova técnica, presumindo a insalubridade naquele caso concreto, havendo nesse caso, a prevalência da norma autônoma.**

Dessa forma, diante da vontade consagrada no acordo coletivo, a qual obriga os integrantes da categoria, tem-se como garantido o direito ao adicional de insalubridade na forma prevista, vez que emanada de fonte autônoma vocacionada a disciplinar as relações no âmbito da categoria. (ID. 768b116 - Pág. 7)

Da mesma forma, o entendimento do TST:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA PRIMEIRA RECLAMADA - INTERPOSTO EM FACE DE ACÓRDÃO PUBLICADO APÓS A VIGÊNCIA LEI Nº 13.467/2017. **ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - PREVISÃO EM NORMA COLETIVA - PERÍCIA - DESNECESSIDADE - AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA.** O processamento do recurso de revista na vigência da Lei nº 13.467/2017 exige que a causa apresente transcendência com relação aos aspectos de natureza econômica, política, social ou jurídica (artigo 896-A da CLT). No caso, não há transcendência política. **Incontroverso nos autos que norma coletiva impõe pagamento de adicional de insalubridade de 20% para Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial de contratos comerciais públicos e privados e 40% para auxiliares ditos "banheiristas".** Dessa forma, tendo sido pactuado por norma coletiva, não há de se falar em realização de perícia técnica para constatação da presença do agente insalubre no exercício de tais funções. O acórdão regional se encontra em harmonia com jurisprudência dessa Corte, entendendo que, no caso excepcional de previsão em norma coletiva de adicional de insalubridade para determinado cargo ou função, **é dispensável a realização de perícia técnica.** Ademais, não se verifica o preenchimento dos requisitos de natureza econômica, social ou jurídica a justificar o conhecimento do apelo. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (...) (RR-483-04.2018.5.17.0001, 7ª Turma, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, DEJT 17/12/2021, destaquei).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA - DESCABIMENTO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. GRAU MÁXIMO. LIMPEZA DE BANHEIROS DE USO COLETIVO DE GRANDE CIRCULAÇÃO. DIREITO AO BENEFÍCIO ESTABELECIDO EM NORMA

COLETIVA. PERÍCIA TÉCNICA. DESNECESSIDADE. O TRT consignou que a norma coletiva impõe o pagamento do adicional de insalubridade, em grau máximo, aos trabalhadores que laboram na função de auxiliares de serviços gerais e realizam a limpeza de banheiros de grande circulação, como é o caso da autora. **Sendo o benefício devido em razão de norma coletiva (arts. 7º, XXVI, da CF /88 e 611 da CLT), não há que se falar em impossibilidade de seu reconhecimento por ausência de perícia técnica, nos moldes do art. 195, § 2º, da CLT.** Agravo de instrumento conhecido e desprovido" (AIRR-1164-75.2017.5.17.0011, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 12/02/2021, destaquei).

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - AUSÊNCIA DE PERÍCIA - PREVISÃO DE PAGAMENTO EM NORMA COLETIVA **A exigência de perícia, de que trata o art. 195 da CLT, pode ser mitigada nos casos em que há norma coletiva concedendo o adicional aos empregados que exercem determinada função. Julgados.** Agravo de Instrumento a que se nega provimento. II - RECURSO DE REVISTA DO SEGUNDO RECLAMADO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - CULPA IN VIGILANDO CARACTERIZADA O acórdão regional está em harmonia com a Súmula nº 331, V, do TST, pois a responsabilização subsidiária do ente público decorreu do reconhecimento de conduta culposa na fiscalização do cumprimento do contrato. Recurso de Revista não conhecido. (ARR-1753-41.2015.5.17.0010, 8ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 11 /05/2018, destaquei).

Como a cláusula coletiva invocada assegura, indistintamente e de forma automática, o pagamento do adicional de insalubridade a todos os auxiliares de serviços gerais e a primeira ré confessa o desrespeito à referida norma, o pedido autoral procede.

Defiro, parcialmente, o pedido de alínea a do rol da inicial para condenar a primeira ré a pagar aos substituídos o adicional de insalubridade de 20%, parcelas vencidas desde o início do contrato e vincendas.

Defiro também o pedido de alínea *b* para condenar a primeira ré a pagar reflexos sobre férias acrescidas do terço constitucional, décimos terceiros salários, FGTS, aviso prévio (no caso de dispensa sem justa causa) e multa fundiária (no caso de dispensa sem justa causa).

A base de cálculo é a prevista nas CCTs, respeitados os períodos de vigência de cada uma.

Não há parcelas a serem deduzidas.

A responsabilidade subsidiária do segundo réu será analisada no capítulo posterior.

O requerimento da primeira ré para que, em caso de condenação, seja determinado o reajuste do contrato celebrado com o segundo réu, a fim de ser mantido o equilíbrio econômico, ultrapassa a competência desta Justiça Especializada.

Por fim, para evitar a oposição desnecessária de embargos de declaração, registro que a decisão proferida pela Justiça Comum Estadual na ação n. 0039221-60.2016.8.08.0024, não diz respeito à relação existente entre a primeira ré e os seus empregados, de modo que não é oponível a eles, considerando os limites da competência material daquele Juízo.

2.2. RESPONSABILIDADE DO SEGUNDO RÉU

O sindicato autor pugna pela responsabilização subsidiária do segundo réu.

O segundo réu pugna pela improcedência do pedido defendendo a licitude da terceirização e inaplicabilidade da Súmula n. 331 do TST.

Passo a analisar.

É incontroverso que os réus celebraram contrato para “prestação de serviços de limpeza, conservação e manutenção predial”, que foi anexado sob o ID. a2f306c e ID. 2a9dc94.

A terceirização, fenômeno no qual a empresa de prestação de serviço coloca-se como intermediária entre o trabalhador e a empresa que utiliza de sua mão-de-obra, era admitida em nosso ordenamento jurídico apenas em quatro situações, claramente discriminadas na Súmula n. 331 do TST, quais sejam: trabalho

temporário (Lei n. 6019/74); serviços de vigilância (Lei n. 7102/83); atividade de conservação e limpeza e atividade-meio do tomador.

Contudo, *data venia*, na contramão da proteção das relações trabalhistas e dos trabalhadores, o STF, na sessão plenária de 30/8/2018, ao julgar a ADPF n. 324 e o RE n. 958252, concluiu que “é lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, seja meio ou fim” (Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388429>. Acesso em: 12/9/2018). Ao apreciar o tema n. 725 da repercussão geral no recurso extraordinário, a Suprema Corte fixou a seguinte tese:

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.

Portanto, atualmente, admite-se como lícita, inclusive, a terceirização em atividade-fim.

O fato de se ter ampliado o rol de atividades passíveis de terceirização, não exime a responsabilidade do tomador de serviço, de modo que permanece aplicável o item IV da Súmula n. 331 do TST, que prevê, como forma de ampliar as garantias de solvabilidade dos créditos trabalhistas, a responsabilidade subsidiária do tomador do serviço.

A empresa tomadora não pode se escusar a responder pela eventual inadimplência da intermediadora, já que ao escolher forma de pactuação excepcional em contraposição à contratação ordinária (bilateral), assumiu o risco de contratar empresa inidônea.

Especificamente em relação ao ente público tomador de serviço, dispõe o item V da Súmula n. 331:

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 nº 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.

O transcrito enunciado está de acordo com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, que declarou a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/93 sem afastar a possibilidade de responsabilização do ente público nos casos em que ficar provado o não cumprimento do seu dever de fiscalizar as obrigações do contrato.

Nesse sentido, transcrevo trecho do Informativo de Jurisprudência n. 610 do STF, de 22 a 26.11.2010, acerca do julgamento da citada ADC:

Quanto ao mérito, entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se **que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade.** (trecho do Informativo de Jurisprudência n. 610 do STF, obtido no sítio www.stf.jus.br em 08.02.2011)

Também o item II da Súmula regional n. 21:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO
TOMADOR DE SERVIÇOS.

I - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas objeto da condenação referentes ao período da prestação laboral, inclusive as multas dos artigos 467 e 477, §8º, da CLT.

II - A declaração, pelo STF, de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 não obsta que seja reconhecida a responsabilidade de ente público, quando

esse último não comprovar a efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações legais e contratuais do prestador de serviços como empregador.

Logo, quando demonstrada a culpa *in vigilando* da Administração Pública no cumprimento do disposto nos arts. 58, inciso III, e 67 da Lei de Licitação, que exige a fiscalização do contrato, inclusive no que se refere ao cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias, impõe-se reconhecer a sua responsabilização.

No caso dos autos, está claro que o pagamento do adicional de insalubridade não foi efetivado porque o Estado, mesmo sabendo do direito dos empregados terceirizados, não incluiu no preço da licitação o valor necessário para o pagamento.

O Estado não apenas deixou de cumprir com o seu dever de fiscalização, omitindo-se quanto a inadimplência da prestadora de serviços, mas atuou diretamente, para que a empregadora não observasse a norma inserta na cláusula 10ª, §1º, da CCT.

O segundo réu tinha o dever legal e contratual (item 10.1, alínea *i*, do contrato de ID. a2f306c) de exigir da prestadora de serviços o cumprimento de todos os encargos trabalhistas, mas achou por bem “selecionar” as obrigações que seriam cumpridas, o que não se admite. Como bem destacou a Excelentíssima Procuradora do Trabalho Sueli Teixeira Bessa, não cabe ao tomador de serviços escolher quais parcelas salariais deseja quitar. Vejamos:

A administração pública estadual não ocupa a posição de contratante direta dos serviços, mas de tomadora dos serviços, e não pode escolher quais parcelas salariais deseja pagar. Se existe parcela salarial prevista em norma (heterônoma ou autônoma), ela deve ser quitada, sob pena de enriquecimento ilícito.

Se o Estado do Espírito Santo não pretende pagar adicional de insalubridade aos Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial, deverá realizar a contratação direta, mediante concurso público, e assim garantir a total gerência quanto às parcelas devidas e afastamento das normas coletivas aplicadas aos contratos de trabalho regidos pela CLT.

Mas se opta pela terceirização, não lhe compete escolher os direitos trabalhistas incidentes. É dever observar os direitos garantidos também nas normas coletivas (regras jurídicas heterônomas).

Repise-se, o Estado do Espírito Santo não é empregador, e sim tomador dos serviços, e com isso é responsável subsidiário por todas parcelas devidas em decorrência dos contratos de trabalho, não lhe sendo facultado escolher quais parcelas pretende quitar.

Como salientado no tópico anterior, o reconhecimento da convenção coletiva aplicável não é facultativo; a norma coletiva é lei entre as partes, e ocupa o topo da pirâmide hierárquica por contemplar norma mais favorável. (ID. 768b116 - Pág. 10)

Nem se argumente que a conduta do segundo réu estava respaldada na decisão proferida pela Justiça Comum Estadual na ação n. 0039221-60.2016.8.08.0024. Nesta ação, o sindicato pretendia obrigar o Estado a incluir o adicional de insalubridade em seus editais de licitação pública, o que foi julgado improcedente. Mas a decisão, como já exposto, não diz respeito à relação existente entre a primeira ré e os seus empregados, permanecendo incólume a obrigatoriedade da prestadora de serviços de pagar o adicional de insalubridade previsto na norma coletiva.

Além disso, ressalto que o deferimento do pedido de responsabilidade subsidiária não viola o princípio da legalidade, como tenta fazer crer o segundo réu em sua contestação no tópico *"Princípio da legalidade - Necessidade de Laudo Técnico para constatação da insalubridade - LTCAT afere salubridade do meio ambiente de trabalho"*. Isso porque a obrigatoriedade de pagamento do adicional de insalubridade é, precipuamente, do empregador. No entanto, como tomador de serviços, era sua obrigação exigir a observância por parte da prestadora de todos os direitos trabalhistas dos empregados terceirizados, o que não fez, a atrair a sua responsabilidade subsidiária.

Não há falar em limitação temporal da responsabilidade do Estado, pois os substituídos nesta ação são os empregados da primeira ré que exercem

ou exerceram a função de auxiliares de serviços gerais nas dependências da CASA DA MÚSICA SÔNIA CABRAL, na vigência do contrato de prestação de serviços celebrados pelos réus.

Nos termos do item VI da Súmula n. 331 do TST, “a *responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral*”, o que abrange, inclusive, as parcelas de natureza indenizatória e as multas celetistas.

Não tem lugar também o benefício de ordem. Isso porque, a desconsideração da personalidade jurídica da devedora principal somente é possível após o esgotamento das tentativas de se executar aqueles que foram parte na demanda. Inteligência da Súmula n. 4 deste TRT:

EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ORDEM DOS ATOS EXECUTÓRIOS. A responsabilidade patrimonial do devedor subsidiário na execução precede a dos sócios do devedor principal, salvo manifestação do credor em sentido contrário. A desconsideração da personalidade jurídica do devedor principal se faz em caráter excepcional, sendo possível após frustradas as medidas executórias contra os devedores expressos no título executivo.

Declara-se, pois, a responsabilidade subsidiária do segundo réu pelo pagamento de todas as parcelas deferidas neste *decisum*.

Defiro o pedido de alínea e do rol da inicial.

2.3. RESPONSABILIDADE IMPOSTO DE RENDA e INSS

De acordo com o provimento n. 01/96 da CGJT, cabe ao empregador calcular, deduzir e recolher ao tesouro nacional as importâncias pagas por força de liquidação de sentença trabalhista, sendo certo que, na forma do artigo 46, par. 1º, I,II, II da Lei n. 8541/91, o imposto incide sobre os rendimentos pagos em execução no momento em que este valor se tornar disponível ao empregado, cujo cálculo deverá observar o comando constante na instrução normativa RFB n. 1.500, de 29/10/2014, que estabelece a adoção de tabela progressiva para este pagamento.

Cumpra também ao empregador, em razão da natureza salarial das parcelas, efetuar o pagamento dos percentuais a seu cargo, bem como efetuar o desconto relativo ao recolhimento previdenciário, autorizando-se a retenção do percentual a cargo do reclamante (art. 832, §3º e art. 879, §1º-A, da CLT c/c art. 28, §9º, d e x, da Lei n. 8212/91).

2.4. CORREÇÃO MONETÁRIA

Por meio da Arguição de Inconstitucionalidade n. 479-60.2011.5.04.231, o Pleno do TST, usando a mesma *ratio decidendi* das decisões proferidas pelo STF no julgamento das ADIs n.ºs 4.357, 4.372, 4.400 e 4425, declarou a inconstitucionalidade da expressão “equivalentes à TRD”, constante no art. 39 da Lei n. 8.177/91, por entender que ela não assegura a correção da desvalorização da moeda e, portanto, não reflete a recomposição do poder de compra. Em relação ao restante do texto do mencionado artigo, aplicou a técnica de interpretação conforme a Constituição. Além disso, definiu o IPCA-E como fator de atualização monetária dos débitos trabalhistas e modulou os efeitos da decisão.

Contudo, o STF, em 14/10/2015, em decisão liminar na Reclamação n. 22012, suspendeu os efeitos da citada decisão proferida pelo TST na ArgInc n. 479-60.2011.5.04.0231 e determinou a suspensão da tabela única feita pelo CSTJ após a decisão do TST.

Posteriormente, em 20/3/2017, no julgamento de embargos de declaração na ArgInc n. 479-60.2011.5.04.0231, o TST proferiu decisão, com efeitos modificativos, esclarecendo que valeu-se da *ratio decidendi* da decisão do STF nas ADI's acima citadas e declarou, em sede de controle difuso de inconstitucionalidade, que a norma apontada viola a Constituição. Na mesma decisão, o TST alterou a modulação dos efeitos para adotar a data 25/3/2015.

Em 5/12/2017, no julgamento definitivo da Reclamação n. 22012, o STF concluiu que “o conteúdo das decisões que determinam a utilização de índice diverso da TR para atualização monetária dos débitos trabalhistas não possui aderência com o decidido pelo STF nas duas ADIs”, julgando improcedente a reclamação.

Diante da improcedência da Reclamação n. 22012, prevalecia, então, a decisão proferida pelo TST na ArgInc n. 479-60.2011.5.04.0231, complementada pela decisão de embargos de declaração, de modo que a correção monetária dos débitos trabalhistas a partir de 25/3/2015 deveria ser feita pelo IPCA-E.

Já reconhecido pelo TST que a aplicação da TR como índice de atualização dos créditos trabalhistas viola a Constituição Federal (arts. 2º, 5º, *caput* e incisos XXII, XXXVI, além do postulado da proporcionalidade), na medida em que não assegura “a recomposição do poder aquisitivo decorrente da inflação”, por certo, o §7º do art. 879 da CLT, incluído pela Lei n. 13.467/2017, padeceria do mesmo vício.

Vale esclarecer, que as modificações introduzidas pela MP 905, de 11.11.2019, no que concerne aos critérios de aplicação da correção monetária e juros nesta Justiça Especializada, quais sejam, o artigo 28, que altera inúmeros dispositivos da CLT, dentre eles, introduz o § 7º ao artigo 879 e modifica o artigo 883; e o artigo 47 que altera o artigo 39 da Lei 8.177/91, não modificam uma vírgula da conclusão a que cheguei, eis que a Medida Provisória padece de vício de inconstitucionalidade formal, já que ausente urgência que a justifique. Na verdade, o próprio governo admite que se trata de um aprofundamento da Lei 13.467/2017 (reforma trabalhista), o que demandaria a atuação do parlamento para edição de uma nova Lei. As inconstitucionalidades não param por aí, eis que a redução do indexador de correção dos débitos trabalhistas, a par de atentar contra a dignidade do trabalhador ao reduzir verba de natureza alimentícia, permite o enriquecimento sem causa do devedor. Aspectos estes, aliás, sobejamente já analisados pelos tribunais superiores.

Entretanto, na contramão da consecução dos direitos humanos fundamentais, ignorando que o Brasil detém brutal concentração de renda, uma desigualdade social abissal, é considerado o nono País mais injusto do mundo, com taxa desemprego explodindo (dados do IBGE de outubro de 2020 aponta taxa de desemprego de 14,4%) e carga tributária regressiva em que os assalariados e os que estão fora do mercado de trabalho pagam proporcionalmente muito mais impostos; o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, ignorou a promessa de redução da desigualdade social (inciso III, 3º) e de valorização das funções sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV do art. 1º), preferindo fomentar os mecanismos de acumulação patrimonial e valorização do capital financeiro.

Com efeito, no dia 18 de dezembro de 2020, o plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADCs 58 e 59 e das ADIs 5.867 e 6.021 decidiu, por maioria, manter a declaração de inconstitucionalidade da Taxa Referencial (TR), porém, julgou parcialmente procedentes as ações conferindo interpretação conforme à Constituição ao art. 879, § 7º, e ao art. 899, § 4º, da CLT, na redação dada pela Lei 13.467 de 2017, no sentido de considerar a SELIC (art. 406 do Código Civil) como fator de correção adequado, até que sobrevenha nova solução legislativa, respeitadas as situações já consolidadas pelo trânsito em julgado. Em suma, IPCA na fase pré-judicial e Selic a partir da citação.

Eis o inteiro teor da conclusão do voto:

O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 879, § 7º, e ao art. 899, § 4º, da CLT, na redação dada pela Lei 13.467 de 2017, no sentido de considerar que à atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial e à correção dos depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho deverão ser aplicados, até que sobrevenha solução legislativa, os mesmos índices de correção monetária e de juros que vigentes para as condenações cíveis em geral, quais sejam a incidência do IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir da citação, a incidência da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil), nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Por fim, por maioria, modulou os efeitos da decisão, ao entendimento de que (i) são reputados válidos e não ensejarão qualquer rediscussão (na ação em curso ou em nova demanda, incluindo ação rescisória) todos os pagamentos realizados utilizando a TR (IPCA-E ou qualquer outro índice), no tempo e modo oportunos (de forma extrajudicial ou judicial, inclusive depósitos judiciais) e os juros de mora de 1% ao mês, assim como devem ser mantidas e executadas as sentenças transitadas em julgado que expressamente adotaram, na sua fundamentação ou no dispositivo, a TR (ou o IPCA-E) e os juros de mora de 1% ao mês; (ii) os processos em curso que estejam sobrestados na fase de conhecimento (independentemente de estarem com ou sem sentença, inclusive na fase recursal) devem ter aplicação, de forma retroativa, da taxa Selic (juros e correção monetária), sob pena de alegação futura de inexigibilidade de título judicial fundado em interpretação contrária ao posicionamento do STF (art. 525, §§ 12 e 14, ou art. 535, §§ 5º e 7º, do CPC) e (iii) igualmente, ao acórdão formalizado pelo Supremo sobre a questão dever-se-á aplicar eficácia erga omnes e efeito vinculante, no sentido de atingir aqueles feitos já transitados em julgado desde que sem qualquer manifestação expressa quanto aos índices de correção monetária e taxa de juros (omissão expressa ou simples consideração de seguir os critérios legais), vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio, que não modulavam os efeitos da decisão. Impedido o Ministro Luiz Fux (Presidente). Presidiu o julgamento a Ministra Rosa Weber

(Vice-Presidente). Plenário, 18.12.2020 ((Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Vale lembrar que a Selic não é fator de correção monetária adequado, já que “[...] *refere-se à taxa de juros apurada nas operações de empréstimos de um dia entre as instituições financeiras que utilizam títulos públicos federais como garantia [...]*”, conforme se extrai da página oficial do Banco Central do Brasil. Atualmente o índice de referência que mede a inflação e, portanto, a perda relativa à capacidade de compra é o IPCA-E (Índice de Preços ao Consumidor Amplo). Ou seja, perde dinheiro o trabalhador que não tem o seu crédito corrigido pelo único índice capaz de recompor a inflação.

Além de não recompor o valor real da moeda, a decisão afastou a incidência dos juros de mora à base de 12% a.a, aliás, os juros de mora nem faziam parte da discussão, posto que, como se sabe, correção monetária e juros de mora tem funções completamente distintas. Neste cenário, crédito trabalhista passou de IPCA + juros (1%) ou TR + juros (1%) para IPCA na fase pré-judicial e Selic a partir da citação, se constituindo hoje o mais barato do mercado, em que pese seu caráter alimentar.

Embora discorde da Decisão do STF, por todos os motivos até aqui expostos, o fato é que a decisão proferida em análise de Ação Direta de Constitucionalidade e Ação Direta de Inconstitucionalidade, tem eficácia “*erga omnes*” e a ela tenho que me curvar de modo que determino a **aplicação do IPCA-E até a data da citação e, a partir de então, a taxa Selic (I)**.

Porém, considerando o disposto no art. 406 do Código Civil: “*Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.*”, norma inclusive citada na decisão do Supremo Tribunal Federal, a qual deve ser interpretada à luz do disposto no art. 161, §1º, do CTN, que estabelece juros de 1% ao mês e, ainda, o contido no art. 404, parágrafo único, também do Código Civil: “*Provado que os juros de mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar*”, todos de aplicação subsidiária, na forma autorizada pelo art. 8º, §1º, da CLT, **caso se demonstre, em sede de liquidação de sentença, que a correção pela Selic, ficou inferior à atualização do IPCA-e + 1% (juros mínimos para qualquer dívida), a fim de assegurar a restituição integral ao credor, determino, ex officio, a indenização suplementar até o limite do IPCA-e + 1% do período (II)**.

Considerando, ainda, a natureza alimentar do crédito trabalhista e sua precedência sobre qualquer outro, caso se demonstre a ausência de pagamento do valor devido por mero intuito procrastinatório, **fixo, com fulcro no art. 139, IV, do CPC, de aplicação subsidiária no processo do trabalho (art. 769 da CLT), a multa cominatória de 2% (dois por cento) ao mês, incidente sobre o crédito remanescente a partir do decurso do prazo previsto no art. 880 da CLT (III).**

2.5. JUSTIÇA GRATUITA

Aplico o princípio da gratuidade do direito processual coletivo (art. 87 do CDC c/c com os art. 17 e 18 da Lei n. 7.347/85) para deferir a gratuidade da justiça ao sindicato autor, isentando-o do pagamento de custas e demais despesas processuais.

Defiro o pedido de alínea c do rol da inicial.

2.6. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Condeno os réus ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, fixados em 15% sobre o valor arbitrado à condenação, considerando que não é possível a sua fixação com base no proveito econômico, que será apurado em ações de liquidação.

Defiro, nesses termos, o pedido de alínea f do rol da inicial.

2.7. PARÂMETROS PARA LIQUIDAÇÃO

São substituídos e, portanto, beneficiários desta sentença coletiva todos os empregados da primeira ré que exercem ou exerceram a função de auxiliar de serviços gerais, realizando atividades de limpeza predial e conservação, nas dependências da CASA DA MÚSICA SÔNIA CABRAL, em razão do contrato de prestação de serviços celebrado com o segundo réu.

A identificação dos substituídos e a individualização dos créditos seguirá o rito previsto para a liquidação das sentenças genéricas proferidas nas ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos.

Desta forma, os substituídos deverão ajuizar ações de liquidação e execução individuais, **sob a classe processual “cumprimento de sentença – 156”, com referência obrigatória ao processo coletivo de origem, mas sem prevenção, ou seja, com livre distribuição**, conforme decidido nos autos do processo TST-ConsAdm-1000171-51.2019.5.00.0000 e na forma da Súmula regional n. 13.

Ou o substituto processual poderá optar pela **execução coletiva da sentença, que deverá ser processada nos mesmos autos desta ação de conhecimento, sendo a competência do Juízo fixada pelo inciso II do §2º do art. 98 do CDC.**

Ressalto, contudo, que nas execuções coletivas trabalhistas os beneficiários serão sempre os trabalhadores, de modo que também nela há a individualização do crédito.

Considerando que a execução de créditos de dezenas de trabalhadores em uma única ação pode inviabilizar ou, no mínimo, dificultar e retardar o próprio cumprimento da sentença e visando assegurar maior celeridade nessa fase processual, havendo número expresivo de trabalhadores beneficiados por esta sentença, determino, desde já, que eventual execução coletiva seja desmembrada a fim de que o substituto processual observe o limite de 10 (dez) trabalhadores substituídos. Aplico, analogicamente, o disposto no §1º do art. 113 do CPC.

Sendo assim, nesses casos, o substituto processual poderá executar, coletivamente, nos mesmos autos desta ação cognitiva, os créditos de até 10 (dez) trabalhadores, sendo os dos demais objetos de execuções coletivas autônomas, observando o mesmo limite de trabalhadores, que deverão ser distribuídas por dependência a esta Vara, conforme inciso II do §2º do art. 98 do CDC.

DISPOSITIVO

ISTO POSTO, esta DÉCIMA TERCEIRA Vara do Trabalho de VITÓRIA rejeita as preliminares e julga PROCEDENTES EM PARTE os pedidos formulados pelo SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPIRITO SANTO – SINDILIMPE ES para condenar TTM SERVIÇOS COMBINADOS DE ESCRITÓRIO E APOIO ADMINISTRATIVOS LTDA. e, subsidiariamente, ESTADO DE ESPÍRITO SANTO, a pagar aos substituídos, obedecidos os parâmetros fixados na fundamentação acima, as seguintes parcelas:

1. adicional de insalubridade de 20%, parcelas vencidas desde o início do contrato e vincendas, conforme §1º da cláusula 10ª da CCT 2020;
2. reflexos do adicional de insalubridade sobre férias acrescidas do terço constitucional, décimos terceiros salários, FGTS, aviso prévio (no caso de dispensa sem justa causa) e multa fundiária (no caso de dispensa sem justa causa).

O *cui debeat* (a quem é devido) e o *quantum debeat* (quanto é devido) deverão ser apurados em liquidações e execuções individuais, ajuizadas pelos substituídos, e/ou em liquidação e execução coletiva, ajuizada pelo sindicato na qualidade de substituto processual.

As liquidações e execuções individuais desta sentença genérica deverão ser ajuizadas no PJE sob a classe processual “cumprimento de sentença - 156”, com referência obrigatória ao processo coletivo de origem, mas sem prevenção, ou seja, com livre distribuição, conforme decidido nos autos do processo TST-ConsAdm-1000171-51.2019.5.00.0000 e na forma da Súmula regional n. 13.

Caso o substituto processual opte pela liquidação e execução coletiva, ela deverá ser processada nos mesmos autos desta ação de conhecimento (inteligência do inciso II do §2º do art. 98 do CDC). Contudo, havendo número expressivo de trabalhadores beneficiados, determino, desde já, que eventual execução coletiva seja desmembrada, observando-se o limite de 10 (dez) trabalhadores substituídos por ação e a competência deste Juízo.

Honorários advocatícios para os advogados do sindicato autor fixado em 15% sobre o valor atribuído à causa.

Custas, pelas rés, no valor de R\$ 900,00 (novecentos reais), calculadas sobre o valor de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), atribuído à causa.

INTIMEM-SE as partes.

VITORIA/ES, 29 de março de 2022.

GERMANA DE MORELO
Juíza do Trabalho Substituta



Assinado eletronicamente por: GERMANA DE MORELO - Juntado em: 29/03/2022 17:31:52 - c6c6b21
<https://pje.trt17.jus.br/pjekz/validacao/22032722412484000000025935143?instancia=1>
Número do processo: 0000610-95.2021.5.17.0013
Número do documento: 22032722412484000000025935143



PROCESSO nº 0000526-18.2021.5.17.0006 ROT

RECORRENTE: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES, ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

RECORRIDO: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES, NOVO HORIZONTE CONSERVADORA LTDA - EPP, ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ORIGEM: 12ª VARA DO TRABALHO DE VITÓRIA

RELATOR: DESEMBARGADOR VALÉRIO SOARES HERINGER

COMPETÊNCIA: 3ª TURMA

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO DO SEGUNDO RÉU. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DE ENTE PÚBLICO EM CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. A partir da decisão proferida pelo STF na ADC nº 16 e considerando o item V da Súmula 331 do TST, a responsabilização subsidiária da Administração Pública em casos de terceirização de mão de obra passou a exigir uma investigação ainda mais rigorosa a respeito da inocorrência ou inadequação dos procedimentos de controle e fiscalização contratual pelo ente administrativo, competindo ao tomador de serviços comprovar, no processo judicial trabalhista em que se discute a sua responsabilidade, a efetividade das medidas de conformidade, controle e fiscalização da idoneidade financeira da contratada no que concerne às relações de trabalho vinculadas ao contrato de terceirização, pois é o beneficiário direto dos serviços prestados, sob pena de ser responsabilizado subsidiariamente pelos danos causados aos trabalhadores, por ocorrência de culpa *in vigilando* e de culpa *in eligendo*, nos termos dos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil. Recurso Ordinário improvido.

1. RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário interposto ação de cumprimento pelo segundo réu Estado do Espírito Santo e de recurso ordinário adesivo interposto pelo reclamante em face da sentença de Id f4d6a07, complementada pelas decisões de embargos declaratórios de Id be56bb4 e 8ee039, prolatadas pela Exma. Juíza Andrea Carla Zani, que rejeitou as preliminares de inépcia da inicial, ilegitimidade passiva e impugnação ao valor da causa, pronunciou a prescrição dos contratos encerrados até 30/06/2019, rejeitou o pedido autoral de gratuidade da justiça e julgou parcialmente procedentes os pedidos para condenar os réus - o segundo subsidiariamente - a pagar aos substituídos o adicional de insalubridade no percentual de 20% sobre o salário mínimo, com reflexos em 13º salários, férias com acréscimo de 1/3 e FGTS, bem como honorários advocatícios no percentual de 15% sobre o valor da condenação.

Recurso ordinário do Estado do Espírito Santo no Id ff7442a, requerendo a reforma da sentença quanto às seguintes matérias: a) responsabilidade subsidiária, b) adicional de insalubridade, c) honorários advocatícios e d) juros de mora.

Contrarrazões do reclamante no Id. 0d401f3, do segundo réu no Id. 894dc48 e da primeira reclamada no Id e7bed7e.

Verificando-se a presença de ente público no polo passivo desta reclamação trabalhista, foi determinada a intimação do Ministério Público do Trabalho, que se manifestou por meio do parecer de Id. 39aa177, da lavra do Exmo. Procurador do Trabalho Dr. Antônio Marcos Fonseca de Souza, oficiando pelo parcial provimento ao apelo do ente sindical para concessão do benefício da justiça gratuita e pelo improvimento do apelo do segundo réu.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. CONHECIMENTO

Conheço do recurso ordinário interposto pelo segundo réu e do recurso ordinário adesivo interposto pelo reclamante, uma vez presentes os pressupostos legais de admissibilidade recursal.

2.2. MÉRITO DO RECURSO ORDINÁRIO DO SEGUNDO RÉU

2.2.1. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

O autor sustenta na inicial desta ação de cumprimento que os substituídos foram contratados pela primeira reclamada Novo Horizonte Conservadora Ltda para exercerem a função de auxiliar de serviços gerais em favor do segundo réu. Alega que embora a convenção coletiva da categoria preveja o pagamento de adicional de insalubridade no percentual de 20%, a verba trabalhista não era adimplida pela empresa. Em razão disso, pleiteou o pagamento da obrigação e a responsabilização subsidiária do tomador dos serviços, nos termos da jurisprudência nacional.

Em sua contestação a primeira reclamada sustentou a ilegalidade da cláusula convencional que estipula o pagamento do adicional de insalubridade de 20% em razão da ausência de reconhecimento técnico quanto à exposição dos trabalhadores a agentes insalubres, acrescentando que participou de regular certame licitatório para terceirização de serviços de limpeza, não constando do respectivo edital o prévio reconhecimento da insalubridade.

O segundo réu, por sua vez, afirma que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da lide uma vez que não participou e nem ratificou as condições econômicas e sociais estabelecidas na convenção coletiva de Trabalho. Também defendeu a ilegalidade da cláusula que instituiu o adicional de insalubridade sem aferição pericial dos agentes nocivos à saúde, argumentando que as normas referentes às atividades insalubres são normas de indisponibilidade absoluta, não sendo passíveis de transação.

Destacou que *"o Ente Público, adstrito ao Princípio da Legalidade, só pode fazer constar em Contratos Administrativos e pagar o aludido adicional de insalubridade, segundo os preceitos compulsórios insculpidos no artigo 195 da CLT e NR 15, Anexos I a XIV (Portaria nº 3.214/78). Em virtude disso, a hipótese trazida à baila não pode ser considerada taxativa, conforme consta da CCT, tendo em vista que a insalubridade somente pode ser mensurada através da análise do próprio dia a dia do desempenho das atribuições da função exercida pelo trabalhador."*

Afirmou ainda que *"o Sindicato Patronal (SEACES) ingressou em Juízo pleiteando que o Estado fosse compelido a incluir em seus Editais de Licitação a previsão de pagamento de adicional de insalubridade de 20% para todos os Auxiliares de Serviços Gerais, simplesmente com base no Parágrafo Primeiro da Cláusula Décima da CCT firmada entre o SEACES e o SINDILIMPE"*, o que foi julgado improcedente pelo juízo de primeiro grau estadual e confirmado pelo Tribunal de Justiça.

Por fim, argumentou que deve ser rejeitado pedido de condenação subsidiária por não demonstrada a sua culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.

A vara de origem julgou parcialmente procedente o pedido, nos seguintes termos:

"A reclamada alega que no contrato firmado com a reclamada não prevê o pagamento do adicional de insalubridade.

Afirma que como não constou no Edital o reconhecimento da insalubridade em seu ambiente de atuação pela tomadora de serviço pública, não há como a empresa terceirizada, promover tal pagamento por mera presunção pela Acionada.

Sustenta que os serviços executados não pressupõem a insalubridade, em grau médio, ainda que presente tal direito, em texto de Convenção da Categoria.

O fato de não ter constado no Edital o reconhecimento de insalubridade do ambiente de trabalho não invalida o pagamento, eis que o empregado não pode ser apenado, pois é da reclamada o ônus do negócio.

Destaca-se, também que a convenção coletiva faz lei entre as partes.

Pelo exposto, procede o pedido de pagamento do adicional de insalubridade no percentual de 20% (vinte por cento) para todos os substituídos que exercem/exerceram a função auxiliares de serviços gerais SECRETARIA SEGURANÇA PUBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO e, demais imóveis subordinados à referida Secretaria, nos termos da Cláusula 10ª, §1º, da CCT, desde o início do contrato de trabalho, em parcelas vencidas e vincendas, independente de comprovação por laudo pericial. Devendo ser observado o período não prescrito.

Em razões recursais, o ente público reitera a alegação de ilegalidade da determinação contida nas convenções coletivas de trabalho da categoria, que estipula o pagamento do adicional de insalubridade aos substituídos no percentual de 20%.

Passo a analisar a pretensão.

Assim estabelece a cláusula décima, §1º, da CCT de 2016 (cláusula também prevista nas CCT de 2017, 2018, 2019, 2020 e 2021, conforme Id. d86b06b e seguintes):

Fica convencionado que as empresas abrangidas por este Aditivo à Convenção Coletiva de Trabalho 2015/2016, a partir do dia 01 de Janeiro de 2016, procederão ao pagamento do adicional de insalubridade, em grau máximo, ou seja, no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre o piso da categoria R\$ 973,41 (Novecentos e Setenta e Três Reais e Quarenta e Um Centavos), respeitando a jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial que realizam a limpeza de banheiros públicos de uso coletivo ou de grande circulação igual ou superior a 40 (quarenta) pessoas. O pagamento do adicional aqui previsto será pago enquanto perdurar a eficácia da súmula 448 do TST.

Parágrafo 1º - Especificamente na questão de efeitos pretéritos em contratos comerciais de prestação de serviços não mais existentes, bem como nos contratos ativos, como contrapartida haverá indenização pecuniária através do pagamento do adicional de insalubridade pelo percentual de 20% (vinte por cento), a todos os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial de contratos comerciais públicos e privados, sendo pago da seguinte maneira: fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção, a partir do dia 01 de Janeiro de 2016, procederão ao pagamento do adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre o piso da categoria R\$ 973,41 (Novecentos e Setenta e Três Reais e Quarenta e Um Centavos), respeitando a jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial, exceto os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial já enquadrados no caput desta cláusula.

Conforme preceitua o artigo 189 da CLT, serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham 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. Observo que a prova técnico-pericial é dispensável neste caso, pois o direito dos substituídos ao adicional já está garantido por uma norma convencional coletiva.

Faço remissão ao inciso XXVI do art. 7º da Constituição Federal, segundo o qual é direito dos trabalhadores o reconhecimento das convenções e dos acordos coletivos de trabalho. A primeira reclamada foi representada por seu sindicato econômico nas negociações coletivas que resultaram na convenção coletiva ora questionada. Em regra, as pautas de negociação são comunicadas aos integrantes da categoria econômica que em assembleia-geral deliberam e fixam os limites dentro dos quais o sindicato negociará e firmará os instrumentos normativos. Assim, é flagrantemente intempestiva a tentativa de ré de eximir-se da obrigação que seu mandatário coletivo assumiu em seu nome.

Observo que em princípio não há impossibilidade de uma convenção coletiva de trabalho estipular o pagamento de adicional de insalubridade, uma vez que se trata de instrumento coletivo autocompositivo pactuado livremente entre os sindicatos patronal e profissional. Ademais, como bem registrado pela magistrada sentenciante, o fato de no edital do procedimento licitatório que culminou na contratação da primeira reclamada não constar o reconhecimento do ambiente de trabalho como insalubre não pode ser utilizado pelos réus como fundamento para eximir a empregadora de cumprir o disposto em instrumentos coletivos da categoria. Efetivamente é da reclamada o risco do negócio, bem como a obrigação de conhecer todas as normas aplicáveis em suas operações empresariais. Além disso, sendo o tomador dos serviços um ente político-administrativo, cumpre-lhe zelar pelo respeito às normas legais e convencionais.

Pelo exposto, entendo que deve ser confirmada a sentença que condenou os réus ao pagamento do adicional de insalubridade no percentual de 20%, com os devidos reflexos, conforme previsão da Cláusula 10ª, §1º, das convenções coletivas.

Nego provimento.

2.2.2. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

O juízo de primeiro grau deferiu o pedido de responsabilização subsidiária do segundo réu, com base nos seguintes fundamentos:

"[...] A declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º da Lei nº 8.666/93, em sede de controle difuso, não ofende o princípio da reserva de plenário, não incorre em interpretação conforme a constituição e nem resulta em invasão da competência legislativa exclusiva da união. A responsabilização subsidiária da tomadora de serviços decorre de sua culpa in eligendo e in vigilando, e da exegese da Súmula nº 331, IV do TST c/c o art. 37, § 6º da CF/88.

Ademais, a Suprema Corte entendeu que referida Súmula ainda pode ser aplicada nos casos em que restar caracterizada falta ou falha na fiscalização.

Observa-se que o órgão público contratante não exerceu a

necessária e devida fiscalização no que tange ao respeito e cumprimento das obrigações trabalhistas da prestadora, tanto que resultaram nas violações já julgadas, devendo arcar, ainda que de forma subsidiária, com a responsabilidade sobre os direitos não adimplidos do empregado da prestadora, inclusive em face a confissão aplicada.

Vejamos entendimento recente do C. TST:

...

A responsabilidade subsidiária, consoante pacificado pela

Súmula nº 331, IV, do TST, o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive no tocante aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que haja participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666 de 21/06/93).

Necessário ressaltar que a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, por possuir natureza objetiva, abrange todas as obrigações do empregador judicialmente reconhecidas, inclusive as indenizações e multas resultantes de obrigações de fazer não adimplidas pelo prestador dos serviços, tais como a multa prevista no artigo 477, § 8º e 467, da Consolidação das Leis do Trabalho e as multas convencionais aplicadas.

A responsabilidade subsidiária no presente caso abrange ainda as verbas rescisórias e os danos morais pelo não pagamento dos salários.

Assim julgo procedente o pedido de responsabilidade subsidiária da segunda reclamada, limitado ao tempo de contrato com a 1ª reclamada."

Recorre o segundo réu pedindo a reforma da sentença para que seja afastada sua condenação subsidiária ao pagamento das parcelas deferidas na sentença, reiterando que inexistiu culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando*.

À análise.

No âmbito do Judiciário Trabalhista era pacífico o entendimento de que as pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública direta e indireta deveriam responder subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas inadimplidas por parte dos contratados, conforme dispunha a antiga redação do item IV da Súmula 331 do TST. Assim, bastava o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador para que os entes administrativos fossem responsabilizados subsidiariamente por essas parcelas.

Ocorre que as pessoas jurídicas administrativas reiteradamente questionavam a legalidade do item IV da Súmula 331 do TST, que em seu entendimento contrariava o art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, 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".

Em 11/03/2009, o Pleno do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, ao julgar incidente de inconstitucionalidade nos autos do processo nº 0080900-06.2007.5.17.0008, reconheceu a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, mas dispôs que referido dispositivo legal não desobriga o ente público da responsabilidade pelo pagamento das verbas que vierem a ser reconhecidas, vez que ele simplesmente atribui responsabilidades primárias ao contratado. Com efeito, o TRT concluiu na ocasião que a "referida norma não exclui a responsabilidade, apenas atribui obrigações primárias, não havendo transferência da responsabilidade final pelas obrigações trabalhistas assumidas pelo empregador".

No âmbito deste Regional adotava-se de forma pacífica o entendimento de que, nada obstante a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, os entes de administração pública direta ou indireta responderiam subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pelo contratado.

Em 24/11/2010 o Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido formulado pelo Governador do Distrito Federal na Ação Direta de Constitucionalidade nº 16/DF para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Entendeu o STF naquela ocasião que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado não pudesse configurar essa responsabilidade.

Diante da decisão do STF na citada ADC, o Tribunal Superior do Trabalho alterou a redação da Súmula n. 331, retirando do item IV a referência aos entes da administração pública direta e acrescentando o item V, in verbis:

"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 decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada."

Desse modo, pela nova redação da Súmula 331 do TST, os integrantes da administração pública direta e indireta somente respondem de forma subsidiária pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador quando estiver comprovada sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, principalmente na fiscalização do adimplemento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora (culpa *in vigilando*).

A partir da decisão proferida pelo STF na ADC nº 16 e considerando o item V da Súmula 331 do TST, a responsabilização subsidiária da Administração Pública, nos casos de terceirização de mão de obra, passou a exigir uma investigação ainda mais rigorosa a respeito de falha ou ausência de fiscalização pelo ente público contratante, competindo ao tomador de serviços comprovar a efetiva fiscalização do contrato.

Com efeito, ao decidir pela execução indireta de atividade por meio de contrato administrativo de prestação de serviços ou de empreitada, o ente administrativo assume a obrigação de fiscalizar a idoneidade financeira da contratada, já que é o beneficiário direto dos serviços prestados, sob pena de ser responsabilizado subsidiariamente pelos danos causados aos trabalhadores, por ocorrência de culpa *in vigilando* e de culpa *in eligendo*, nos termos dos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil.

Ressalte-se que foi sumulado no âmbito deste Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região o seguinte entendimento:

SÚMULA Nº 21 DO TRT DA 17ª REGIÃO.

"RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. A declaração, pelo STF, de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 não obsta que seja reconhecida a responsabilidade de ente público, quando esse último não comprovar a efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações legais e contratuais do prestador de serviços como empregador."

Destaque-se que o Pleno do E. STF, nos autos do RE 760931, em julgamento realizado sob a sistemática de repercussão geral e com efeito vinculante, em 30/03/2017, decidiu que a Administração Pública não pode ser responsabilizada automaticamente pelos encargos trabalhistas decorrentes de inadimplência da prestadora de serviço (empresa terceirizada), só cabendo condenação se houver prova inequívoca da conduta omissiva na fiscalização dos contratos.

Em 26/04/2017, foi fixada a seguinte tese para efeito de repercussão geral:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio, fixou a seguinte tese de repercussão geral: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93".

Esse entendimento não é isolado. No julgamento da Reclamação Constitucional nº 28.300, em 27.9.2017, a Excelentíssima Ministra Rosa Weber, ao denegar seguimento à medida, expôs de forma clara que o julgamento da ADC nº 16 não enfrentou a questão do ônus probatório, nem o julgamento do RE nº 760.931.

Cito o seguinte trecho da decisão:

Limitado, outrossim, o julgamento da ADC 16 a obstaculizar a responsabilização subsidiária automática da Administração Pública - como mera decorrência do inadimplemento da prestadora de serviços -, não resultou enfrentada a questão da distribuição do ônus probatório, tampouco estabelecidas balizas para a apreciação da prova ao julgador, a inviabilizar o manejo da reclamação com espeque em alegada afronta à ADC 16 sob tais enfoques, conforme já decidido em várias reclamações: Rcl 14832/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 19.11.2012, Rcl 15194/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 18.3.2013, Rcl 15385/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 15.3.2013.

No ponto, cumpre igualmente assentar que, ao julgamento do RE 760.931, esta Suprema Corte, muito embora tenha debatido aspectos acerca das regras de distribuição do ônus da prova na espécie, culminou por não fixar balizas, respeitada, a meu juízo, a soberania das instâncias ordinárias no exame do acervo fático-probatório, cujo revolvimento é de todo vedado na instância extraordinária, assim como no bojo da reclamação constitucional.

Além disso, no C. TST, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, ao apreciar os embargos interpostos no processo nº 925-07.2016.5.05.0281, em 12.12.2019, decidiu que, no caso de terceirizações realizadas pela Administração Pública, incumbe a ela provar que fiscalizou o cumprimento das obrigações da empresa prestadora de serviços, em respeito ao princípio da "aptidão da prova", e que as decisões do Supremo Tribunal Federal não trataram do ônus de prova.

Continuando os desdobramentos da matéria, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em 11/12/2020, com publicação do acórdão em 17/12/2020, a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada no RE 1298647 (Tema 1118) em que se discute, "à luz dos artigos 5º, II, 37, XXI e § 6º, e 97 da Constituição Federal", a "legitimidade da transferência ao ente público tomador de serviço do ônus de comprovar a ausência de culpa na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas devidas aos trabalhadores terceirizados pela empresa contratada, para fins de definição da responsabilidade subsidiária do Poder Público".

A discussão do Tema 1118 da tabela de repercussão geral permanece em aberto, assim como os debates sobre a questão do ônus da prova relacionados com eventual conduta culposa na fiscalização das obrigações trabalhistas de prestadora de serviços, para efeito de responsabilização subsidiária da Administração Pública, em virtude da tese firmada no RE 760.931.

Quanto a tal aspecto, entende este relator que o encargo probatório, em se tratando de fato modificativo, extintivo ou impeditivo da responsabilização subsidiária, não é do trabalhador, mas do tomador dos serviços (art. 818 da CLT; art. 373, II, do CPC de 2015) pois é deste último a obrigação primária de fiscalizar e documentar essa fiscalização.

Aplica-se, nesse quadrante, o princípio da aptidão para a prova, cabendo à Administração Pública comprovar - documental e exaustivamente - a sua postura diligente, contínua e efetiva de controle e fiscalização dos atributos trabalhistas relacionados com os contratos de prestação de serviços terceirizados executados pela empresa contratada, bem como a imposição de sanções e medidas cautelares de gestão, caso constatadas irregularidades, inclusive a deflagração de novo procedimento licitatório e rescisão do contrato com a prestadora.

No presente caso, os réus juntaram diversos documentos aos autos, (Ids 328402a e seguintes). Esses documentos, no entanto, não se revelam aptos à demonstração do controle tempestivo do adimplemento dos débitos trabalhistas pela empresa contratada.

Conforme reconhecido em sentença, os substituídos têm direito ao pagamento de adicional de insalubridade no percentual de 20% durante todo o contrato de trabalho, direito este previsto em norma coletiva e mesmo assim seu cumprimento não foi observado pelo ente administrativo. Cabe ao Estado, ao elaborar os editais licitatório e contratual, bem como ao elaborar as planilhas de composição de custos que orientarão as propostas, prever todas os fatores que influenciarão no preço final dos serviços. Se por falha administrativa um elemento de despesa tenha sido incluído na planilha pelo tomador, cumpre à empresa contratada instaurar pedido administrativo de recomposição financeira, adequando a situação adversa a que deu causa. É o quanto basta para que se constate que a elaboração, o acompanhamento e a fiscalização e execução do contrato falharam ao ponto de culminar em grave prejuízo para os trabalhadores. A cláusula convencional não foi declarada nula, tanto sob o ponto de vista coletivo quanto sob o ponto de vista de sua aplicação a casos individualmente considerados.

Observo que a matéria relacionada com a pactuação do adicional de insalubridade entre o SINDILIMPE e o SEACES já está pacificada no E. TST, conforme se verifica a seguir:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA PRIMEIRA RECLAMADA - INTERPOSTO EM FACE DE ACÓRDÃO PUBLICADO APÓS A VIGÊNCIA LEI Nº 13.467/2017. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - PREVISÃO EM NORMA COLETIVA - PERÍCIA - DESNECESSIDADE - AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA. O processamento do recurso de revista na vigência da Lei nº 13.467/2017 exige que a causa apresente transcendência com relação aos aspectos de natureza econômica, política, social ou jurídica (artigo 896-A da CLT). No caso, não há transcendência política. **Incontroverso nos autos que norma coletiva impõe pagamento de adicional de insalubridade de 20% para Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial de contratos comerciais públicos e privados e 40% para auxiliares ditos "banheiristas". Dessa forma, tendo sido pactuado por norma coletiva, não há de se falar em realização de perícia técnica para constatação da presença do agente insalubre no exercício de tais funções. O acórdão regional se encontra em harmonia com jurisprudência dessa Corte, entendendo que, no caso excepcional de previsão em norma coletiva de adicional de insalubridade para determinado cargo ou função, é dispensável a realização de perícia técnica.** Ademais, não se verifica o preenchimento dos requisitos de natureza econômica, social ou jurídica a justificar o conhecimento do apelo. Agravo de instrumento a que se nega provimento. MULTA CONVENCIONAL - LIMITE - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA. O entendimento fixado no acórdão regional, que não limita o valor da multa ao da obrigação principal, contraria entendimento dessa Corte sedimentado na Orientação Jurisprudencial nº 54 da SBDI-1 do TST, assim, recomendável prosseguimento do apelo. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA DA PRIMEIRA RECLAMADA - INTERPOSTO EM FACE DE ACÓRDÃO PUBLICADO APÓS A VIGÊNCIA LEI Nº 13.467/2017. MULTA CONVENCIONAL - LIMITE - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA. (violação aos artigos 412 do Código Civil, bem como contrariedade à OJ nº 54 da SDI-1 do TST) O processamento do recurso de revista na vigência da Lei nº 13.467/2017 exige que a causa apresente transcendência com relação aos aspectos de natureza econômica, política, social ou jurídica (artigo 896-A da CLT). Presente a transcendência política. O artigo 412 do Código Civil estabelece que o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal. Esse dispositivo é aplicável às multas fixadas em instrumentos de negociação coletiva, conforme entendimento já sedimentado na Orientação Jurisprudencial nº 54 da SDI-1 desta Corte. Assim, salvo quando o instrumento coletivo expressamente prevê a não utilização da obrigação principal como limitador do valor da multa, este deve ser aplicado. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA DA SEGUNDA RECLAMADA - INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.467/2017. TERCEIRIZAÇÃO - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - CULPA IN VIGILANDO - TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA. (violação aos artigos 5º, II, 22, I, 37, inciso XXI, § 6º, da Constituição Federal, 71, Lei nº. 8.666/93, bem como contrariedade à Súmula nº 331, V, do TST e à OJ nº 191 da SDI-I do TST, além de divergência jurisprudencial) O reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da existência de repercussão geral da questão relacionada à responsabilidade subsidiária do ente público tomador de serviços (Tema 246) se mostra suficiente para o reconhecimento da transcendência política. Neste sentido são os precedentes da 1ª Turma do STF nos autos dos Agravos Regimentais nas Reclamações 40652, 40759 e 40652, cujos acórdãos foram publicados no DJe de 30/09/2020. **No caso, verifica-se que o Tribunal Regional decidiu que a Administração Pública, na qualidade de tomadora dos serviços, é subsidiariamente responsável pela integralidade da dívida trabalhista, porquanto o ente público não cumpriu seu dever de fiscalização, entendendo por caracterizada a culpa in vigilando. Assim, evidenciada a consonância do acórdão regional com a tese veiculada pelo STF no RE 760.931/DF (Tema 246) sobressai inviável o acolhimento da pretensão recursal. Recurso de revista não conhecido"** (RR-483-04.2018.5.17.0001, 7ª Turma, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, DEJT 17/12/2021).

"I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (SEGUNDO RECLAMADO) SOB A ÉGIDE DA LEI 13.467/2017. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE PROVA PERICIAL. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. TRANSCENDÊNCIA NÃO RECONHECIDA. No caso em tela, o Tribunal Regional rejeitou a preliminar de nulidade da sentença por cerceio de defesa, em razão de as próprias partes, conforme registrado na ata de audiência de instrução e julgamento, declararem não ter mais provas a produzir, encerrando-se, assim, a instrução processual. Destarte, concluiu o TRT afigurar-se totalmente extemporânea a referida insurgência em sede de preliminar de mérito, sendo o caso de apreciação meritória do pleito exordial do referido adicional. **Quanto ao mérito, a Corte a quo acrescentou ser desnecessária a realização de perícia, tendo em vista que o parágrafo 1º, da cláusula décima, das convenções coletivas trazidas aos autos, fixa adicional de insalubridade de 20%, a partir de 01/01/2016, a todos os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial de contratos comerciais públicos e privados sobre o piso da categoria de R\$ 973,41, na forma do Termo Aditivo de 2016/2016, e a partir de 01/05/2017, sobre o piso de R\$ 1.031,82, conforme CCT 2017/2018, sendo que, de acordo com o Regional, a documentação anexada aos autos comprova que a autora foi admitida pela primeira reclamada no cargo de Auxiliar de Serviços Gerais e não consta nos autos demonstração de pagamento da parcela. O TRT ressaltou, ainda, não haver dúvida de que a atividade laborativa da reclamante de limpeza das dependências do Centro Estadual de Educação Técnica (CEET) Vasco Coutinho - Vila Velha - enquadra-se na hipótese prevista no parágrafo 1º da cláusula**

10 das referidas avenças coletivas. E mais, consignou que, por meio de uma simples leitura do parágrafo 1º da norma coletiva, percebe-se que o pagamento do adicional de 20% será devido a todos Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial, independentemente da análise se o banheiro higienizado era ou não público ou de grande circulação, sendo, portanto, desnecessária a produção de prova pericial. Por fim, o TRT concluiu: " Constatada, portanto, que a situação dos autos se enquadra na hipótese prevista no Termo Aditivo CCT 2016/2016 e da CCT 2017/2018 supracitada, bem como guarda pertinência com o inciso II da Súmula 448 do TST, aplicável por analogia, por não se tratar de limpeza e recolhimento de lixo apenas em residências e escritórios, mas sim de limpeza em ambientes de grande circulação de pessoal com um público numeroso e diversificado (equiparável a lixo urbano), razão pela qual a atividade se enquadra, sim, na hipótese do Anexo 14 da NR 15 da Portaria 3.214/78 do Ministério do Trabalho ". Conforme se depreende do acórdão recorrido, verifica-se ter a Corte a quo procedido ao escorreito enquadramento jurídico dos fatos apurados. O exame prévio dos critérios de transcendência do recurso de revista revela a inexistência de qualquer deles a possibilitar o exame do apelo no TST. A par disso, irrelevante perquirir a respeito do acerto ou desacerto da decisão agravada, dada a inviabilidade de processamento, por motivo diverso, do apelo anteriormente obstaculizado. Agravado de instrumento não provido. II - RECURSO DE REVISTA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (SEGUNDO RECLAMADO) INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.467/2017 . RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, V, DO TST. CONDUTA CULPOSA. ÔNUS DA PROVA. TRANSCENDÊNCIAS POLÍTICA E JURÍDICA . O recurso de revista contém o debate acerca do reconhecimento da responsabilidade subsidiária da entidade pública, tema objeto de decisão em ação declaratória de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, ADC 16, e da Súmula 331, V, do TST, estando configurada a transcendência política , nos termos do art. 896-A, § 1º, II, da CLT. Ademais, houve mudança de entendimento sobre a questão, mormente após o julgamento dos embargos de declaração opostos no RE 760931 pelo Supremo Tribunal Federal, bem como do E-RR 925-07.2016.5.05.0281, em sessão Plenária realizada pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST, em 12/12/2019, cuja decisão definiu competir à Administração Pública o ônus probatório. Essa circunstância está apta a demonstrar a presença, também, do indicador de transcendência jurídica . Transcendência reconhecida. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, V, DO TST. CONDUTA CULPOSA. ÔNUS DA PROVA. REQUISITOS DO ARTIGO 896, § 1º-A, DA CLT , ATENDIDOS. Controvérsia sobre o ônus da prova, relacionado à culpa in vigilando, exigível para se atribuir responsabilidade subsidiária à Administração Pública, quando terceiriza serviços. Atribuir ao trabalhador terceirizado o ônus de provar que a autoridade gestora de seu contrato não teria sido diligente na fiscalização do cumprimento de obrigações trabalhistas pela empresa terceira corresponde a fazer tábua rasa do princípio consagrado - em favor do consumidor e, por desdobramento, de outras pessoas ou grupos vulneráveis - pelo art. 6º, VIII, da Lei 8.078/90, qual seja, o direito "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências". O princípio da aptidão para a prova resultou inclusive absorvido e ritualizado pelo art. 818, § 1º, da CLT. A prova que recai sobre o trabalhador terceirizado, no tocante a nuances do negócio jurídico que se desenvolve entre as empresas que se beneficiam de seu trabalho (pois é disso que estamos a tratar quando aludimos à fiscalização de uma empresa sobre a conduta de outra empresa), é "prova diabólica", insusceptível de atendimento por diligência do empregado. Noutra ângulo, vê-se que o encargo de fiscalizar o cumprimento do contrato administrativo não deriva de construção doutrinária ou jurisprudencial, sendo, antes, imposição da Lei 8.666/93 (a mesma lei que imuniza o poder público que age sem culpa). Entende-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal reservou à Justiça do Trabalho decidir acerca do ônus da prova, no tocante à fiscalização do cumprimento de obrigações trabalhistas pela empresa que a Administração Pública contrata para a intermediação de serviços, cabendo ao poder público tal encargo. Decisão regional em harmonia com a Súmula 331 do TST. Recurso de revista não conhecido" (RRAg-690-42.2019.5.17.0009, 6ª Turma, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 06/05/2022).

Nesses termos, considero que a pretensão veiculada na inicial guarda estrita sintonia com a cláusula 10ª, § 1º, da Convenção Coletiva de Trabalho celebrada entre o Sindicato das Empresas de Asseio e Conservação no Estado do Espírito e o Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Asseio, Conservação e Limpeza Pública no Estado do Espírito de 2016 , norma reiterada nas convenções de 2017, 2018, 2019, 2020 e 2021 anexadas com a inicial e na de 2022, disponível nos portais digitais dos sindicatos convenientes, destacando-se que no parágrafo terceiro dessas cláusulas há expressa disposição no sentido de que a limpeza predial compreende, para os efeitos da norma coletiva, "*... a limpeza realizada em escolas, comércios, shopping center, aeroportos, portos, rodoviárias, bancos e imóveis em geral, públicos e privados, tanto na área geral como na área industrial.*

Desse modo, correta a sentença que decretou a responsabilidade subsidiária do Estado do Espírito Santo pelos créditos reconhecidos neste processo em favor dos substituídos, sem exclusão alguma, em decorrência de sua culpa contratual, devendo, portanto, ser mantida a decisão recorrida.

Nego provimento.

2.2.3. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

O ente público recorre ainda quanto ao percentual dos honorários advocatícios sucumbenciais fixados, argumentando que deve ser evitada a dupla remuneração do Sindicato, pois os honorários calculados sobre o valor da presente ação serão acumulados com os mesmos valores apurados nas ações autônomas de liquidação.

À análise.

Eis o que estabeleceu a sentença quanto aos honorários advocatícios:

11- HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Na forma literal do artigo 791-A, caput, da CLT defere-se honorários advocatícios sucumbenciais ao sindicato e à reclamada no importe de 15% sobre o valor da condenação dos tópicos em que foram sucumbentes.

Quanto à execução dos créditos deferidos nesta ação, a sentença diz:

9- EXECUÇÃO LIVRE DISTRIBUIÇÃO

Considerando que o resultado real da violação reconhecida em Sentença é diverso para cada substituído, portanto divisível, determino que a liquidação e execução dos créditos dos trabalhadores seja feita por meio de ações autônomas à livre distribuição, conforme Súmula 13 do Egrégio Tribunal.

Entendo que a dúvida do recorrente procede pois o juízo remeteu à execução autônoma os créditos individualizáveis a partir deste ação coletiva, **disposição contra a qual nenhuma das partes recorreu**. Assim, embora a Súmula 13 deste Tribunal não vede a execução nos próprios autos do processo coletivo, na hipótese de serem propostas ações autônomas de execução, os respectivos encargos, custas, emolumentos e honorários advocatícios ou periciais contábeis serão nelas fixados pela autoridade judicial que presidir a execução.

Assim, para os efeitos desta ação coletiva, observados os parâmetros do artigo 791-A, § 2º, da CLT e considerando que a matéria é exclusivamente de direito, a instrução é meramente documental, a jurisprudência está pacificada no que concerne à matéria discutida, arbitro os honorários advocatícios em 10% do valor atualizado da causa.

Além disso, observando-se o teor da fundamentação e da conclusão lançadas no capítulo 2.3.2 deste voto, o sindicato profissional autor deste ação não pagará honorários advocatícios de sucumbência.

Dou provimento parcial ao apelo para condenar os réus - o segundo subsidiariamente - a pagarem aos patronos do autor honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor atualizado atribuído ao presente processo coletivo. Adicionalmente, exclui-se a condenação do sindicato-autor ao pagamento de verba homônima, ante o deferimento do respectivo pedido de gratuidade de justiça.

2.2.4. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

Quanto à atualização monetária, o juízo de primeiro grau assim decidiu:

"I - Incidirão juros legais de 1% ao mês (CLT, art. 883) a partir da distribuição da presente reclamatória.

II - Atualização monetária na forma das tabelas utilizadas pelos

TST, serão efetuados pela aplicação dos índices correspondentes ao do mês subsequente ao da prestação de serviços (Súmula 381 do Eg. TST)"

Nas razões recursais, o Estado réu pede a observância dos juros de mora previsto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97.

Não procede a pretensão do recorrente. Considerando-se que o vínculo de emprego se formou com a primeira reclamada, devedora principal dos créditos trabalhistas deferidos neste processo, não há como estabelecer tratamento distinto daquele aplicado a outros empregadores celetistas sob a justificativa frágil e parcial de que o responsável subsidiário pelo pagamento é um ente público.

Aplico ao caso o entendimento consolidado na OJ n. 382 da SDI-1:

"JUROS DE MORA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494, DE 10.09.1997. INAPLICABILIDADE À FAZENDA PÚBLICA QUANDO CONDENADA SUBSIDIARIAMENTE. A Fazenda Pública, quando condenada subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas devidas pela empregadora principal, não se beneficia da limitação dos juros, prevista no art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 10.09.1997."

No entanto, para fixação dos parâmetros de atualização do crédito trabalhista, deve ser analisado o julgamento conjunto das ADC 58/DF e 59/DF e das ADI 5867 e 6021. Esse respeitável acórdão tem o seguinte teor, com destaques não originais:

"Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação, **para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 879, § 7º, e ao art. 899, § 4º, da CLT, na redação dada pela Lei 13.467 de 2017**, no sentido de considerar que à atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial e à correção dos

depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho **deverão ser aplicados, até que sobrevenha solução legislativa, os mesmos índices de correção monetária e de juros vigentes para as condenações cíveis em geral, quais sejam a incidência do IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir da citação, a incidência da taxa SELIC** (art. 406 do Código Civil), nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

Em decisão de embargos declaratórios o E. STF corrigiu erro material no comando do acórdão acima referido estabelecendo que a taxa SELIC incidiria a partir do ajuizamento da ação e não a partir da citação.

Vê-se que a decisão proferida no voto-conjunto, no que concerne à atualização dos créditos trabalhistas, foi dirigida expressamente aos artigos 879, §7º, e 899, §4º, ambos da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017, a fim de dar-lhes **interpretação conforme à Constituição**. Eis o teor desses dispositivos legais.

Art. 879, § 7º. A atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial será feita pela Taxa Referencial (TR), divulgada pelo Banco Central do Brasil, conforme a Lei no 8.177, de 1º de março de 1991.

Art. 899, § 4º O depósito recursal será feito em conta vinculada ao juízo e corrigido com os mesmos índices da poupança.

Com a decisão proferida pelo STF, conquanto a atualização dos créditos trabalhistas seja ainda regulada pelos artigos 879, § 7º e 899, § 4º da CLT, **a TR deixará de ser aplicada como índice exclusivo de correção monetária**. Assim, a partir do vencimento da obrigação a correção monetária seria feita com base no IPCA-E até o ajuizamento da ação. Dessa data em diante os créditos serão atualizados pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC).

Desse modo, quanto aos juros posteriores ao ajuizamento da ação, embora o artigo 39, § 1º, da Lei 8177/91 não tenha sido revogado ou declarado inconstitucional, sua eficácia foi suprimida pelo julgamento conjunto da ADC 58/DF, pois ao impor a SELIC como fator de atualização - e pelo fato dessa taxa referencial incluir a atualização monetária, a remuneração do capital e a compensação da mora - não se aplicarão, simultânea e cumulativamente, os juros de 1% ao mês referidos na Lei 8.177/91, como determinado na própria ementa do acórdão proferido na ADC 58/DF. Sobre a impossibilidade de cumulação da SELIC com juros de mora, confirmam-se as Reclamações 49508/PR e 52.842/SP do STF.

Todavia, **a redação da ementa** do voto-conjunto na ADC 58/DF, abaixo transcrita, vem causando dúvida no meio trabalhista a partir do momento em que admite a incidência de juros legais antes do ajuizamento da ação indicando a base normativa que daria suporte a essa operação financeira:

Em relação à fase extrajudicial, ou seja, a que antecede o ajuizamento das ações trabalhistas, deverá ser utilizado como indexador o IPCA-E acumulado no período de janeiro a dezembro de 2000. A partir de janeiro de 2001, deverá ser utilizado o IPCA-E mensal (IPCA-15/IBGE), em razão da extinção da UFIR como indexador, nos termos do art. 29, § 3º, da MP 1.973-67/2000. **Além da indexação, serão aplicados os juros legais (art. 39, caput, da Lei 8.177, de 1991).**

Transcrevo o artigo 39, *caput*, da Lei 8.177/91, que em tese autorizaria essa cumulação:

Art. 39. Os débitos trabalhistas de qualquer natureza, quando não satisfeitos pelo empregador nas épocas próprias assim definidas em lei, acordo ou convenção coletiva, sentença normativa ou cláusula contratual sofrerão juros de mora equivalentes à TRD acumulada no período compreendido entre a data de vencimento da obrigação e o seu efetivo pagamento.

Ao referir-se aos "juros legais" do *caput* do artigo 39 da Lei 8.177/91 a ementa do acórdão se remete à extinta TRD, cuja aplicação, por óbvio, não é mais possível desde a sua extinção em maio de 1993. Nesse caso, caberia a aplicação da TR no lugar da TRD, pois afinal se trata da mesma taxa e é igualmente regradada por lei, inclusive para efeitos trabalhistas.

Os "*juros de mora equivalentes à TRD*", na dicção do artigo transcrito, nada mais eram do que uma formulação de contagem diária da Taxa Referencial - TR, uma vez que em 1991 a inflação chegou a um acumulado anual de 472,70% (informação disponível em <https://www.inflation.eu/pt/taxas-de-inflacao/ipc-inflacao-1991.aspx>, acesso em 23.5.2022). Nesse contexto, era óbvia a necessidade de reposição diária do poder aquisitivo da moeda. A metodologia de mensuração da TRD considerava a taxa média mensal ponderada ajustada dos CBD prefixados de 30 instituições

financeiras selecionadas pelo Banco Central do Brasil à época, sendo eliminadas as duas de menor e as duas de maior taxa média. Era calculada no dia útil posterior ao dia de referência.

No entanto, a TRD foi extinta pela Lei 8.660/1993. Com a sua extinção, os negócios jurídicos obrigacionais financeiros realizados anteriormente a 1º de maio de 1993 e que tinham remuneração calculada com base na TRD, incluindo os débitos trabalhistas, passaram a ser corrigidos monetariamente pela variação mensal da TR, tal como determinado pelo artigo 4º da Lei nº 8.660/1993. A TR, não custa mencionar, ainda se presta, dentre outras funções, a compor a metodologia de correção dos depósitos da Caderneta de Poupança (artigo 7º da Lei nº 8.660/1993), aos quais é acrescido um prêmio (juros sobre o capital aplicado) de 0,5% ao mês para depósitos feitos antes 04.5.2012 e de 70% da SELIC quando esta taxa ultrapassar 8,5% ao ano. Por outras palavras, a TR sempre foi um índice de correção da moeda embora sua metodologia tenha recebido as já conhecidas objeções judiciais, ao ponto de ter a sua função de indexador monetário afastada, no que concerne à correção dos débitos trabalhistas, por não recompor convenientemente as respectivas perdas inflacionárias.

Embora se afigure paradoxal, para alguns operadores jurídicos, a ordem de aplicação de "juros equivalentes à TRD" quando o próprio voto proferido na ADC 58/DF suprimiu a aplicação da TR e admitiu que a partir de janeiro de 2000 o indexador a ser utilizado será o IPCA-E acumulado no período de janeiro a dezembro de 2000 e depois disso o IPCA-E mensal (IPCA-15/IBGE), em razão da extinção da UFIR como indexador, mais paradoxal seria a aplicação, na fase pré-processual, dos juros de 1% referidos no parágrafo primeiro do artigo 39 da Lei nº 8.177/91 não apenas porque no voto-conjunto há **direcionamento explícito de aplicação do caput desse artigo**, mas também porque o artigo 39 está em pleno vigor e é aplicável especificamente aos créditos trabalhistas, também porque o parágrafo primeiro dessa norma foi expresso ao fixar como *dies a quo* da contagem dos juros de 1% a data do ajuizamento da ação trabalhista, como se verifica abaixo:

§ 1º Aos débitos trabalhistas constantes de condenação pela Justiça do Trabalho ou decorrentes dos acordos feitos em reclamatória trabalhista, quando não cumpridos nas condições homologadas ou constantes do termo de conciliação, serão acrescidos, nos juros de mora previstos no caput, juros de um por cento ao mês, **contados do ajuizamento da reclamatória** e aplicados pro rata die, ainda que não explicitados na sentença ou no termo de conciliação.

A solução, neste caso, passa pela constatação de que o STF, embora não tenha estabelecido o percentual de juros incidente sobre o débito ainda não judicializado, estabeleceu o indexador dessa mesma taxa, ou seja, elegeu a TR como fator de cálculo dos juros, cumulativamente com o IPCA-E, que corrigirá monetariamente o débito trabalhista na fase pré-processual, enquanto se aguarda a edição de nova lei federal dispondo sobre a matéria.

Assim, **considerando** que o STF indicou a norma legal que daria suporte à incidência dos juros na fase pré-processual (art. 39, *caput*, da Lei 8.177/91); **considerando** que essa norma manda calcular juros legais "equivalentes" à TRD; **considerando** que a TRD foi extinta e substituída pela TR, por força do disposto na Lei 8.660/93; **considerando** que a TR continua vigorando até os dias atuais e se presta, dentre outras funções, a compor a metodologia de correção dos depósitos da Caderneta de Poupança (artigo 7º da Lei nº 8.660/1993); **considerando** que nas Reclamações 49508/PR e 52.842/SP o STF admite a cumulação do IPCA-E com juros; **considerando** os precedentes do TST lançados nos processos RR 100080-60.2016..01.0065, AGRR 0001524-72.2013.5.03.0097, AGRR 00001604-11.2017.5.09.0006, AGRR 0000181-33.2012.5.04.0005, AGRR 0001727-85.2017.5.09.0013, AGRR 0000076-54.2015.5.04.0101; **considerando** que o STF não estabeleceu qual o percentual de juros será aplicado na fase pré-processual mas indicou o indexador com base no qual serão calculados os juros pré-processuais; **considerando, finalmente**, que essa solução teria que ser veiculada por lei federal específica que modifique a legislação hoje vigente, específica para a matéria trabalhista, sobretudo em razão da carência de segurança jurídica na conclusão de que todo e qualquer débito trabalhista, judicializado ou não, terá que ser corrigido pelo IPCA-E e obrigatoriamente acrescido de juros

moratórios que parte da jurisprudência vem fixando em 1% ao mês, parte dos operadores jurídicos não fixa qualquer percentual e parte dos julgadores utiliza a TR como indexador para o cálculo dos juros pré-processuais trabalhistas, por disciplina judiciária e em respeito às decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho, concluiu que a TR pode ser utilizada como fator de cálculo dos juros na fase pré-processual, sem prejuízo da aplicação do IPCA-E como fator de correção monetária.

Nestes termos, na forma da decisão do E. STF, procedo à adequação dos parâmetros de liquidação da seguinte forma: incidência do IPCA-E acrescido dos juros moratórios referidos no caput do art. 39 da Lei nº 8.177/91, equivalentes à variação da TR, na fase pré-judicial e, a partir do ajuizamento da ação, a incidência exclusiva da taxa SELIC.

2.3. MÉRITO DO RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE

2.3.1. BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

O reclamante pede a reforma da sentença que determinou a apuração do adicional de insalubridade sobre o salário-mínimo para que o adicional de insalubridade seja calculado sobre o salário base da categoria, conforme previsto no instrumento coletivo.

Não obstante os ponderáveis argumentos da d. magistrada sentenciante, entendo que assiste razão ao reclamante.

No julgamento do Recurso Extraordinário RE 565.714 ocorrido em 30/04/2008, com repercussão geral reconhecida, relatado pela Ministra Carmen Lúcia, o Supremo Tribunal Federal aprovou a Súmula Vinculante n.º 4, publicada no Diário Oficial de 09 de maio de 2008, que tem a seguinte redação:

"SÚMULA VINCULANTE N.º 04 DO STF: Salvo os casos previstos na Constituição Federal, 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."

Da interpretação desta norma, em relação ao adicional de insalubridade extrai-se que: a) o salário-mínimo não pode ser usado como base de cálculo do adicional de insalubridade; b) o juiz não pode fixar outra base de cálculo; c) até que haja lei ou norma coletiva cuidando expressamente da matéria, ficarão mantidos os atuais pagamentos do adicional de insalubridade sobre o salário-mínimo.

Note-se que o TST aprovou a Resolução nº 148 de 26/06/2008, a qual revogou a sua Súmula nº 17 e deu nova redação à Súmula nº 228, que passou a dispor:

"SÚMULA 228. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CALCULO. A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo."

Porém, no dia 15/07/2008, o Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, deferiu liminar suspendendo a aplicação da Súmula nº 228 do TST na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade, sendo oportuna a transcrição do seguinte trecho da referida decisão:

"Com base no que ficou decidido no RE 565.714/SP e fixado na Súmula Vinculante nº 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 Súmula nº 228/TST revela aplicação indevida da Súmula Vinculante nº 4, porquanto permite a substituição do salário mínimo pelo salário básico no cálculo adicional de insalubridade sem base normativa. Ante o exposto, defiro a medida liminar para suspender a aplicação da Súmula nº 228/TST na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade."

Assim, foi expressamente afastada a linha de interpretação que o TST pretendia dar à Súmula Vinculante nº 04, isto é, de que esta não impediria que o juiz fixasse uma base de cálculo para o adicional de insalubridade em substituição ao salário-mínimo.

Logo, com a edição da Súmula Vinculante nº 04, passou a ser aplicado o entendimento no sentido de que: até a edição de lei ou a celebração de norma coletiva versando sobre o tema, a base de cálculo do adicional de insalubridade continua a ser o salário-mínimo, conforme se observa em julgado do STF, *in verbis*:

"Embargos de declaração nos embargos de declaração no agravo regimental no recurso extraordinário. Equívoco material nos julgamentos anteriores. Reconhecimento da contradição nos julgamentos dos embargos de declaração e no agravo regimental. Segundos embargos e efeitos infringentes. Segundos embargos acolhidos, com efeitos modificativos. 1. O sentido da vedação constante da parte final do inciso IV do art. 7º da Constituição impede que o salário mínimo possa ser aproveitado como fator de indexação; essa utilização tolheria eventual aumento do salário mínimo, tendo em vista a cadeia de aumentos que ensejaria (RE 217.700, Ministro Moreira Alves). 2. O aproveitamento do salário mínimo para formação da base de cálculo de qualquer parcela remuneratória ou com qualquer outro objetivo pecuniário (indenizações, pensões, etc.) esbarra na vedação à vinculação estabelecida na Constituição do Brasil. 3. Quanto à aplicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, no precedente que deu origem à referida súmula vinculante, a Suprema Corte firmou o entendimento de que o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado sobre o salário mínimo enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou convenção coletiva, não podendo o Poder Judiciário estipular outro parâmetro, sob pena de atuar como legislador positivo. 4. Segundos embargos de declaração acolhidos, para, reconhecendo erro material no julgamento anterior, inverter o julgamento do recurso extraordinário, mantendo-se o teor do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que julgou improcedente a ação proposta pelos embargados. 5. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos." (RE 551455 AgR-ED-ED, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 03/12/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-251 DIVULG 18-12-2013 PUBLIC 19-12-2013)

Considerando que no caso dos autos foram colacionadas normas coletivas (Id. d86b06b e seguintes) as quais estabelecem o piso da categoria como base de cálculo do adicional de insalubridade, deve ser reformada a sentença nesse sentido.

Dou provimento para estabelecer que o adicional de insalubridade será calculado sobre as bases de cálculo convencionadas nos instrumentos normativos coletivos.

2.3.2. JUSTIÇA GRATUITA

O MM Juízo de primeiro grau não concedeu a gratuidade de justiça ao SINDILIMPE/ES, nos seguintes termos:

"As normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados não se aplicam à pessoa jurídica, ademais, o sindicato não comprovou dificuldade econômica que o impeça de arcar com os custos processuais para ter direito ao benefício da justiça gratuita.

Improcede o pedido."

Irresignado, o sindicato pugna pela concessão do benefício da justiça gratuita, com fundamento no art. 790, §3º da CLT.

Passo à análise.

Quanto à gratuidade de justiça, cabe assentar desde logo que a apreciação dessa matéria, por qualquer das partes, pode ser realizada também em fase recursal, conforme estabelecem os artigos 790, §3º, da CLT e 99 do CPC. Ademais, o art. 99, §2º, do CPC, afirma que o juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade.

Fixada essa premissa, destaco que a relevância das entidades sindicais para o Estado Democrático de Direito foi reconhecida pela Constituição da República ao expressar em seu artigo 8º, III, que "ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas". Nesse sentido, reputa-se condizente com a efetiva proteção dos direitos sociais a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita ao Sindicato-autor.

Ademais, o art. 99, §2º, do CPC, afirma que o juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, sendo certo que não há, nos presentes autos, qualquer documento que contrarie a declaração firmada.

Saliento que se trata de demanda coletiva em que o sindicato profissional atua como substituto processual objetivando efetivar direitos previstos em lei, concernentes à saúde dos trabalhadores da categoria que representa, para os quais seriam revertidos os benefícios decorrentes desta ação.

Este Tribunal, inclusive, já se posicionou no sentido da concessão da justiça gratuita a sindicato em razão da condição peculiar de alta relevância social de suas atividades, mesmo após a edição da Lei 13.467/17:

"JUSTIÇA GRATUITA. SINDICATO. POSSIBILIDADE. No que tange ao pedido concessão da assistência judiciária gratuita aos sindicatos, não se deve ignorar a condição peculiar desses entes, que prestam serviços de alta relevância social e, por vezes, não dispõem de meios para desempenhar, com efetividade, sua função constitucional, fragilizando a defesa dos trabalhadores. Nesse sentido, revela-se necessário assegurar a tais instituições a efetividade de sua atuação, de forma a promover a adequada defesa de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, razão pela qual a concessão do benefício se mostra consentânea com o propósito constitucional dos entes sindicais". (TRT-17 - AIRO: 00009332320175170181, Relator: JAILSON PEREIRA DA SILVA, Data de Julgamento: 18/06/2018, Data de Publicação: 10/07/2018)

Analisando-se a questão sob a perspectiva da defesa de direitos coletivos ou individuais homogêneos de trabalhadores, é necessário aplicar-se aos respectivos processos judiciais trabalhistas o microsistema de direito coletivo previsto pelo ordenamento jurídico, com destaque para as Leis nº 7.347/85 e nº 8.078/90 que, ressalvada a hipótese de má-fé, expressamente afastam a possibilidade de condenação em custas, honorários ou despesas processuais de associação autora, incluindo-se nesta expressão as entidades sindicais.

Neste sentido a Súmula nº 60 deste Eg. Tribunal:

SÚMULA nº 60. SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. Ao sindicato, quando atua como substituto processual em defesa de interesses e direitos coletivos lato sensu, aplicam-se as normas relativas às ações coletivas, concedendo-se a gratuidade de justiça nos termos dos artigos 87 da Lei 8.078/90 e 18 da Lei 7.347/85. A condenação ao pagamento de honorários e demais despesas processuais condiciona-se a comprovação da má-fé da entidade sindical.

Ante o exposto, dou provimento para conceder o benefício da gratuidade de justiça ao SINDILIMPE ES, na forma da Súmula 60 dO TRT-17ª Região.

3. ACÓRDÃO

ACORDAM os Desembargadores da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, na 4ª Sessão Extraordinária Virtual Eletrônica, com início em 22/9, às 13h30 e término em 27/9/2022, às 13h30, sob a Presidência da Exma. Desembargadora Daniele Corrêa Santa Catarina, com a participação dos Exmos. Desembargadores Sônia das Dores Dionísio Mendes e Valério Soares Heringer, e presente o Ministério Público do Trabalho, Procuradora Maria de Lourdes Hora Rocha, por unanimidade, conhecer do recurso ordinário interposto pelo segundo réu e do recurso ordinário adesivo interposto pelo reclamante. No mérito, por maioria, dar parcial provimento ao recurso do autor para estabelecer que o adicional de insalubridade será calculado sobre as bases de cálculo convencionadas nos instrumentos normativos coletivos, bem como para conceder o benefício da justiça gratuita ao reclamante e conseqüentemente excluir a respectiva condenação ao pagamento de honorários advocatícios e, ainda, dar parcial provimento ao recurso do segundo réu para limitar a condenação ao pagamento de honorários advocatícios pelos réus aos patronos do autor ao percentual de 10% do valor atualizado atribuído ao presente processo coletivo, na forma da fundamentação, bem como determinar a adequação dos parâmetros de liquidação, na forma estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 58/DF.. Mantido o valor das custas, pelos réus, isento o segundo, nos termos do art. 790-A, inciso I, da CLT.

Vencida, quanto aos juros de mora na fase pré-processual e honorários advocatícios, a Exma. Desembargadora Daniele Corrêa Santa Catarina.

Suspeição da Exma. Desembargadora Ana Paula Tauceda Branco.

DESEMBARGADOR VALÉRIO SOARES HERINGER
Relator



Assinado eletronicamente por: [VALERIO SOARES HERINGER] - 08b8830
<https://pje.trt17.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>



Documento assinado pelo Shodo



PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA DO TRABALHO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO

6ª VARA DO TRABALHO DE VITÓRIA

ACum 0000526-18.2021.5.17.0006

RECLAMANTE: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL
ES

RECLAMADO: NOVO HORIZONTE CONSERVADORA LTDA - EPP E OUTROS (2)

SENTENÇA

I - RELATÓRIO

SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – SINDILIMPE/ES, qualificado nos autos, ajuizou Ação Coletiva de cumprimento em face de NOVO HORIZONTE CONSERVADORA LTDA – EPP e ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, também qualificadas, formulando, pelos fatos e fundamentos jurídicos relatados na peça de ingresso, as pretensões arroladas no pedido. Valorou a causa em R\$ 200.000,00.

A 1ª reclamada apresentou contestação com preliminar de inépcia da inicial, prescrição bienal e quinquenal, impugnação ao valor da causa e no mérito pugnou pela improcedência da ação. A 2ª reclamada apresentou contestação com preliminar de ilegitimidade passiva, prescrição bienal e quinquenal e no mérito pugnou pela improcedência da ação.

Encerrou-se a instrução processual. Razões finais remissivas, não logrando êxito as propostas de conciliação.

É o relatório.

Isto posto, decido.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1 - Inépcia da inicial

O artigo 840, § 1º da CLT apenas exige da parte autora um breve relato dos fatos e dos pedidos, sendo que o reclamante cumpriu satisfatoriamente seu múnus, não havendo que se falar em inépcia da inicial.

Humberto Theodoro Júnior, assim nos explica sobre a certeza e determinação: “entende-se por certo o pedido expresso, pois não se admite que possa o pedido do autor ficar apenas implícito, salvo apenas nas exceções definidas pela

própria lei. Já a determinação se refere aos limites da pretensão. O autor deve ser claro e preciso naquilo que espera obter da prestação jurisdicional. Somente é determinado o pedido se o autor faz conhecer com segurança o que pede que seja pronunciado pela sentença”

Outro ponto é que a inicial não ofereceu qualquer dificuldade à defesa da reclamada, não havendo o impedimento a ampla defesa e contraditório, restando incólume o artigo 5º, LV da CF/88.

Pelo exposto, rejeito a preliminar

2 - Ilegitimidade ativa

A 2ª reclamada alega que o ente Sindical não apresentou autorização dos substituídos para propor a presente ação.

Importante destacar que base no artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 883.642, fixou tese de repercussão geral (Tema 823), no sentido de que "os sindicatos possuem ampla legitimidade extraordinária para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam, inclusive nas liquidações e execuções de sentença, independentemente de autorização dos substituídos".

A entidade sindical tem legitimidade para defender os direitos e interesses de seus associados, independentemente da autorização.

Rejeito

3 - Ilegitimidade passiva

A segunda reclamada argui preliminar de carência de ação por ilegitimidade passiva, alegando que não teve participação na Convenção Coletiva de Trabalho que o Autor pretende ver cumprida.

O contrato de trabalho do autor é com a 1ª reclamada a 2ª reclamada é apenas tomadora de serviços e o sindicato patronal teve participação nas CCT's.

Não há que se falar na sua necessidade de ter participado da CCT.

Ademais, no direito processual aplica-se a teoria da asserção, onde a legitimidade deve ser auferida em abstrato, decorrendo da indicação como devedora da relação jurídica material.

Se o pedido carece de sustentação legal, o caso é de improcedência, não se confundindo com hipótese de carência de ação.

Rejeito.

4 - Impugnação ao valor da causa

A primeira reclamada impugnou o valor dado a causa por não ser condizente com os valores da ação.

Conforme disposto no art. 292, VI, do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho por força do art. 769 da CLT, o valor da causa deve corresponder ao dos pedidos cumulados na inicial. Em se tratando de petição inicial ilíquida, o valor indicado pelo reclamante mostra-se compatível, considerando-se o valor do salário auferido e a expressão pecuniária das verbas postuladas.

Rejeito.

5 - Prescrição quinquenal e bienal

A reclamada requer a aplicação da prescrição quinquenal e bienal

A ação foi interposta em 30/06/2021, aplica-se a prescrição parcial quanto aos pedidos, declarando-se prescritos os pedidos anteriores a 30/06/2016, na forma do art. 7º, XXIX, da CRFB.

Desta forma pronuncia-se a prescrição das parcelas anteriores a 30/06/2016, com a conseqüente extinção com resolução do mérito, artigo 487, II, do CPC.

prescrição bienal está prevista na Constituição da República, inciso XXIX do artigo 7º, e refere-se ao prazo em que o empregado pode ingressar com a reclamação trabalhista após a rescisão do contrato de trabalho.

Considerando que a presente ação foi interposta em 03/05 /2021, os contratos de trabalho e instrumentos normativos que encerram antes de 03 /05/2019 encontram-se prescritos.

Desta forma **pronuncia-se a prescrição dos contratos encerrados até 30/06/2019, com a consequente extinção com resolução do mérito, artigo 487, II, do CPC**

6 - Legalidade da cláusula da CCT

A Superintendência Regional do Trabalho no Espírito Santo confirmou por meio de ofício, documento id 5382b36, que o SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – SINDILIMPE/ES e o SINDICATO DAS EMPRESAS DE ASSEIO E CONSERVAÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO - SEACES, possuem no Sistema Mediador, Convenções Coletivas de Trabalho registradas no período de 2016 a 2021.

Não pode ser declarada nula Cláusula objeto de celebração de Convenção Coletiva de Trabalho que foi firmada por legítimos representantes das categorias empregados e empregador, nos termos do inciso XXVI do art. 7º da CF/88, e devidamente registrada no órgão competente, ainda mais se a cláusula é mais benéfica ao trabalhador.

7 – Adicional de insalubridade

Afirmam Sindicato/autor que “Os substituídos, empregados da 1ª Reclamada, exercem a função de auxiliar de serviços gerais, realizando a limpeza predial e conservação nas dependências da SECRETARIA SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO e, demais imóveis subordinados à referida Secretaria.”

Alega que a reclamada não cumpre a determinação contida na cláusula 10ª, § 1º, das CCT's, isto é, as reclamadas não realizam o pagamento do adicional de insalubridade no percentual de 20%, previsto em norma coletiva aos empregados com a função de Serviços Gerais..

Requer a condenação das Reclamadas no pagamento do adicional de insalubridade no percentual de 20% (vinte por cento) para todos os substituídos que exercem/exerceram a função auxiliares de serviços gerais SECRETARIA

SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO e, demais imóveis subordinados referida Secretaria, nos termos da Cláusula 10ª, §1º, da CCT, desde o início do contrato de trabalho, em parcelas vencidas e vincendas.

A reclamada alega que no contrato firmado com a reclamada não prevê o pagamento do adicional de insalubridade.

Afirma que como não constou no Edital o reconhecimento da insalubridade em seu ambiente de atuação pela tomadora de serviço pública, não há como a empresa terceirizada, promover tal pagamento por mera presunção pela Acionada

Sustenta que os serviços executados não pressupõem a insalubridade, em grau médio, ainda que presente tal direito, em texto de Convenção da Categoria.

O fato de não ter constado no Edital o reconhecimento de insalubridade do ambiente de trabalho não invalida o pagamento, eis que o empregado não pode ser apenado, pois é da reclamada o ônus do negócio.

Destaca-se, também que a convenção coletiva faz lei entre as partes.

Pelo exposto, **procede o pedido de pagamento do adicional de insalubridade no percentual de 20%** (vinte por cento) para todos os substituídos que exercem/exerceram a função auxiliares de serviços gerais SECRETARIA SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO e, demais imóveis subordinados à referida Secretaria, nos termos da Cláusula 10ª, §1º, da CCT, desde o início do contrato de trabalho, em parcelas vencidas e vincendas, independente de comprovação por laudo pericial. Devendo ser observado o período não prescrito.

A **base de cálculo** do adicional de insalubridade a ser observada, a teor do disposto na Súmula Vinculante n. 4, não poderia ser o salário-mínimo.

O Supremo Tribunal Federal, quando da edição da Súmula nº 04, valeu-se de técnica decisória conhecida como declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, originária do direito alemão. Esta técnica decisória permite, em situações especiais, que a lei havida inconstitucional continue a ser aplicada enquanto o legislado não eliminar a inconstitucionalidade, a fim de evitar o surgimento de vácuo jurídico.

Apesar de o artigo 192, da CLT, segundo se infere do teor da Súmula nº 4, do STF, foi considerado inconstitucional, sem a possibilidade de o juízo dispor sobre base de cálculo diversa.

Assim, a suspensão da aplicação dessa norma agravaria o estado de inconstitucionalidade, na medida em que não haveria lei a ser aplicada acerca da matéria. Desta forma

Ressalvados os casos em que a base de cálculo estivesse prevista em negociação coletiva, estaria inviabilizado o deferimento de adicional de insalubridade aos trabalhadores, por ausência de definição de base de cálculo, máxime diante da impossibilidade de essa fixação ser feita pelo Judiciário, na medida em que não detém, como regra geral, competência normativa.

O adicional em questão encontra-se previsto no rol de direitos sociais elencado no art. 7º, da Constituição Federal (inciso XXIII). Nesse caso, a aplicação do art. 192, da CLT, não obstante o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, é exigido pela própria Constituição, a fim de conferir efetividade a direito que ela própria assegura, enquanto o legislador não adotar as providências necessárias para fazer cessar a inconstitucionalidade. “Trata-se daqueles casos em que a aplicação da lei se mostra, do prisma constitucional, indispensável no período de transição, até a promulgação da nova lei”. (MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1203).

A respeito, assim se manifestou o TST:

**ADICIONAL DE
INSALUBRIDADE - BASE DE CÁLCULO - SALÁRIO
MÍNIMO (CLT, ART. 192) DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE SEM PRONÚNCIA DE
NULIDADE (UNVEREINBARKEITSERKLÄRUNG)
SÚMULA 228 DO TST E SÚMULA VINCULANTE 4 DO
STF. 1. O STF, ao apreciar o RE-565.714-SP, sob o
pálio da repercussão geral da questão
constitucional referente à base de cálculo do
adicional de insalubridade, editou a Súmula
Vinculante 4, reconhecendo a inconstitucionalidade
da utilização do salário mínimo, mas vedando a
substituição desse parâmetro por decisão judicial.
Rejeitou, inclusive, a tese da conversão do salário
mínimo em sua expressão monetária e aplicação
posterior dos índices de correção dos salários, uma
vez que, sendo o reajuste do salário mínimo mais
elevado do que a inflação do período, restariam os
servidores e empregados postulantes de uma base**

de cálculo mais ampla prejudicados ao receberem como prestação jurisdicional a redução da vantagem postulada. 2. Assim decidindo, a Suprema Corte adotou técnica decisória conhecida no Direito Constitucional Alemã como declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade (Unvereinbarkeitserklärung), ou seja, a norma, não obstante ser declarada inconstitucional, continua a reger as relações obrigacionais, em face da impossibilidade de o Poder Judiciário se substituir ao legislador para definir critério diverso para a regulação da matéria. 3. O Direito Constitucional pátrio encampou tal técnica no art. 27 da Lei 9.868/99, o qual dispõe que, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. In casu, o momento oportuno fixado pela Suprema Corte foi o da edição de norma que substitua a declarada inconstitucional. 4. Nesse contexto, ainda que reconhecida a inconstitucionalidade do art. 192 da CLT e, por conseguinte, da própria Súmula 228 do TST, tem-se que a parte final da Súmula Vinculante 4 do STF não permite criar critério novo por decisão judicial, razão pela qual, até que se edite norma legal ou convencional estabelecendo base de cálculo distinta do salário mínimo para o adicional de insalubridade, continuará a ser aplicado esse critério para o cálculo do referido adicional, salvo a hipótese da Súmula 17 do TST, que prevê como base de cálculo o piso salarial da categoria que o possua (já que o piso salarial é o salário mínimo da categoria). Agravo de instrumento desprovido. TST-AIRR-239/2003-445-02-40.8. DJ 13.06.2008).

Assim a base de cálculo a ser observada é o salário mínimo.

Devidos os reflexos sobre 13º salários, férias com acréscimo de 1/3, FGTS. Para aqueles substituídos despedidos sem justa causa no curso do contrato de trabalho, procede ainda reflexos sobre aviso-prévio e adicional de 40% sobre o FGTS.

8 - Responsabilidade subsidiária

O Sindicato informou na exordial que os substituídos sempre prestaram serviços para a segunda reclamada.

A segunda reclamada confirma a prestação de serviços, bem como a atividade exercida, mas afirma que não é sua empregadora.

A violação de Lei 8.666/1993 resta superada, posto que, quando se deu a edição da Súmula 331 do C. TST, aquela Corte, obviamente, já examinou e debateu toda a legislação pertinente à matéria.

A declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º da Lei nº 8.666/93, em sede de controle difuso, não ofende o princípio da reserva de plenário, não incorre em interpretação conforme a constituição e nem resulta em invasão da competência legislativa exclusiva da união. A responsabilização subsidiária da tomadora de serviços decorre de sua culpa in eligendo e in vigilando, e da exegese da Súmula nº 331, IV do TST c/c o art. 37, § 6º da CF/88.

Ademais, a Suprema Corte entendeu que referida Súmula ainda pode ser aplicada nos casos em que restar caracterizada falta ou falha na fiscalização.

Observa-se que o órgão público contratante não exerceu a necessária e devida fiscalização no que tange ao respeito e cumprimento das obrigações trabalhistas da prestadora, tanto que resultaram nas violações já julgadas, devendo arcar, ainda que de forma subsidiária, com a responsabilidade sobre os direitos não adimplidos do empregado da prestadora, inclusive em face a confissão aplicada.

Vejamos entendimento recente do C. TST:

12899887 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. Nulidade do acórdão por declaração de inconstitucionalidade incidental. Órgão fracionário. Art. 71 da Lei nº 8.666/91. Violação. Reserva de plenário. O pleno desta corte superior, ao editar a Súmula nº 331, não declarou a inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, mas apenas concluiu que

sua aplicação deve ser compatibilizada com a de outros dispositivos, admitindo-se a responsabilidade da administração pública a partir da análise caso a caso. De todo modo, em remota hipótese, mesmo que se viesse a concluir que teria havido declaração implícita de inconstitucionalidade, subsistiria que a Súmula nº 331, IV, do TST foi editada pelo pleno desta corte, e não por órgão fracionário, ou seja, estaria observada a cláusula de reserva de plenário a que se referem o art. 97 da CF/88 e a Súmula vinculante nº 10 do STF, sendo certo que a aplicação da Súmula nº 331, IV, do TST no acórdão do TRT ocorreu por disciplina judiciária. Responsabilidade subsidiária. O ente público, tomador de serviços, tem responsabilidade subsidiária pelo pagamento dos débitos trabalhistas da empregadora, responsável direta. Súmula nº 331, IV, do TST. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST; AIRR 997-33.2010.5.10.0000; Quinta Turma; Relª Minª Kátia Magalhães Arruda; DEJT 17/12/2010; Pág. 1116)

A responsabilidade subsidiária, consoante pacificado pela Súmula nº 331, IV, do TST, o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive no tocante aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que haja participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666 de 21/06/93).

Necessário ressaltar que a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, por possuir natureza objetiva, abrange todas as obrigações do empregador judicialmente reconhecidas, inclusive as indenizações e multas resultantes de obrigações de fazer não adimplidas pelo prestador dos serviços, tais como a multa prevista no artigo 477, § 8º e 467, da Consolidação das Leis do Trabalho e as multas convencionais aplicadas.

A responsabilidade subsidiária no presente caso abrange ainda as verbas rescisórias e os danos morais pelo não pagamento dos salários.

Assim julgo procedente o pedido de responsabilidade subsidiária da segunda reclamada, limitado ao tempo de contrato com a 1ª reclamada.

9 - Execução livre distribuição

Considerando que o resultado real da violação reconhecida em Sentença é diverso para cada substituído, portanto divisível, determino que a liquidação e execução dos créditos dos trabalhadores seja feita por meio de ações autônomas à livre distribuição, conforme Súmula 13 do Egrégio Tribunal.

10 - Gratuidade de Justiça

As normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados não se aplicam à pessoa jurídica, ademais, o sindicato não comprovou dificuldade econômica que o impeça de arcar com os custos processuais para ter direito ao benefício da justiça gratuita.

Improcede o pedido.

11 - Honorários advocatícios

Na forma literal do artigo 791-A, caput, da CLT defere-se honorários advocatícios sucumbenciais ao sindicato e à reclamada no importe de 15% sobre o valor da condenação dos tópicos em que foram sucumbentes.

III - DISPOSITIVO

Posto isso, a 06ª Vara do Trabalho de Vitória, nos autos da ação trabalhista decide REJEITAR as preliminares, DECLARAR a prescrição das parcelas anteriores a 30/06/2016, com a consequente extinção com resolução do mérito, artigo 487, II, do CPC. e a prescrição dos contratos encerrados até 30/06/2019, com a consequente extinção com resolução do mérito, artigo 487, II, do CPC, e JULGAR PROCEDENTES os pedidos formulados pelo SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – SINDILIMPE/ES, para condenar NOVO HORIZONTE CONSERVADORA LTDA – EPP e ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, sendo a segunda subsidiariamente, a satisfazer aos substituídos - as verbas deferidas no corpo da fundamentação acima, que integra este dispositivo, conforme se apurar em regular execução.

Indeferida a gratuidade de Justiça na forma do artigo 790, § 3º da CLT.

A execução desta ação deve ser por meio de ações individuais, autônomas e por livre distribuição, conforme Súmula 13 do Egrégio Tribunal.

Critérios Para Liquidação e outras providências

I - Incidirão juros legais de 1% ao mês (CLT, art. 883) a partir da distribuição da presente reclamatória.

II - Atualização monetária na forma das tabelas utilizadas pelos TST, serão efetuados pela aplicação dos índices correspondentes ao do mês subsequente ao da prestação de serviços (Súmula 381 do Eg. TST)

III - A reclamada será responsável pelo recolhimento das contribuições sociais, tanto da sua quota, como daquela devida pela reclamante, facultando-lhe as devidas retenções do crédito para esse fim. A reclamada fica desobrigada do recolhimento de sua quota apenas se comprovar que a sua opção pelo Simples, na forma da lei 9.317/96. Os recolhimentos previdenciários incidem sobre todas as parcelas salariais deferidas na presente e que compõe o salário de contribuição (excluídos férias e aviso prévio indenizados, multas, FGTS + 40%, indenizações de qualquer natureza, juros remuneratórios e penas pecuniárias) e deverão ser comprovados nos autos, inclusive a quota de SAT e terceiros, com observância dos provimentos e ordens de serviço respectivas, especialmente no tocante ao teto das contribuições, mês a mês, sob pena de execução. Na forma da Súmula Vinculante 14, não cabem os recolhimentos referentes ao período de contrato de trabalho reconhecido no corpo da presente sentença. As multas e os juros previstos na legislação previdenciária incidem a partir de quando as contribuições sociais deveriam ter sido recolhidas e não foram, e não a partir da sentença ou do pagamento (estes não são considerados os fatos geradores e sim a realização do trabalho), sendo de responsabilidade da reclamada, única causadora do atraso.

IV - Recolhimentos do imposto de renda sobre as parcelas tributáveis (**excluídos penas pecuniárias, indenizações, juros, multas e FGTS+40%**) deverão observar os critérios previstos no Provimento n.º 03/2005 da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho, nos casos especificados na referida norma (acordo judicial, levantamento de depósito judicial em favor do reclamante, pagamento de honorários periciais). Deverão, ainda, ser retidos quando do efetivo pagamento, e comprovados nos autos pela fonte pagadora, no prazo consignado no artigo 2º do Provimento 3/2005, segundo as disposições da lei 8.541-92 e provimentos pertinentes, sob pena de determinar-se à instituição financeira depositária do crédito, o recolhimento cabível, alertando-se, inclusive, para a hipótese de caracterização do depósito infiel;

A reclamada deverá comprovar, no prazo de 30 (trinta dias), a contar do trânsito em julgado desta decisão, a emissão das informações previdenciárias por meio da Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP) eletrônica (art. 32, inciso IV da Lei nº. 8.212/91 c/c art. 105 da

Instrução Normativa MPS/SRP n. 971/2009), sob pena das sanções administrativas previstas em lei, a ser cobrada pela União Federal, que deve ser comunicada do fato, por meio da Procuradoria Federal da União.

Este juízo desde já adverte as partes que eventuais embargos declaratórios não podem ter efeito infringente e tampouco servem para pré-questionamento para recurso ordinário, diante da devolução da matéria integralmente ao Tribunal, na forma do artigo 1.013 do CPC, podendo ocasionar multas pela má-fé com base no parágrafo único do artigo 1.026 e 81 do C.P.C, se considerados protelatórios e manifestamente infundados. O juiz não está obrigado a rebater argumento por argumento da parte, desde que apenas um deles seja suficiente para a sua convicção.

Custas calculadas sobre o valor de R\$ 200.000,00, no montante de R\$ 4.000.00 pela reclamada, isenta na forma da lei.

Nada mais.

Intimem-se as partes.

Vitória/ES, data conforme assinatura eletrônica.

mgn

VITORIA/ES, 10 de fevereiro de 2022.

ANDREA CARLA ZANI
Juíza do Trabalho Substituta



Assinado eletronicamente por: ANDREA CARLA ZANI - Juntado em: 10/02/2022 16:49:58 - f4d6a07
<https://pje.trt17.jus.br/pjekz/validacao/22021015254518900000025555042?instancia=1>
Número do processo: 0000526-18.2021.5.17.0006
Número do documento: 22021015254518900000025555042



PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA DO TRABALHO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO

12ª VARA DO TRABALHO DE VITÓRIA

ACum 0000404-84.2021.5.17.0012

RECLAMANTE: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL
ES

RECLAMADO: TECNICA TECNOLOGIA E SERVICOS EIRELI - EPP E OUTROS (2)

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES
aciona TECNICA TECNOLOGIA E SERVICOS EIRELI - EPP e ESTADO DO ESPIRITO SANTO,
alegando que os substituídos trabalham como auxiliar de serviços gerais, mas não
recebem adicional de insalubridade previsto em CCT.

Em consequência, postulou: adicional de insalubridade no
percentual de 20%, entre outros pedidos e requerimentos.

Atribuiu à causa o valor de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil
reais).

Com a inicial acostada à procuração e documentos.

Inconciliados.

Defendem-se as reclamadas alegando em síntese:
preliminarmente, inépcia da inicial e ilegitimidade passiva; no mérito, que nada é
devido à parte autora.

Foram acostados: procuração e documentos.

Oportunizado, manifestou-se o Sindicato autor sobre defesa e documentos (fls. 1279/1282).

Sem outras provas, encerrou-se a instrução processual.

Razões finais remissivas.

Recusada a derradeira tentativa conciliação.

II - FUNDAMENTAÇÃO

1 - LIQUIDAÇÃO

A ré afirma que não há justificativa para o não atendimento ao art. 840 da CLT, razão pela qual pugna pela adequação do feito, sob pena de extinção.

O sindicato autor alega que os documentos necessários à liquidação (relação de trabalhadores que exerceram atividades durante o período de contrato entre as rés, contracheques, RAIS, CAGED, entre outros) estão em poder das reclamadas (item "VI" de fl. 8).

Considerando plausível a justificativa apresentada pela parte autora, nos termos do inciso III, § 1º, art. 324, CPC, afasto a preliminar.

2 - INÉPCIA DA INICIAL

A petição inicial no processo do trabalho não está adstrita aos rigores do processo civil, já que aqui ainda vigora o "jus postulandi" das partes e principalmente porque a CLT tem disposição específica sobre a matéria em seu art. 840, § 1º.

No caso presente, a inicial atende aos requisitos encartados na referida disposição celetária, porquanto o autor narrou satisfatoriamente o que pretendia ver reconhecido ao longo de seu contrato de trabalho, com o que delimitou seus pedidos.

Não podemos confundir possível rejeição do pedido por ausência de provas, de fundamento legal, ou algo que o valha, com inépcia da inicial.

Ademais, não há que se falar em inépcia da petição inicial quando a ação é contestada e permite ao julgador a apreciação do mérito que envolve a demanda. Na hipótese vertente, o reclamado apresentou defesa de mérito, o que, por si só, afasta a arguição de inépcia.

Rejeito a arguição.

3 - ILEGITIMIDADE PASSIVA

A legitimidade passiva se revela na **pertinência subjetiva da ação**, vale dizer, quando a parte indicada como devedora na relação jurídica processual pode estar, abstratamente, vinculada à relação jurídica de direito material.

No caso, a parte autora pretende ver reconhecida a responsabilidade das reclamadas, razão pela qual elas devem figurar no pólo passivo da ação, até mesmo para que exerçam seu amplo direito de defesa assegurado Constitucionalmente.

Cumprе mencionar que o direito de ação não se atrela ao direito material, razão pela qual, mesmo que julgada improcedente a ação em face de alguma ré, ainda assim persiste o direito de ação da parte autora.

Portanto, rejeito a preliminar argüida.

4 - RELAÇÃO ENTRE AS RECLAMADAS

A parte autora pleiteou a declaração da responsabilidade subsidiária do segundo reclamado em virtude de seus eventuais créditos trabalhistas.

Através do contrato de fls. 307/320, percebe-se que efetivamente o Estado do Espírito Santo contratou a primeira ré para lhes prestar serviços específicos.

A doutrina e a jurisprudência consolidaram a possibilidade de se terceirizar serviços dentro de uma empresa. Todavia, esta prática deve ser cercada de alguns cuidados a fim de que os empregados não sofram as conseqüências de uma terceirização mal feita.

Nesse sentido, inclusive, o TST já pacificou sua jurisprudência com a súmula n. 331.

A terceirização dos serviços é um direito que possui o tomador de serviços. Entretanto, ele deve tomar o cuidado de escolher prestadores de serviços que tenham idoneidade moral e financeira, a fim de que estes cumpram com todos os seus compromissos perante os empregados que contratar. Desta escolha é que surge a culpa da segunda reclamada.

Três são os argumentos para que seja a tomadora de serviços condenada subsidiariamente pelos créditos do empregado de sua terceirizadora: a) ela usufruiu da força de trabalho deste empregado, ainda que indiretamente; b) ela possui culpa *in eligendo* pelo fato de ter escolhido uma prestadora de serviços inidônea; c) ela possui culpa *in vigilando* pelo fato de não fiscalizar a execução do seu contrato e do cumprimento das obrigações da terceirizada junto aos seus funcionários.

Essas culpas acima mencionadas, segundo a doutrina majoritária, são presumidas (responsabilidade objetiva), razão pela qual, uma vez demonstrada à inadimplência da fornecedora, torna-se imperioso o reconhecimento da responsabilidade da tomadora.

Até porque tem todos os meios de controle, sendo o principal deles a possibilidade do pagamento a empresa contratada apenas após a comprovação dos seus haveres trabalhistas decorrentes da prestação de serviço do caso em tela. A existência de parcelas devidas ao obreiro, por si só, já demonstra que a fiscalização não foi eficiente.

Assim, considerando-se que a segunda reclamada terceirizou alguns de seus serviços para a primeira, dentre os quais aqueles realizados pela autora, têm-se que ela deve ser considerada subsidiariamente responsável pelos créditos destes.

A finalidade do legislador quando estabeleceu o art. 455 da CLT, que por analogia se aplicar a qualquer relação de trabalho indireta, relação esta caracteriza pelo fato do beneficiário do trabalho não ser efetivamente o empregador, foi tornar esse beneficiário, embora não empregador, também responsável.

Nesse sentido a nova súmula n. 331 do TST.

Quanto ao fato de não provar a insolvência, a autorização dessa responsabilidade se dá pelo mero inadimplemento, não necessitando da declaração de insolvência (CLT, art. 455).

Também não faz a referida norma legal, nem mesmo à súmula dela derivada, qualquer menção quanto ao fato de ser crédito personalíssimo ou não. Sendo decorrente do contrato de trabalho, a que título for, incluindo multas, aplica-se a regra da subsidiariedade como posta. O risco é por todo o contrato, não importando o que dele advir. Conforme o novo inciso VI da súmula n. 331 do TST.

Ainda com base no art. 9º da CLT, não tem qualquer valor cláusulas contratuais entre as empresas que afastem esse tipo de responsabilidade, pelo menos nessa esfera.

Desse modo, caso a primeira reclamada não pague os eventuais créditos da reclamante, com fulcro, por analogia, do art. 455 da CLT e na súmula do TST acima citada, o segundo reclamado deverá quitá-los, eis que ela é subsidiariamente responsável pelos mesmos.

5 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Aduz o sindicato autor que, apesar do disposto na Cláusula 10ª, § 1º, da CCT, a 1ª ré não realiza o pagamento do adicional de insalubridade no percentual de 20% aos auxiliares de serviços gerais a partir de 01/01/2016.

Requer o pagamento do adicional de insalubridade no percentual de 20% a todos os substituídos que exercem/exerceram a função de auxiliar de serviços gerais no contrato celebrado com o 2ª reclamado, na SEDURB, desde o início do contrato de trabalho, em parcelas vencidas e vincendas.

A 1ª ré afirma que os substituídos não se enquadram na condição específica para pagamento do adicional de insalubridade, vez que as atividades de limpeza predial e conservação não se enquadram em nenhum item disposto no Anexo 14 da NR-15.

O Estado do Espírito Santo sustenta que a cláusula convencional em tela não encontra amparo no ordenamento jurídico.

Segundo o réu, “resta evidente que as normas de saúde e segurança do trabalho que regulamentam o direito ao adicional de insalubridade, bem

como os procedimentos para aferição no caso concreto (realização de perícia e regulamentação por ato infralegal do órgão ministerial) definitivamente não podem ser objeto de negociação coletiva, haja vista que extrapolam os limites da autonomia privada coletiva." (fls. 1213/1214).

Reportou-se o Estado, ainda, a laudo técnico, segundo o qual os agentes noviços presentes nas atividades desenvolvidas na Secretaria de Estado de Saneamento, Habitação e Desenvolvimento Urbano não são prejudiciais à saúde e integridade dos trabalhadores, devido ao uso efetivo de equipamentos de proteção individual ou coletiva (fls. 1227/1228).

Pois bem.

A cláusula 10ª da norma coletiva (CCT 2016/2016 às fls. 86; CCT 2017/2018 às fls. 127/128; CCT 2018/2018 às fls. 160; CCT 2019/2019 às fls. 180; CCT 2020/2020 às fls. 205 e CCT 2021 às fls. 245) estabelece adicional de 40% do piso da categoria para os empregados na função de auxiliar de serviços gerais de limpeza predial que realizam limpeza de banheiro público de uso coletivo ou de grande circulação, assim entendido aquele que recebe diariamente 40 ou mais pessoas (*caput*), e de 20% para os demais (§ 1º).

As partes convenientes pactuaram o pagamento do adicional de insalubridade elencando a atividade de auxiliar de serviços gerais como fato gerador para sua percepção.

Dessa forma, não cabe cogitar, como querem parecer os réus, da exigência de prova pericial para apuração das condições do local de trabalho ou do enquadramento das atividades nas disposições previstas nas normas regulamentadoras específicas. Trata-se de questão jurídica, não de fato.

A Constituição Federal, em seu artigo 7º, previu expressamente o reconhecimento de validade das convenções e acordos coletivos de trabalho.

Pela leitura sistemática do ordenamento jurídico, verifica-se a força conferida aos instrumentos de negociação coletiva, vedada somente a modificação de normas cogentes em detrimento do trabalhador.

Nesse sentido, a concessão de adicional de insalubridade por meio de norma coletiva, sem espeque em laudo pericial prévio, não agride preceito de ordem pública, uma vez que confere garantias ainda maiores do que aquelas minimamente oferecidas pela lei quanto à proteção ao trabalho.

Os atores coletivos, portanto, firmaram obrigação de pagar o adicional de 20% a todos os auxiliares de serviços gerais.

Conforme contracheques juntados (fls. 405/777), não se observa o adimplemento da parcela a nenhum dos empregados, com exceção apenas das Sras. Luana Alves de Araújo e Magnólia Machado Braga, admitidas em 15/01/2018, que receberam o adicional no percentual de 20% em novembro e dezembro/2018 (fls. 669 e 676).

Ressalto que, em janeiro/2019, o adicional já não foi pago a Sra. Magnólia (fl. 687).

Logo, é devido o pagamento do adicional de insalubridade de 20% a todos os substituídos que trabalham como auxiliares de serviços gerais, desde o início da vigência do contrato de prestação de serviços pactuado pelos reclamados ou da admissão, se posterior, com exceção dos comprovadamente quitados nos autos.

A base de cálculo é o piso da categoria, em conformidade com os instrumentos coletivos. São devidos ainda os reflexos pertinentes, devendo ser observado o teor da Súmula n. 139 do TST.

Por oportuno, saliento que a força normativa das CCT extirpa qualquer dúvida acerca da possibilidade de seu afastamento na execução de relação de emprego – o que importa em oneração dos custos contratuais, isto é, enquanto vigentes, a convenção ou acordo coletivos devem ser observados pelas partes da relação de trabalho, devendo as suas cláusulas ser consideradas na formulação e análise propostas no âmbito da prestação de serviços à Administração Pública.

Tal conclusão se impõe, com ainda maior força, quando se considera o disposto no art. 7º, § 2º, II, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que determina a prévia existência de todos os custos unitários do serviço.

Assim, se está fora da alçada do empresário afastar o pagamento do benefício previsto em CCT, fica evidente que este custo deve ser considerado pela Administração, até mesmo para evitar a frustração da contratação ou seu enriquecimento sem causa, às custas do empobrecimento do prestador de serviço.

Nesse contexto, é perfeitamente válida a invocação do instituto da personalidade jurídica para sua aplicação às pessoas jurídicas de direito público, no caso de ineficiência promovida por seus agentes, havendo perfeita sintonia entre o art. 28 da lei 8.078/90 e o parágrafo 2º do art. 37 da CF/88.

Ademais, de acordo com os arts. 121 a 125 da Lei 8.112/90, o servidor público está sujeito a responder civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas funções.

A responsabilidade civil decorre de ato comissivo e omissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou terceiro.

No caso em tela, a autoridade responsável assumiu o risco de produzir danos ao erário ao firmar o contrato de fls. 307/320.

6 - JUSTIÇA GRATUITA

Defiro tal benefício nos termos do § 3o do art. 790 da CLT.

7 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Considerando a total sucumbência da parte reclamada, ressaltando que os honorários de sucumbência serão devidos somente na ação de liquidação, que será nesta mesma ação, mas nada impede que seja promovida por cada obreiro de forma individual, defiro, nos termos do art. 791-A da CLT, em especial o seu § 3o, honorários advocatícios no percentual de 10% sobre o crédito reconhecido a cada trabalhador em ação própria.

Havendo ação individual de liquidação poderão ocorrer duas situações, a depender da presença ou não de advogado vinculado ao sindicato obreiro. No primeiro caso, se o trabalhador estiver assistido pelo sindicato, os honorários serão devidos integralmente a este, no percentual acima.

Por outro lado, na hipótese de o trabalhador se valer de advogado particular, este fará jus a 5% calculado sobre o crédito do obreiro (pela atuação na fase de liquidação e execução do crédito), e o restante dos honorários será devido ao sindicato, em razão de sua atuação nesta demanda coletiva (fase de conhecimento).

8 - COMPENSAÇÃO / DEDUÇÃO

Eventual dedução ou compensação, por depender da análise de cada caso, será apurado em liquidação.

Não comprovada qualquer dívida do reclamante com a reclamada, de natureza trabalhista (súmula n. 18 do TST), não há o que se compensar.

III - DISPOSITIVO:

ISSO POSTO, o Juiz do Trabalho Substituto Dr. FABRÍCIO BOSCHETTI ZOCOLOTTI, que ao final assina, em exercício na 12ª VARA DO TRABALHO DE VITÓRIA-ES, rejeita as preliminares de inépcia da inicial, ilegitimidade passiva e, no mérito propriamente dito, julga procedente em parte, os pedidos para condenar a TECNICA TECNOLOGIA E SERVICOS EIRELI - EPP e, subsidiariamente, o ESTADO DO ESPIRITO SANTO a fazer/pagar a SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES, tudo na forma da fundamentação acima que passa a integrar esse dispositivo.

Liquidação por cálculos, nesta ação.

Correção monetária a partir do mês em que a obrigação deveria ser paga.

Juros simples, 1%, calculados a partir do ajuizamento da ação (CLT, artigo 883 c/c artigo 39 da lei 8.177/91).

Sobre as parcelas devidas deverá a reclamada proceder ao recolhimento previdenciário de ambas as partes (art. 33, § 5o, da Lei 8212/91, corroborado pelo art. 216, § 5o, do Decreto 3048/99), na forma do art. 832, § 3o, c/c art. 879, § 1o-A, da CLT.

Contribuições fiscais nos termos do provimento 01/96 da CGJT.

Custas pela 1ª reclamada no importe de R\$ 900,00, calculadas sobre o valor de R\$ 45.000,00, arbitrado à condenação para este efeito específico (art. 789, IV, § 2o CLT).

2o reclamado isento de custas (CLT, art. 790-A, Inciso I).

Proceda à remessa obrigatória.

Intimem-se as partes.

FABRICIO BOSCHETTI ZOCCOLOTTI

Juiz do Trabalho

VITORIA/ES, 27 de julho de 2021.

FABRICIO BOSCHETTI ZOCCOLOTTI

Juiz do Trabalho Substituto



Assinado eletronicamente por: FABRICIO BOSCHETTI ZOCCOLOTTI - Juntado em: 27/07/2021 15:33:00 - b0839dd
<https://pje.trt17.jus.br/pjekz/validacao/21072715323695800000023818354?instancia=1>
Número do processo: 0000404-84.2021.5.17.0012
Número do documento: 21072715323695800000023818354



PROCESSO nº 0000404-84.2021.5.17.0012 ROT

RECORRENTE: TÉCNICA TECNOLOGIA E SERVIÇOS LTDA - EPP, ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

RECORRIDO: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES

ORIGEM: 12ª VARA DO TRABALHO DE VITÓRIA

RELATOR: DESEMBARGADOR VALÉRIO SOARES HERINGER

COMPETÊNCIA: 3ª TURMA

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. A Administração Pública deve ser responsabilizada pelos encargos trabalhistas decorrentes de inadimplência da prestadora de serviços terceirizados, quando inequívoca sua conduta omissiva na fiscalização dos contratos.

1. RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário interposto pelo segundo réu - Estado do Espírito Santo em face da r. sentença de Id. b0839dd, da lavra do Exmo. Juiz da 12ª Vara do Trabalho de Vitória, Fabrício Boschetti Zocolotti, que julgou procedentes em parte os pedidos aduzidos na inicial, condenando os réus, sendo o segundo de forma subsidiária, ao pagamento de adicional de insalubridade no percentual de 20% a todos os substituídos que trabalham como auxiliares de serviços gerais, bem como honorários advocatícios. Concedeu ao autor o benefício da justiça gratuita.

Em razões recursais de Id. 33f24b0, o segundo réu pleiteia a reforma da r. sentença no tocante a responsabilidade subsidiária, adicional de insalubridade, redução dos honorários advocatícios de sucumbência e condenação do autor nesta verba.

O autor não apresentou contrarrazões.

Parecer do Ministério Público do Trabalho ao Id. 70b27d9, da lavra do Exmo. Procurador Regional do Trabalho João Hilário Valentim, oficiando pelo desprovemento do apelo no que tange à responsabilidade subsidiária e adicional de insalubridade e pelo prosseguimento do feito quanto às demais matérias.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. CONHECIMENTO

Conheço do recurso ordinário interposto pelo Estado do Espírito Santo, porquanto preenchidos os pressupostos de admissibilidade recursal.

2.2. MÉRITO

2.2.1. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. FISCALIZAÇÃO NÃO EFETUADA. CULPA IN ELIGENDO E IN VIGILANDO

Na inicial, o Sindicato autor relatou que os substituídos, empregados da primeira ré (Técnica Tecnologia e Serviços Ltda) exercem ou exerceram a função de auxiliar de serviços gerais, realizando a limpeza predial e conservação das dependências da SEDURB - Secretaria de Estado de Saneamento, Habitação e Desenvolvimento Urbano, por força de contrato de prestação de serviços celebrado com o segundo réu (Estado do Espírito Santo), razão pela qual requereu a condenação subsidiária deste pelas verbas pleiteadas na presente ação.

O segundo réu defendeu-se ao Id. 2736738, negando a existência de responsabilidade subsidiária.

O juízo de origem reconheceu a responsabilidade subsidiária do segundo réu, conforme a sentença de Id. b0839dd.

Recorre o ente público alegando que sua condenação se deu pela simples existência de verbas inadimplidas, sendo desconsideradas todas as ações realizadas para garantir o cumprimento do contrato. Diz que a sentença se baseou unicamente na inversão do ônus da prova, transferindo ao ente estatal ônus que não lhe compete. Sustenta que "não perfaz legítimo que, sob o fundamento de inversão do ônus da prova (embasado, ainda, no princípio da aptidão para a prova), continue-se perpetuando decisões contrárias à norma (art. 71, §1º, da Lei de Licitações) declarada constitucional naquela ação (ADC16/DF), ao se presumir a culpa da Administração Pública".

Analisa-se.

Quanto à responsabilidade, a Administração Pública, ao transferir a terceiro a execução de serviço assume a obrigação de fiscalizar o cumprimento do respectivo contrato, conforme preveem os arts. 58, III, e 67, ambos da Lei n. 8.666/93, sendo evidentemente seu o encargo de demonstrar em Juízo que atuou com diligência na fiscalização da empresa prestadora dos serviços no que diz respeito ao cumprimento da legislação trabalhista.

O art. 58 da Lei n. 8.666/93 é claro ao dispor que: "O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: (...) III - fiscalizar-lhes a execução"; dispondo, outrossim, o art. 67 da referida lei que "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".

Atribuir ao empregado o ônus de provar que a Administração Pública não cumpriu seus deveres, além de contrariar a legislação, é exigir dele uma prova diabólica ante a enorme dificuldade ou mesmo impossibilidade de ser produzida, pois o trabalhador não tem acesso aos documentos relacionados com o processo licitatório, nem com a execução do contrato.

Neste caso os réus firmaram o Contrato nº 012/2014 para "execução de Serviços Limpeza, Conservação Predial, Copeiragem e Garçom, nas dependências da SEDURB, incluindo o fornecimento de todos os materiais e equipamentos necessários à execução dos serviços..." (Id. 06842cf).

Nesse contrato há previsão de responsabilidade da contratante (primeira ré) de pagar todos os encargos trabalhistas, anexando a cada fatura apresentada ao contratante (segundo réu), não sendo permitida a apresentação de certidões negativas como comprovação do pagamento dos encargos (alínea "h" do Id. 06842cf - Pág. 7).

Assim, a fiscalização a ser exercida pelo segundo réu não engloba apenas a execução dos serviços, mas também a escolha da empresa contratada e, principalmente, se ela cumpre as obrigações previstas em contrato quanto ao pagamento de todos os encargos trabalhistas.

Com efeito, como bem observou o Ministério Público do Trabalho no parecer de Id. 70B27d9, "se há a previsão da contratada de pagar os referidos encargos trabalhistas e fiscais, por certo, há a obrigação do ente público de fiscalizar o referido cumprimento contratual".

Em suma, o segundo réu não apresentou documentação que efetivamente comprove a fiscalização contratual quanto ao cumprimento da exigência de pagamento de adicional de insalubridade previsto na norma coletiva e não adotou medidas efetivas para reparar a lesão sofrida pelos trabalhadores relativamente à ausência do

pagamento do referido adicional, sendo cabível a sua responsabilização subsidiária, conforme o disposto na Súmula 331, item IV, do Tribunal Superior do Trabalho.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Ao deixar de fiscalizar adequadamente o regular cumprimento do contrato, o ente terceirizante causou prejuízo aos trabalhadores, devendo responder subsidiariamente pelas verbas devidas ao obreiro e inadimplidas pelo empregador, conforme os arts. 186 e 927 do CC.

Cumpra ainda mencionar que o Supremo Tribunal Federal, em 24.11.2010, por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, firmou o entendimento de que o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 é consentâneo com o texto constitucional.

Restou assentado pelo STF que o reconhecimento automático da responsabilidade do ente público tomador de serviços, com base pura e simplesmente no inadimplemento da empresa terceirizada, não é viável, diante da disciplina contida no dispositivo legal acima referenciado. Contudo, ficou decidido que, se as evidências colhidas no caso concreto fossem capazes de comprovar a desídia do ente estatal no cumprimento de suas obrigações legais, sobretudo no que diz respeito ao seu dever de fiscalizar a boa execução do contrato administrativo firmado (arts. 58, III, e 67 da Lei n. 8.666/93), a fixação da responsabilidade subsidiária deve ser aplicada

A Excelsa Corte não afastou a possibilidade de responsabilização da Administração Pública Direta e Indireta, apenas declarou que as decisões deverão ser proferidas depois de analisado com acuidade o caso concreto.

E, diante desse julgamento, em maio de 2011, o TST inseriu o item V à Súmula 331, por meio do qual afastou a responsabilidade automática da Administração Pública, mas estabeleceu a possibilidade de responsabilização caso evidenciada uma conduta culposa:

"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 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A mencionada responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada".

Ocorre que, ao tratar do assunto, os Tribunais Superiores não fixaram uma posição sobre o ônus de prova, o que permitiu a atuação hermenêutica dos órgãos inferiores. Prova disso foi a edição, em 30.4.2015, da Súmula 21 deste Tribunal Regional, ora aplicada por este Juízo, por meio da qual o TRT da 17ª região consolidou jurisprudência no sentido de que o ônus de prova é da Administração Pública.

Segundo o ora item II da Súmula nº 21, "a declaração, pelo STF, de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 não obsta o reconhecimento da responsabilidade do ente público, quando esse último não comprovar a efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações legais e contratuais do prestador de serviços como empregador".

Também é importante registrar que, em 30.3.2017, o STF, ao julgar o Recurso Extraordinário (RE) nº 760.931, apreciou novamente os aspectos que envolvem a responsabilidade da Administração Pública, firmando uma nova tese em que ratificou o entendimento de que a responsabilização não é automática, e, novamente, deixou de tratar do ônus de prova. A tese aprovada foi a seguinte: "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".

Apesar do debate entre os Ministros, a tese não tratou do ônus de prova, motivo pelo qual entende-se que ainda há liberdade hermenêutica em relação a esse ponto. E esse entendimento não é isolado.

No julgamento da Reclamação Constitucional nº 28.300, em 27.9.2017, a Excelentíssima Ministra Rosa Weber, ao denegar seguimento, expôs de forma clara que o julgamento da ADC nº 16 não enfrentou a questão do ônus probatório, nem o julgamento do RE nº 760.931.

Cito o seguinte trecho da decisão:

Limitado, outrossim, o julgamento da ADC 16 a obstaculizar a responsabilização subsidiária automática da Administração Pública - como mera decorrência do inadimplemento da prestadora de serviços -, **não resultou enfrentada a questão da distribuição do ônus probatório, tampouco estabelecidas balizas para a apreciação da prova ao julgador**, a inviabilizar o manejo da reclamação com espeque em alegada afronta à ADC 16 sob tais enfoques, conforme já decidido em várias reclamações: Rcl 14832/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 19.11.2012 , Rcl 15194/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 18.3.2013, Rcl 15385/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 15.3.2013.

No ponto, **cumpr igualmente assentar que, ao julgamento do RE 760.931, esta Suprema Corte, muito embora tenha debatido aspectos acerca das regras de distribuição do ônus da prova na espécie, culminou por não fixar balizas, respeitada, a meu juízo, a soberania das instâncias ordinárias no exame do acervo fático-probatório, cujo revolvimento é de todo vedado na instância extraordinária, assim como no bojo da reclamação constitucional.** (destaques não originais).

Além disso, no TST, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, ao apreciar os embargos interpostos nos autos nº 925-07.2016.5.05.0281, em 12.12.2019, decidiu que, no caso de terceirizações realizadas pela Administração Pública, incumbe a ela provar que fiscalizou o cumprimento das obrigações da empresa prestadora de serviços, em respeito ao princípio da "aptidão da prova", e que as decisões do Supremo Tribunal Federal não trataram do ônus de prova.

Portanto, analisando o recurso ordinário do segundo réu à luz do quadro-fático probatório dos autos, conclui-se que a fiscalização exercida foi insuficiente, mantendo-se sua responsabilidade subsidiária, uma vez que evidente sua culpa *in vigilando*.

Nego provimento.

2.2.2. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE PREVISTO EM CONVENÇÃO COLETIVA. LIMPEZA PREDIAL

Na petição inicial o Sindicato-autor relatou que os substituídos, empregados da primeira ré (Técnica Tecnologia e Serviços Ltda) exercem ou exerceram a função de auxiliar de serviços gerais, realizando a limpeza predial e conservação das dependências da SEDURB - Secretaria de Estado de Saneamento, Habitação e Desenvolvimento Urbano.

Alegou que a primeira ré não observou a CCT aplicável à categoria, que, em sua cláusula 10ª, § 1º, determina o pagamento de adicional de insalubridade no percentual de 20% sobre o piso da categoria. Requereu a condenação dos réus, sendo o segundo subsidiariamente, ao pagamento do respectivo adicional, com os devidos reflexos legais.

O Juízo de origem condenou os réus, sendo o segundo de forma subsidiária, a pagar aos substituídos do autor o adicional de insalubridade no percentual de 20%.

Irresignado, recorre o segundo réu argumentando que *"as normas de saúde e segurança do trabalho que regulamentam o direito adicional de insalubridade, bem como os procedimentos para aferição no caso concreto (realização de perícia e regulamentação por ato infralegal do órgão ministerial), definitivamente não podem ser objeto de negociação coletiva, haja vista que extrapolam os limites da autonomia privada coletiva"*.

Análise-se.

Primeiramente, registro que a não realização de perícia técnica para a apuração da insalubridade não impede a concessão do adicional respectivo. Isso porque embora a lei assegure a produção de todos os meios de prova lícitos e moralmente legítimos para se buscar a verdade processual, faculta ao Juiz admitir ou não a produção da prova requerida, em razão de seu poder diretivo na instrução do processo, outorgado pelo art. 765 da CLT,

competindo-lhe inclusive afastar, em nome da celeridade e economia processual, provas que repute inócuas, inúteis, irrelevantes ou desnecessárias e que não contribuam para a solução da lide, sem que isso importe, essencialmente, em afronta ao amplo direito de defesa garantido às partes (artigo 370 do CPC/2015).

No caso dos autos, trata-se de adicional de insalubridade estabelecido em convenção coletiva para os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial de contratos comerciais públicos e privados, conforme se extrai da cláusula 10ª das normas coletivas 2016/2016 e seguintes.

Assim, o pagamento encetado por meio de livre negociação coletiva equivale àquele realizado de forma espontânea, que, nos termos da jurisprudência iterativa, atual e notória do C. TST, torna prescindível a realização de perícia.

Nesse sentido:

"RECURSO DE REVISTA. AGENTE COMUNITÁRIO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PAGAMENTO ESPONTÂNEO. DISPENSA DE PERÍCIA. 1. Na espécie, a Corte Regional concluiu pela caracterização de condição insalubre, por restar incontroverso que a reclamante recebeu o adicional de insalubridade desde novembro de 2007, ainda que a título precário. Assentou, ainda, a inexistência de qualquer alteração acerca das condições de trabalho do agente comunitário. 2. Conforme a jurisprudência iterativa, notória e atual desta Corte uniformizadora, o pagamento espontâneo do adicional de insalubridade implica o reconhecimento, pelo empregador, do labor em condições insalubres, sendo, portanto, devido durante todo o período contratual, tornando desnecessária a perícia. Incidência do art. 896, § 7º, da CLT. Recurso de revista de que não se conhece". (TST - RR: 4456000820095090965, Relator: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 01/06/2016, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/06/2016)

Por outro lado, a cláusula 10ª da norma coletiva não padece da ilegitimidade alegada pelo Estado, pois a negociação coletiva trabalhista é o melhor caminho para se estabelecer e aperfeiçoar as condições empregatícias e sociais dos trabalhadores, tendo por isso forte incentivo pela Constituição da República de 1988, a exemplo das previsões emergentes do respectivo art. 7º, incisos VI, XIII e XXVI).

Nesse contexto, não há nulidade na cláusula convencional que prevê o pagamento de adicional de insalubridade em grau médio aos auxiliares gerais, por se tratar de norma autocompositiva decorrente de negociação coletiva realizada com base nos mandamentos constitucionais e celetistas relacionados com a proteção à saúde e à segurança do trabalhador, permitindo efetivar os princípios e garantias fundamentais sobre o tema, previstos na Carta Magna.

Pois bem.

A Cláusula 10ª do Aditivo à CCT 2016/2016, renovada nas negociações coletivas posteriores, assim dispõe quanto ao pagamento do adicional de insalubridade para os auxiliares de serviços gerais que exerçam a atividade de limpeza predial:

"CLÁUSULA DÉCIMA - PAGAMENTO DE INSALUBRIDADE

Fica convencionado que as empresas abrangidas por este Aditivo à Convenção Coletiva de Trabalho 2015/2016, a partir do dia 01 de Janeiro de 2016, procederão ao pagamento do adicional de insalubridade, em grau máximo, ou seja, no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre o piso da categoria R\$ 973,41 (Novecentos e Setenta e Três Reais e Quarenta e Um Centavos), respeitando a jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial que realizam a limpeza de banheiros públicos de uso coletivo ou de grande circulação igual ou superior a 40 (quarenta) pessoas. O pagamento do adicional aqui previsto será pago enquanto perdurar a eficácia da súmula 448 do TST.

Parágrafo 1º - Especificamente na questão de efeitos pretéritos em contratos comerciais de prestação de serviços não mais existentes, bem como nos contratos ativos, como contrapartida haverá indenização pecuniária através do pagamento do adicional de insalubridade pelo percentual de 20% (vinte por cento), a todos os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial de contratos comerciais públicos e privados, sendo pago da seguinte maneira: fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção, a partir do dia 01 de Janeiro de 2016, procederão ao pagamento do adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre o piso da categoria R\$ 973,41 (Novecentos e Setenta e Três Reais e Quarenta e Um Centavos), respeitando a jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial, exceto os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial já enquadrados no caput desta cláusula.

(...)

Parágrafo 3º - Entende-se por limpeza predial, a limpeza realizada em escolas, comércios, shopping Center, aeroportos, portos, rodoviárias, bancos e imóveis em geral, públicos e privados, tanto na área geral como na área

industrial.

Parágrafo 4º - Com a assinatura do presente aditivo, as partes se comprometem a informarem, nos autos das ações trabalhistas coletivas, ficando ressalvadas eventuais ações trabalhistas individuais em curso, que versem sobre o adicional de insalubridade de que trata o caput desta cláusula."

Da leitura da cláusula em questão, verifica-se que a solução da lide pressupõe a simples verificação do efetivo trabalho em limpeza predial a partir dos contratos de prestação de serviços firmados por entes públicos ou privados, assim entendida aquela realizada em escolas, comércios, shopping center, aeroportos, portos, rodoviárias, bancos e imóveis em geral, públicos e privados, tanto na área geral como na área industrial.

No caso deste processo, o contrato de prestação de serviços celebrado entre a primeira ré - Técnica Tecnologia e Serviços Ltda e o segundo réu - Estado do Espírito Santo, tem como objeto a prestação de serviços de limpeza, conservação predial, que se insere na condição de imóveis "públicos" prevista no parágrafo terceiro da cláusula 10ª.

Por outro lado, não há espaço para a discussão sobre a aplicabilidade da Súmula 448 do C.TST, uma vez que o direito ao adicional de insalubridade está contemplado no instrumento normativo da categoria.

Outrossim, a decisão de improcedência do pedido formulado pelo Sindicato das Empresas de Asseio e Conservação do Estado do Espírito Santo (SEACES), nos autos do Processo nº 0039221-60.2016.8.08.0024, referente à imposição geral, incondicionada e abstrata à Administração Pública de inclusão do adicional de insalubridade devido aos Auxiliares de Serviços Gerais, em todos os contratos licitados para prestação de serviço de limpeza, não se relaciona com o objeto da presente demanda, em que o reconhecimento do direito ao adicional de insalubridade, como mencionado acima, encontra respaldo em norma coletiva da categoria.

Dessa forma, ante a expressa previsão em convenção coletiva, fazem jus os substituídos ao adicional de insalubridade de 20%, observados os termos da sentença.

Nego provimento.

2.2.3. REDUÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA

O juízo de origem condenou os réus ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência no percentual de 10% sobre o crédito reconhecido a cada trabalhador em ação própria caso o trabalhador esteja assistido pelo sindicato na ação individual de liquidação e, no caso de o trabalhador ser assistido por advogado particular na ação individual de liquidação, 5% de honorários para o advogado particular e 5% para o sindicato em razão da atuação na ação coletiva.

Nas razões recursais o segundo réu pede a redução argumentando que o percentual de 10% arbitrado em desfavor das rés revela-se desproporcional à extensão do trabalho despendido pelo patrono da parte contrária, diante da baixa complexidade da causa.

Analisa-se.

A reclamação trabalhista foi ajuizada em 18/05/2021, portanto após a entrada em vigor da Lei 13.467/17 que se deu em 11/11/17. Assim, os honorários advocatícios de sucumbência devem ser arbitrados com base nos parâmetros do artigo 791-A, § 2º, da CLT:

"Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

(...)

"§ 2º Ao fixar os honorários, o juízo observará:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço".

Com base nos critérios supratranscrito, entendo razoável e proporcional a manutenção dos honorários advocatícios devidos pelos réus na forma e nos percentuais estabelecidos pela sentença.

Nego provimento.

2.2.4. CONDENAÇÃO DO AUTOR EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA

Considerando a total sucumbência da parte ré, o juízo de origem condenou os réus ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, da forma transcrita na seção 2.2.3, supra. Em razões recursais o segundo réu pede a condenação do autor ao pagamento da verba honorária.

Como não houve reforma da sentença, não há sucumbência do autor e conseqüente não cabe a sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência.

Além disso, quanto o sindicato atua em defesa de direitos individuais homogêneos de seus sindicalizados, deve-se aplicar o microsistema de direito coletivo previsto pelo ordenamento jurídico, com destaque para as Leis nº 7.347/85 e Lei 8.078/90, segundo as quais, ressalvada a hipótese de má-fé, ficará expressamente afastada a possibilidade de condenação ao recolhimento de custas ou pagamento de honorários e outras despesas processuais por parte da associação autora, incluindo-se nesta expressão as entidades sindicais.

Nesse sentido a Súmula 60 deste Regional:

SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. GRATUIDADE DE USTIÇA. Ao sindicato, quando atua como substituto processual em defesa de interesses e direitos coletivos lato sensu, aplicam-se as normas relativas às ações coletivas, concedendo-se a gratuidade de justiça nos termos dos artigos 87 da Lei 8.078/90 e 18 da Lei 7.347/85. A condenação ao pagamento de honorários e demais despesas processuais condiciona-se a comprovação da má-fé da entidade sindical.

Nego provimento.

3. ACÓRDÃO

ACORDAM os Desembargadores da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, na 1ª Sessão Ordinária de Julgamento Presencial, em 23 de janeiro de 2023, com início às 13:30h, sob a Presidência da Exma. Desembargadora Daniele Corrêa Santa Catarina, com a participação dos Exmos. Desembargadores Sônia das Dores Dionísio Mendes e Valério Soares Heringer, e presente o Ministério Público do Trabalho, Procurador, Estanislau Tallon Bozi. por unanimidade, conhecer do recurso ordinário do segundo réu e, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se o valor da condenação.

Suspeição da Des. Ana Paula Tauceda Branco.

DESEMBARGADOR VALÉRIO SOARES HERINGER
Relator

PJe



Assinado eletronicamente por: [VALERIO SOARES HERINGER] - f0d45b5
<https://pje.trt17.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>



Documento assinado pelo Shodo



RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA (1009)

PROCESSO nº 0000215-15.2021.5.17.0010 (ROT)

RECORRENTE: ESTADO DO ESPIRITO SANTO

**RECORRIDO: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES,
ENGEFLEX EIRELI - EPP**

RELATORA: DESEMBARGADORA WANDA LÚCIA COSTA LEITE FRANÇA DECUZZI

EMENTA

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. PROC. 0039221-60.2016.8.08.0024. IMPOSSIBILIDADE DE SE ATRIBUIR AO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO FALHA NA FISCALIZAÇÃO. O STF, ao julgar a ADC 16, considerou constitucional o art. 71 da Lei 8.666/93, não afastando, todavia, a possibilidade de se imputar responsabilidade subsidiária aos entes públicos na hipótese de conduta culposa na fiscalização do cumprimento das obrigações legais e contratuais pelo prestador de serviços, nos moldes da Súmula 331, V, do TST e da Súmula 21 deste Regional. Contudo, na hipótese dos autos, o único direito reconhecido foi o adicional de insalubridade, relativamente ao qual, em decorrência da decisão proferida pela Justiça Comum Estadual no proc. 0039221-60.2016.8.08.0024, não há como se atribuir ao Estado do Espírito Santo falha na fiscalização.

1. RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário interposto pelo 2º reclamado, em face da r. sentença da 10ª Vara do Trabalho de Vitória (id. 63e1057), prolatada pelo MM Juíza MAURICIO CORTES NEVES LEAL, que julgou procedentes os pedidos deduzidos na inicial.

Razões recursais (id. 2fee6b0) arguindo preliminares e, no mérito, pugnando pela reforma do julgado no que se refere a responsabilidade subsidiária, adicional de insalubridade e juros de mora.

Não obstante intimado, o sindicato autor não apresentou contrarrazões.

Parecer do MPT (id. d83d610) oficiando pelo não provimento do recurso ordinário.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Preenchidos os pressupostos legais para a admissibilidade, conheço do recurso ordinário.

2.2. PRELIMINAR DE *ERROR IN PROCEDENDO*

Argui o 2º reclamado preliminar, aduzindo:

"Em virtude de a r. Sentença recorrida ter considerado a existência de natureza coletiva da demanda, cumpre observar outra peculiaridade específica das ações coletivas, que reside na exigência de notificação adequada dos Substituídos para tomarem ciência da propositura da demanda coletiva pelo Sindicato-autor.

A exigência de notificação adequada dos Substituídos, destinatários do provimento judicial pretendido pelo Sindicato-Autor, é necessária para que eles optem entre continuar com ações individuais eventualmente já propostas ou em aguardar o julgamento da presente demanda.

Os artigos 94 e 104, da Lei 8.078/1990 dão a dimensão do instituto em tela, in verbis: [...] [...]

Assim, os Substituídos devem ser notificados para que tomem ciência da lide coletiva, sendo-lhes facultado pedirem suspensão dos seus processos individuais ou prosseguirem, individualmente, na busca do provimento jurisdicional pretendido."

À análise.

Dispõe o art. 94 do CDC:

"Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor."

Em que pese o teor desse dispositivo, consolidou a jurisprudência o entendimento de que a não publicação do edital não eiva de nulidade a ação coletiva. E, de fato, o art. 8º, III, da CF/1988 confere legitimidade ativa aos sindicatos para *"a defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas"*. De tal forma que a não publicação do edital não redunde em prejuízo ao trabalhador, já que os seus direitos e interesses são defendidos, na ação coletiva, pelo sindicato.

Inclusive, dispõe o Tema Repetitivo 877 do STJ:

"Tema 877 - O prazo prescricional para a execução individual é contado do trânsito em julgado da sentença coletiva, sendo desnecessária a providência de que trata o art. 94 da Lei n.8.078/90." (Grifo nosso)

Por sua vez, o art. 104 do CDC dispõe:

"As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva."

Como se nota, a interpretação do 2º reclamado quanto a esse dispositivo é equivocada: como está claro, a cientificação da ação coletiva deve ocorrer nos autos da ação individual. É dizer, nenhuma providência, quanto ao art. 104 do CDC, deveria ser adotada nestes autos.

Destarte, não prospera a preliminar.

Rejeito.

2.3. PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA

Argui o 2º reclamado preliminar, aduzindo:

"A r. Sentença recorrida aduz que cabe ao Sindicato a defesa de direitos coletivos, difusos e homogêneos da categoria, sendo assegurada ampla liberdade de atuação do Sindicato como substituto processual.

Maxima venia, em que pese o direito ao cumprimento de cláusula convencional possuir natureza fundamentalmente coletiva, faz-se necessário atentar para as especificidades do objeto do pedido em debate, especialmente no que tange à responsabilidade subsidiária do Ente Público, já que a materialização dos direitos abstratos concedidos por meio de Convenção Coletiva de Trabalho depende da análise concreta da in(existência) de labor em dependências do Ente Público, bem como das condições de trabalho a que cada empregado está submetido, o que retira o caráter homogêneo do direito à percepção de adicional de insalubridade.

Na presente demanda, subjugado pelo conceito abrangente da "origem comum" dos direitos individuais homogêneos, o Sindicato-Autor vem a Juízo pedir a proteção de direitos individuais heterogêneos. [...]

Na presente demanda, o SINDILIMPE/ES não está a defender interesse da categoria, mas, sim, interesse individual heterogêneo, significando dizer que a questão em debate não é coletiva, não tem origem comum e

depende da análise concreta de cada caso.

Trata-se, em verdade, de ação pseudocoletiva, na medida em que o próprio pedido de responsabilização subsidiária requer uma análise probatória concreta. [...]

Assim, não se mostra cabível o ajuizamento da reclamatória na modalidade coletiva, afinal, o fato de cada "Substituído" possuir uma situação fática e jurídica própria retira completamente o caráter homogêneo do direito pleiteado.

Ora, tais pedidos além de demasiadamente genéricos são heterogêneos, pois dependem da individualização de cada trabalhador, dos postos de trabalho, de Laudos Ambientais dos postos de trabalho que comprovem a existência do labor insalutífero, dos respectivos contratos de prestação de serviços, a fim de se determinar o valor devido a cada Substituído, o que inviabiliza o direito constitucional ao contraditório, além da necessária comprovação de que, verdadeiramente, tenham prestado serviços nas dependências do Ente Público Estadual.

O caráter pseudocoletivo é evidente quando, por exemplo, o Sindicato-Autor requer a procedência total dos pedidos, de modo a requerer a condenação das Reclamadas no pagamento do adicional de insalubridade em grau de 20% (vinte por cento) "para todos os substituídos que exercem/exerceram a função de auxiliar de serviços gerais no contrato celebrado com a Secretaria de Estado de Ciência, Tecnologia, Inovação e Educação Profissional, nos termos da Cláusula 10ª, §1º, da CCT, desde o início do contrato de trabalho, em parcelas vencidas e vincendas", denotando a necessidade de investigação individualizada da situação de cada indivíduo, o que não se coaduna com a natureza de tutela homogênea. [...]

E mais: há flagrante prejuízo ao contraditório e ampla defesa, haja vista que o número de pseudossubstituídos pode ser expressivo, tornando impossível a apresentação de defesa que contemple individualmente a situação de cada trabalhador ou mesmo a identificação da efetiva prestação do serviço nas dependências do Ente Público e, em caso positivo, se existiu exposição a agente insalubre.

É importante ressaltar a necessidade de indicação/especificação dos empregados da primeira Reclamada que efetivamente prestaram serviços para o Ente Público Estadual, tendo em vista que o universo de Empregados da 1ª Reclamada certamente não presta serviços para o Ente Público, de modo a se evitar o tão combatido enriquecimento sem causa.

Portanto, pede a reforma do r. Decisum, para reconhecer a ilegitimidade ativa do SINDILIMPE/ES, seja porque se trata da defesa dos interesses heterogêneos de pseudossubstituídos, seja pelo manifesto prejuízo ao Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa."

À análise.

Na inicial, aduziu o sindicato autor:

"A 1ª Reclamada é detentora de contrato de prestação de serviços de limpeza e conservação predial com o 2º Reclamado, por força de contrato celebrado com a Secretaria de Estado de Ciência, Tecnologia, Inovação e Educação Profissional.

Os substituídos, empregados da 1ª Reclamada, exercem a função de auxiliar de serviços gerais, realizando a limpeza predial e conservação das dependências da Escola Vasco Coutinho, em Vila Velha, e, demais imóveis subordinados à Secretaria de Estado de Ciência, Tecnologia, Inovação e Educação Profissional.

Apesar do disposto na Cláusula 10ª, § 1º, da CCT, a 1ª Reclamada não realiza o pagamento do adicional de insalubridade no percentual de 20%, desde o início do contrato.

Por isso, a presente demanda pleiteia: a) condenação das reclamadas no pagamento de adicional de insalubridade no percentual de 20%, desde o início do contrato entre as reclamadas, em parcelas vencidas e vincendas; b) multa pelo descumprimento da CCT; c) condenação das Reclamadas no pagamento de honorários advocatícios."

Ao final, postulou o sindicato autor:

"Assim, requer a condenação das Reclamadas, a 2ª de forma subsidiária, no pagamento do adicional de insalubridade no percentual de 20% (vinte por cento) para todos os substituídos que exercem/exerceram a função auxiliares de serviços gerais no contrato celebrado com a Secretaria de Estado de Ciência, Tecnologia, Inovação e Educação Profissional, nos termos da Cláusula 10ª, §1º, da CCT, desde o início do contrato de trabalho, em parcelas vencidas e vincendas." (Grifo nosso)

A cláusula 10ª, §1º, da CCT dispõe:

"CLÁUSULA DÉCIMA - PAGAMENTO DA INSALUBRIDADE

Fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção Coletiva de Trabalho pagarão adicional de insalubridade, em grau máximo, ou seja, no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre a base de cálculo de R\$ 1.060,00 (Um Mil e Sessenta Reais), proporcional à jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais banheirista que realizam a limpeza de banheiros públicos de uso coletivo ou de grande circulação igual ou superior a 40 (quarenta) pessoas. O pagamento do adicional aqui previsto será pago enquanto perdurar a eficácia da súmula 448 do TST.

Parágrafo 1º - A todos os trabalhadores que exercem as funções de Auxiliar de Serviços Gerais de limpeza predial e Merendeira, fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção pagarão adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre a base de cálculo de R\$ 1.060,00 (Um Mil e Sessenta Reais), proporcional a jornada laborada, exceto os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial já enquadrados no caput desta cláusula. (Grifo nosso)

Parágrafo 2º - Entende-se por limpeza predial, a limpeza realizada em escolas, comércios, shopping Center, aeroportos, portos, rodoviárias, bancos e imóveis em geral, públicos e privados, tanto na área geral como na área industrial."

Vejamos.

Nos termos do art. 81, parágrafo único, III, do CDC, direitos individuais homogêneos são aqueles "*decorrentes de origem comum*".

Ora, se está o sindicato autor a postular o cumprimento de cláusula de norma coletiva que garante aos "*trabalhadores que exercem as funções de Auxiliar de Serviços Gerais de limpeza predial e Merendeira*" o "*adicional de insalubridade de 20%*", resta evidente que o sindicato autor está postulando, em benefício dos substituídos, um direito individual homogêneo.

Afinal, o direito individual ao adicional de insalubridade de 20% é garantido a todos os "*trabalhadores que exercem as funções de Auxiliar de Serviços Gerais de limpeza predial e Merendeira*".

Desta feita, adequado o ajuizamento da ação coletiva.

Não há falar que "*a materialização dos direitos abstratos concedidos por meio de Convenção Coletiva de Trabalho depende da análise concreta [...] das condições de trabalho a que cada empregado está submetido*", porquanto a CCT simplesmente garante aos "*trabalhadores que exercem as funções de Auxiliar de Serviços Gerais de limpeza predial e Merendeira*" o "*adicional de insalubridade de 20%*", independentemente de estar o trabalhador efetivamente submetido a condições insalubres.

A questão diz respeito ao mérito: ou reputa-se válida essa cláusula e determina-se a sua aplicação, independentemente de laudos periciais, ou reputa-se essa cláusula inválida, o que conduz à improcedência do pedido. É dizer, em nenhuma hipótese haveria falar em análise concreta a inviabilizar a ação coletiva.

Por sua vez, a afirmação de que a "*materialização dos direitos abstratos concedidos por meio de Convenção Coletiva de Trabalho depende da análise concreta da in(existência) de labor em dependências do Ente Público*" é pertinente, mas não obsta o ajuizamento da ação coletiva. Trata-se de questão que, restando mantida a procedência do pedido coletivo, deverá ser enfrentada nos bojos das execuções individuais de sentença coletiva que serão ajuizadas.

O pedido do sindicato autor é de condenação "*no pagamento do adicional de insalubridade no percentual de 20% (vinte por cento) para todos os substituídos que exercem/exerceram a função auxiliares de serviços gerais no contrato celebrado com a Secretaria de Estado de Ciência, Tecnologia, Inovação e Educação Profissional, nos termos da Cláusula 10ª, §1º, da CCT*", de tal forma que poderá o 2º reclamado, nas execuções individuais de sentença coletiva, se for o caso, defender que o substituído não está vinculado ao "*contrato celebrado com a Secretaria de Estado de Ciência, Tecnologia, Inovação e Educação Profissional*".

Mesmo tratando-se de direito individual homogêneo, faz-se necessário que o substituído comprove estar abrangido pela sentença coletiva.

Ou seja, não há falar em prejuízo aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Destarte, não prospera a preliminar.

Rejeito.

2.4. MÉRITO

2.4.1. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Recorre o 2º reclamado contra a sua condenação subsidiária, aduzindo:

"Maxima venia, equivocou-se o r. Decisum, eis que não há nos Autos prova da suposta culpa in vigilando ou in eligendo no sentido que, imputar responsabilidade do Estado com presunção de culpa, implica considerar que qualquer inadimplemento da empresa prestadora de serviços seria decorrente de omissão do Ente Público, em contrariedade ao entendimento pacificado pelo STF nos Autos do RE 760.931/DF (Tese de Repercussão Geral - Tema 246), que conduz à violação literal do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 e má aplicação da Súmula 331 desse C.TST.

Por todos os aspectos que se analise a questão deduz-se que o Ente Público seguiu integralmente os preceitos legais e depositou fiel confiança no lúdimo provimento jurisdicional proferido nos Autos 0039221-60.2016.8.08.0024. Assim, nos termos da Lei 8.666/93, obedeceu rigorosamente às regras de Licitação Pública para prestação de serviços de conservação e limpeza.

É inegável que o teor do mandamento jurisdicional emanado nos Autos da Ação 0039221-60.2016.8.08.0024 traz repercussões importantes para a análise da presente lide, na medida em que os efeitos da Decisão proferida pela Justiça Comum Estadual se estendem ao Ente Público (ora condenado como devedor subsidiário), que em consequência do referido Julgado deixou de prever nos editais de licitação o pagamento de insalubridade 20% para Auxiliares de Serviços Gerais (declarado inconstitucional). [...]

No caso em pauta, não resta evidenciada, sob qualquer aspecto, omissão culposa do Ente Público diante do conhecimento de situação de ilegalidade, haja vista que agiu amparado nas conclusões do Mandamento Judicial emanado da 3ª Vara da Fazenda Pública Estadual, Municipal, Registros Públicos, Meio Ambiente e Saúde, que declarou a ilegalidade da Cláusula Convencional que se exige o cumprimento, desobrigando a inclusão da parcela indenizatória nos editais de licitação.

O Poder Judiciário, quando provocado a se manifestar acerca da obrigatoriedade de previsão do adicional de insalubridade convencional, manifestou-se nos Autos do processo 0039221-60.2016.8.08.0024, no sentido de que "não se deve permitir que a Administração Pública realize dispêndios de recursos públicos com adicional de insalubridade para os serviços de limpeza, sem que haja atendimento às condições legais estabelecidas expressamente na CLT, atendo-se, tão somente, no que restou pactuado entre os sindicatos representativos na Convenção Coletiva de Trabalho" (Sentença nos Autos).

De igual modo, o provimento jurisdicional contido no Acórdão proferido pela Justiça Comum Estadual nos Autos 0039221-60.2016.8.08.0024 expressamente declara a ilegalidade da previsão convencional irrestrita de pagamento de adicional de insalubridade aos Auxiliares de Serviços Gerais, haja vista que a previsão contida na CCT em comento extrapola os limites da lei cogente.

Denota-se, portanto, que a legislação de regência condiciona o pagamento do adicional de insalubridade à identificação de circunstâncias expressamente previstas na legislação e concretamente comprovadas por LTCAT.

Não obstante às expressas prescrições legais, a Convenção Coletiva 2015/2016 (e subsequentes) instituiu um adicional de insalubridade de forma automática para toda uma categoria profissional, sem que o local da prestação dos serviços seja insalubre, sem necessidade de perícia ou mesmo da observância da qualificação por parte do órgão competente. [...]

Inferre-se, portanto, que a Convenção Coletiva foi além da própria legislação ordinária, contrariando competência normativa expressamente atribuída ao Ministério do Trabalho e a exigência de procedimento adequado (perícia técnica) para a averiguação do preenchimento das condições estabelecidas em lei.

Nesse sentido, imputar ao jurisdicionado ônus por confiar na atividade jurisdicional subverte a lógica constitucional pautada na Segurança Jurídica, cuja observância é essencial para a estabilidade das relações jurídicas e a pacificação social, objetivo-fim da ordem jurídica intrínseca ao Estado Democrático de Direito. [...]

É imprescindível reconhecer a incidência do teor da r. Decisão Judicial emanada da Justiça Comum Estadual, eis que a força obrigatória da mesma é inerente ao fato de a Justiça do Trabalho ter expressamente declinado da competência para apreciar o feito no momento do ajuizamento da Reclamação Trabalhista 0001761-42.2015.5.17.0002.

Diante do contexto fático e jurídico em que se enquadra a temática, não se apresenta como razoável que o Ente Público seja surpreendido em momento posterior simplesmente por ter cumprido os Comandos Legal e Judicial acerca do objeto jurídico do presente feito.

Nesses termos, a exigência de fiscalização nos moldes preconizados pela Súmula 331 do C. TST é incompatível com o teor da prova técnica, bem como do provimento jurisdicional supramencionado, razão pela qual imputar responsabilidade ao Ente Público nos moldes da r. Sentença significa ofender o Princípio da Segurança Jurídica, redundando inevitavelmente em condenação por "mero inadimplemento", em afronta ao Tema de Repercussão Geral 246 do E. STF. [...]

Assim, por tudo que foi exposto, resta inescapável que, ao reconhecer responsabilidade subsidiária do Ente Público com base em presunção de culpa e inversão do ônus da prova, ou seja, sem prova inequívoca e taxativa de falha sistemática, contraria a norma jurídica geral e concreta, extraída do precedente formalmente vinculante (art. 927, V, CPC) firmado no RE 760.931/DF.

No caso, considerando que somente é possível imputar dever de cuidado quando a consequência jurídica decorrer de previsão legal, não se pode atribuir à Administração Pública culpa in vigilando, já que o Ente Público atuou respaldado pelo provimento jurisdicional emanado da Justiça Comum Estadual."

À análise.

Esta 2ª Turma enfrentou esta questão no EDRO 0000960-84.2019.5.17.0003 - ação ajuizada pelo ora sindicato autor no qual o ESTADO DE ESPÍRITO SANTO também figura como 2º reclamado - da minha própria relatoria, vindo a decidir, à unanimidade, na sessão ordinária virtual eletrônica do dia 21/10/2021, nos seguintes termos:

"O STF, ao julgar a ADC n.º 16, considerou constitucional o art. 71 da Lei n.º 8.666/93, não afastando, todavia, a possibilidade de imputar a responsabilidade subsidiária aos entes da Administração Pública pelos encargos trabalhistas devidos pela prestadora dos serviços, quando ficar comprovada conduta culposa do tomador na fiscalização do cumprimento das obrigações legais e contratuais do prestador de serviços como empregador, nos moldes da Súmula 331, V, do TST e Súmula 21 deste Regional.

A questão envolvendo a responsabilidade subsidiária da Administração Pública retornou à pauta do STF. No julgamento do Recurso Extraordinário n.º 760.931/DF, em 30.03.2017, a Suprema Corte, em regime de repercussão geral, confirmou a constitucionalidade do art. 71, §1.º, da Lei n.º 8.666/93, adotando a tese de que "o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário".

Se é certo que os precedentes judiciais firmados acima afastam as hipóteses de responsabilidade objetiva e de transferência automática da responsabilidade em virtude do simples inadimplemento de verbas trabalhistas, a conclusão da Suprema Corte não altera a possibilidade de a Administração Pública vir a ser responsabilizada subsidiariamente quando agir de forma omissa ou negligente na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas.

Com efeito, demonstrada a culpa in vigilando da Administração Pública, viável se torna a sua responsabilização pelos encargos devidos ao trabalhador, tendo em vista que, nessa situação, responderá pela sua própria incúria.

Não obstante, na hipótese, o único direito reconhecido na presente ação foi o adicional de insalubridade, sendo certo que, ante a decisão proferida pela Justiça Comum Estadual no proc. n.º 0039221-60.2016.8.08.0024, conforme tese apresentada em contestação pelo 2.º réu e reiterada no apelo sem qualquer impugnação do autor, não há como se atribuir ao tomador falha na fiscalização.

Nos autos da demanda 0039221-60.2016.8.08.0024, as decisões de 1.º e 2.º graus estabeleceram em mesmo sentido (ID. 6504e02 - Pág. 8 e ID. 9aa36d9 - Pág. 9):

Sentença:

Assim, não se deve permitir que a Administração Pública realize dispêndios de recursos públicos com adicional de insalubridade para os serviços de limpeza, sem que haja atendimento às condições legais estabelecidas expressamente na CLT, atendo-se, tão somente, no que restou pactuado entre os sindicatos representativos na Convenção Coletiva de Trabalho.

Acórdão:

(...)

Deste modo, a meu ver, revela-se descabida a imposição geral, incondicionada e abstrata à Administração Pública de inclusão do adicional de insalubridade em todos os contratos, indistintamente, sem que haja norma legal estrita prevendo tal obrigação.

Assim sendo, nego provimento ao apelo autoral.

Dou provimento aos embargos do réu para, sanando a omissão acima identificada, acrescer a fundamentação supra ao julgado, atribuindo-lhe efeito modificativo.

Sem delongas, mantém esse entendimento, sob a mesma fundamentação, a qual fica aqui reiterada.

Destarte, prospera o recurso do 2º reclamado.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso ordinário do 2º reclamado, para afastar a sua responsabilidade subsidiária.

Afastada a responsabilidade do 2º reclamado, ficam prejudicadas as demais matérias tratadas no recurso.

ACÓRDÃO

A C O R D A M os Magistrados da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, na 13ª Sessão Ordinária Virtual Eletrônica, conforme ATO PRESI nº 28/2020, com início às 13:30 horas do dia 23.06.2022 e término às 13:30 horas do dia 28.06.2022, sob a Presidência da Exma. Desembargadora Claudia Cardoso de Souza, com a participação das Exmas. Desembargadoras Wanda Lúcia Costa Leite França Decuzzi, Marise Medeiros Cavalcanti Chamberlain e do douto representante do Ministério Público do Trabalho, Procurador: Eduardo Maia Tenório da Cunha; por

unanimidade, conhecer do recurso ordinário do 2º reclamado; rejeitar as preliminares arguidas e, no mérito, dar-lhe provimento nos termos da fundamentação, que integra este dispositivo.

WANDA LÚCIA COSTA LEITE FRANÇA DECUZZI
Desembargadora Relatora

VOTOS

PJe



Assinado eletronicamente por: [WANDA LUCIA COSTA LEITE FRANÇA
DECUZZI] - a186f04

<https://pje.trt17.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>



Documento assinado pelo Shodo



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO
10ª VARA DO TRABALHO DE VITÓRIA

ACum 0000215-15.2021.5.17.0010

RECLAMANTE: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL
ES

RECLAMADO: ENGEFLEX EIRELI - EPP E OUTROS (2)

SENTENÇA

1 Relatório

Vistos etc.

Ação proposta por **SINDILIMPE/ES - SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPIRITO SANTO** em face de **ENGEFLEX EIRELI e ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, em que são postulados os pedidos constantes na petição inicial.

Em audiência, foi recusada a proposta conciliatória, foram recebidas as contestações já juntadas aos autos, tendo o reclamante entendido ser necessário a juntada de documentos pela 1ª reclamada, com a relação de trabalhadores e ex-trabalhadores que trabalharam no contrato firmado pelas reclamadas.

Despacho indeferindo a produção de prova pericial, em virtude da ociosidade.

É o relatório.

2 Fundamentação

2.1 Preliminares

2.1.1 Inépcia da petição inicial

A 2ª reclamada aduz que a ausência de relação de substituídos traz prejuízos à defesa, bem como de que o sindicato está pleiteando direitos individuais homogêneos.

Sem razão, contudo.

O excelso Pretório vem se manifestando corriqueiramente pela amplitude irrestrita da substituição processual dos sindicatos, que passa a ser legítimo para defender direitos coletivos, difusos e homogêneos da categoria e, com isso, evidentemente, a permanência da exigência em foco seria um contra-senso, mesmo porque haverá casos em que a determinação sequer será possível.

Essa posição, inclusive, já vinha sendo por vezes fixada pelo c. TST logo em 2003, quando da supressão do referido Enunciado, como noticiado na época.

22/12/2003 – Ação movida por sindicato sobrepõe-se a iniciativa individual

... O relator do recurso de revista, ministro Lélío Bentes Corrêa, observou que a exigência da juntada da lista de substituídos processualmente é controvertida na jurisprudência, mas defende que a exigência é dispensável. “Uma das finalidades da substituição processual é a preservação dos beneficiários ante as pressões que podem advir na relação de trabalho. A postulação por intermédio da entidade de classe desonera o trabalhador, ainda que parcialmente, do ônus de enfrentar seu empregador em juízo, individualmente”, defendeu o relator. “Nesse sentido, a defesa coletiva de direitos deve ser incentivada, como meio de ampliar o acesso à Justiça dos cidadãos trabalhadores”. ...

O c. TRT desta 17ª região, aliás, já se manifestou também no mesmo sentido e o posicionamento foi mantido pelo c. TST, senão vejamos.

... SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. A Súmula 310 do TST, que restringia as hipóteses de legitimidade do sindicato em caso de substituição processual, foi cancelada pela Resolução 119/2003 desta Corte. Naquela oportunidade, reconheceu-se que a legitimidade do sindicato para defesa de direitos individuais homogêneos - decorrentes de uma mesma lesão e pertencentes a uma mesma categoria - insere-se na amplitude da representação sindical prevista no art. 8º, inc. III, da Constituição da República. Desnecessária a indicação do rol de substituídos para viabilizar a legitimação extraordinária do sindicato. ... (Proc: RR - 1183 /1997-121-17-00, DJ: 30/06/06; Órgão: 5ª Turma)

No voto do relator, inclusive, é possível colher elementos ainda mais consistentes e corroborarem a tese.

1.2. PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO. FALTA DE PRESSUPOSTO PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DOS SUBSTITUÍDOS

O Tribunal Regional rejeitou a preliminar de inépcia da petição inicial pela ausência de rol dos substituídos, sintetizando o seu entendimento na seguinte ementa:

INÉPCIA DA INICIAL. O Sindicato, na forma do art. 8º da CF/88, substitui toda a categoria, não havendo que se falar em necessidade da anexação da lista de substituídos aos autos. Ademais, da peça de ingresso, claramente se extrai o intuito do sindicato autor, que é o pagamento de horas extras decorrentes do não cumprimento do Acordo Coletivo de Trabalho. Não há, pois, falar em inépcia da inicial por falta de causa de pedir e de interesse processual. ...

De início, lembre-se que a Súmula 310 do TST, que negava a substituição ampla pelo sindicato, foi cancelada pela Resolução 121/2003 desta Corte.

Saliente-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal tem entendido que o art. 8º, inc. III, da Constituição da República assegura ampla liberdade de atuação do sindicato como substituto processual. ...

Ressalte-se que, recentemente, em caso em que era discutida a exigibilidade da relação de substituídos, esta Corte, em acórdão proferido pela Primeira Turma, assim se manifestou:

INÉPCIA DA INICIAL. RELAÇÃO DOS SUBSTITUÍDOS. CONDIÇÃO DA AÇÃO. INEXIGÊNCIA. A relação de substituídos não é condição de procedibilidade na ação movida pelo sindicato, como substituto processual. Tal exigência, além de não estar prevista em lei, propicia ao empregador exercer sobre o empregado ostensivamente substituído, de forma mais intensa e freqüente, constrangimentos, pressões e até retaliações ilegítimas que, não raro, comprometem o escopo da substituição processual sindical. 2. Fortalece ainda mais esse entendimento o fato de o Código de Defesa do Consumidor, aplicável supletivamente ao processo trabalhista (CLT, artigo 769), ao disciplinar as demandas coletivas, em momento algum cogitar de rol de substituídos. 3. Admitindo-se que a substituição processual sindical dá-se em prol de direitos individuais homogêneos de todos os empregados da empresa demandada integrantes da categoria profissional representada pelo substituto, não faz mais sentido exigir-se rol de substituídos na demanda coletiva. 4. Outrora, ao tempo em que se restringia o âmbito da substituição processual sindical aos associados, poder-se-ia justificar semelhante formalidade, a bem da liquidação de sentença e do maior favorecimento ao direito de defesa do demandado. Sobrevindo, porém, o cancelamento da Súmula nº 310 do TST, a exigência do

rol de substituídos constitui também uma excrescência (RR-488.517/98, 1ª Turma, Relator Ministro João Oreste Dalazen, DJ de 5/11/2004).

No mesmo sentido, o c. TST já deixou assente em sua jurisprudência que a legitimidade do sindicato profissional, na defesa dos direitos da categoria que representa, não deve ser restringida com a adoção de exigências não previstas em lei, podendo atuar independente de relação ou autorização dos substituídos, conforme ementa abaixo:

PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO SINDICATO.

O posicionamento pacificado no TST, na linha do Supremo Tribunal Federal, é o de que as entidades sindicais profissionais detêm amplo espectro de atuação na defesa dos interesses das respectivas categorias, possuindo legitimidade para atuar como substitutas em processos cujas controvérsias recaiam sobre direitos coletivos, individuais homogêneos ou, ainda, subjetivos específicos, não havendo que falar em necessidade de autorização expressa ou de juntada de rol de substituídos como condição de procedibilidade da reclamação . Precedentes. O Tribunal Regional decidiu em sintonia com a jurisprudência deste Tribunal Superior do Trabalho, razão pela qual não há que se falar em violação legal ou constitucional, sendo desnecessária a análise da divergência jurisprudencial, nos termos do artigo 896, § 7º, da CLT. (...)” (TST-Ag-AIRR-11118-26.2014.5.18.0011, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT de 05/04/2019 – g. n.)

Ante a amplitude da previsão do inc. III do art. 8º da Carta da República, tem sido corriqueiramente reconhecida aos sindicatos substituição processual irrestrita, tendo, aliás, o c. TST cancelado o então restritivo En. 310, o que, após 10 anos de vigência, demonstra a intenção ampliativa.

Ademais, após isso se vêem julgamentos como o noticiado pelo próprio c. TST abaixo indicando tal caminho.

22/09/2005 – TST assegura substituição processual ampla a sindicato

Em decisão unânime, a Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho confirmou o direito do sindicato atuar como substituto processual da categoria a fim de assegurar o cumprimento de norma coletiva. ...

“Se dúvida havia quanto à amplitude do instituto da substituição processual, tornaram-se insubsistentes ante o disposto no

artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, que expressamente autoriza a atuação ampla das entidades sindicais representativas das categorias, dada a sua missão institucional de defesa dos direitos e interesses individuais e coletivos da categoria respectiva”, afirmou o ministro Lélío Bentes Corrêa (relator) ao deferir o recurso sindical. ...

O exame do recurso no TST levou ao esclarecimento do alcance da substituição processual pelo sindicato. Conforme o relator, a jurisprudência atualizada – tanto no TST, quanto no Supremo Tribunal Federal – vem se firmando no sentido de reconhecer que o art. 8º, III, do texto constitucional assegura a substituição ampla, de toda a categoria, pela entidade sindical.

Nesse novo contexto, Lélío Bentes ressaltou, por fim, a inviabilidade da incidência do art. 872, parágrafo único, da CLT – que restringe a atuação do sindicato ao âmbito dos interesses apenas de seus associados. “Às normas infraconstitucionais não é dado dispor de forma contrária ao texto da Constituição nem tampouco impor restrições que a norma fundamental não estabeleceu”, concluiu. (RR 121294/2004-900-04-00.4)

Aliás, o c. TST tem admitido até mesmo a substituição processual de um só substituído, na hipótese de direito tipicamente individual, senão vejamos.

SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. INTERESSE INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. RECLAMAÇÃO PROPOSTA EM NOME DE UM TRABALHADOR. POSSIBILIDADE. Nos termos do nosso ordenamento jurídico e na esteira da jurisprudência iterativa desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, a substituição processual pelo sindicato tem lugar em razão de defesa de direitos ou interesses individuais homogêneos da categoria profissional representada, de forma ampla (artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal). Dessa maneira, o que legitima a substituição processual pelo sindicato é a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos, assim entendidos aqueles que decorrem de uma origem comum relativamente a um grupo determinado de empregados. Observa-se que os pleitos desta demanda dizem respeito a horas extras, horas in itinere, adicional noturno, auxílio-solidão entre outros direitos trabalhistas e próprios à categoria dos ferroviários representada pelo sindicato autor. Esses direitos reivindicados, portanto, decorrem de origem comum, ou seja, o trabalho como maquinista ferroviário. Além do mais, o fato de o sindicato atuar como substituto processual de um único trabalhador é irrelevante, segundo a jurisprudência desta Corte.

Precedentes. (Proc: 0026900-52.2011.5.03.0064, Julgamento: 23/10/13, Turma: 2ª Turma, Publicação: DEJT 30/10/13)

Por fim, em análise do RE 210029, em junho de 2006, o e. STF também se manifestou por tal amplitude, pelo que o quadro jurisprudencial é pacífico quanto ao assunto, senão vejamos a ementa do julgado.

PROCESSO CIVIL. SINDICATO. ART. 8º, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DEFESA DE DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS OU INDIVIDUAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. O artigo 8º, III da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos. Recurso conhecido e provido.

Assim, rejeito a preliminar.

2.1.2 Ilegitimidade passiva

Alega a 2ª reclamada ser ilegítima para figurar no polo passivo da demanda.

Sem razão, porém.

É a demandada insurgente indicada na petição inicial como integrante da relação jurídica material, fato este que basta para a sua inclusão como parte no processo. Se é ou não devedora é questão de mérito e com ele será analisado.

Rejeito, com isso, a preliminar.

2.2 MÉRITO

2.2.1 Adicional de insalubridade

Relata o sindicato autor na inicial que os empregados substituídos da 1ª reclamada prestam serviços em benefício da 2ª reclamada, na função de auxiliar de serviços gerais, realizando a limpeza predial e conservação das dependências da Escola Vasco Coutinho e demais imóveis subordinados à Secretaria de Estado de Ciência, Tecnologia, Inovação e Educação Profissional.

Aduz que, não obstante a cláusula 10, §1º, da norma coletiva vigente entre as partes determine o pagamento de adicional de insalubridade no percentual de 20% aos obreiros empregados na função de limpeza predial, a 1ª reclamada não vem cumprindo tal norma.

Requer, ante o exposto, a condenação da reclamada ao pagamento do adicional de insalubridade no percentual de 20% para todos os substituídos que exerceram ou exercem a função de auxiliar de serviços gerais e com reflexos sobre 13º salário, férias mais o terço, FGTS e, em caso de dispensa, sobre aviso prévio e 40% do FGTS.

A 1ª reclamada se defende, afirmando que o contrato entabulado com a 2ª reclamada não prevê o pagamento de adicional de insalubridade de 20% para os auxiliares de serviços gerais prediais. Ressalta, ainda, que caberia ao Ministério do Trabalho editar normas regulamentadoras afetas ao tema da insalubridade, somente podendo caracterizar eventual adicional de insalubridade o contato com agentes insalubres se a atividade apontada pelo laudo pericial estiver prevista na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho, tal como definido pela NR-15.

A 2ª reclamada se defende, alegando que a cláusula coletiva pactuada não encontra respaldo legal, posto que invadem a seara restrita às normas heterônomas de caráter imperativo, como são as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho. Ressalta, ainda, a necessidade de perícia técnica para a constatação da insalubridade.

Com razão a parte reclamante.

A convenção coletiva de trabalho 2020/2020 estabelece o pagamento do adicional de insalubridade a todos os trabalhadores que exercem a função de auxiliar de serviços gerais de limpeza predial, cláusula esta que permaneceu na CCT 2021/2021, senão vejamos. (cf. ID 61e6700 e 424054c)

CLÁUSULA DÉCIMA – PAGAMENTO DA INSALUBRIDADE

Fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção Coletiva de Trabalho pagarão adicional de Insalubridade, em grau máximo, ou seja, no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre a base de cálculo de R\$ 1.060,00 (Um Mil e Sessenta Reais), proporcional à jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais Banheirista que realizam a limpeza de banheiros públicos de uso coletivo ou de grande

circulação igual ou superior a 40(quarenta) pessoas. O pagamento do adicional aqui previsto será pago enquanto perdurar a eficácia da súmula 448 do TST.

Parágrafo 1º - A todos os trabalhadores que exercem as funções de Auxiliar de Serviços Gerais de limpeza predial e Merendeira, fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção pagarão adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre a base de cálculo de R\$ 1.060,00 (Um Mil e Sessenta Reais), proporcional a jornada laborada, exceto os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial já enquadrados no caput desta cláusula.

Parágrafo 2º - Entende-se por limpeza predial, a limpeza realizada em escolas, comércios, shopping Center, aeroportos, portos, rodoviárias, bancos e imóveis em geral, públicos e privados, tanto na área geral como na área industrial.

Nesse sentido, a norma celetista determina, no inc. XVIII do art. 611-B, ser ilícito objeto de convenção ou acordo coletivo que suprima ou reduza adicional de remuneração para as atividades insalubres, sendo certo que a *mens legis*, neste caso, foi a de maior proteção ao trabalhador que está submetido a condições especiais e mais gravosas de trabalho.

No caso em comento, é certo que a norma coletiva instituída entre as partes implementou um padrão de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma, em consonância com o previsto no *caput* do art. 7º da CF e com os princípios diretivos do direito do trabalho, acrescentando o patamar civilizatório mínimo instituído pelo ordenamento jurídico.

Os entes coletivos fazem concessões recíprocas para se chegar a um denominador comum, sendo certo que, a cada vantagem obtida, quase sempre implica uma renúncia a outros direitos, sendo perfeitamente válida a transação pactuada.

Nesta toada, o doutrinador Mauricio Godinho Delgado (2018, p. 1499) preleciona, ao discorrer sobre o princípio da adequação setorial negociada, que:

Observe-se, finalmente, que a jurisprudência tem decantado, cada vez mais, critério objetivo e transparente dessa adequação setorial negociada: tratando-se de vantagem jurídica situada acima do patamar heterônomo estatal, tornam-se válidos os contornos da regra

coletiva instituidora da parcela. Tratando-se, porém, de direito regulado por norma heterônoma estatal imperativa, não cabe à negociação coletiva restringi-lo – exceto se a própria regra estatal assim o permitir.

Ao se manifestar sobre o tema, assim decidiu este e. TRT da 17ª Região, nos autos do processo nº 0000196-02.2018.5.17.0014, de relatoria do Desembargador Gerson Fernando da Sylveira Novais:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - PREVISÃO EM NORMA COLETIVA.

Incontroverso que as reclamantes foram contratada pela Reclamada para a função de auxiliar de serviços gerais executando a atividade de limpeza predial. Assim, de acordo com a norma coletiva, é devido às autoras o pagamento do adicional de insalubridade de 20% sobre o piso da categoria. Não há qualquer nulidade na pactuação de cláusula prevendo o adicional de insalubridade para os trabalhadores ocupantes de determinado cargo como o de auxiliar de serviços gerais de limpeza predial, sendo seu comando totalmente válido, já que se encontra em perfeita consonância com o ordenamento jurídico trabalhista. Desnecessária a realização de perícia, uma vez que a norma coletiva já prevê o pagamento do adicional de insalubridade.

Dessa forma, portanto, impõe-se considerar plenamente válida a previsão do direito na norma negociada coletivamente, impondo-se superar esse questionamento da parte reclamada.

De outro lado, é certo que o art. 612 da CLT autoriza que seja entabulada negociação coletiva tão somente com autorização expressa da Assembleia Geral, senão vejamos.

Art. 612. Os Sindicatos só poderão celebrar Convenções ou Acordos Coletivos de Trabalho, por deliberação de Assembléia Geral especialmente convocada para esse fim, consoante o disposto nos respectivos Estatutos, dependendo a validade da mesma do comparecimento e votação, em primeira convocação, de 2/3 (dois terços) dos associados da entidade, se se tratar de Convenção, e dos interessados, no caso de Acordo, e, em segunda, de 1/3 (um terço) dos mesmos.

Tal norma, aliás, encontra-se em plena vigência e sua determinação constitui requisito material para a validade da norma, senão vejamos decisões contundentes do e. TRT desta 17ª região.

DA VALIDADE DO ACORDO COLETIVO. Não há nos autos cópia da assembléia na qual os trabalhadores possam eventualmente ter aprovado a proposta de Acordo Coletivo apresentada à Comissão dos trabalhadores na assembléia do dia 05/12/2003 e, não obstante, conste nos autos documento endereçado à Delegacia Regional do Trabalho, certo é que não se trata do registro em si do aludido Acordo Coletivo, mas, tão somente, um requerimento para que seja determinado pelo Sr. Delegado Regional do Trabalho o respectivo registro. Assim, dá-se provimento ao apelo para declarar inaplicável o Acordo Coletivo colacionado aos autos, por ausência de requisito legal essencial, qual seja, aprovação dos interessados, em Assembléia convocada para tal fim, dos termos do acordo (artigo 612 da CLT). (Proc: 0094.2005.191.17.00.7, DO: 13/10/06, Acórdão: 8420/2006)

RECURSO ORDINÁRIO DA PRIMEIRA RECLAMADA. HORAS EXTRAS. ACORDO COLETIVO. PARTICIPAÇÃO APENAS DA SEGUNDA RECLAMADA. TOMADORA DE SERVIÇOS. NÃO APLICAÇÃO. ... Ademais, para que os Sindicatos celebrem acordos coletivos deve haver aprovação dos interessados, em Assembléia Geral especialmente convocada para esse fim, cuja validade depende do comparecimento e votação de determinado número dos associados da entidade, nos termos do art. 612, caput, da CLT. E tratando o acordo coletivo de restrição de direitos de empregados, ou seja, de escalas de trabalho prorrogando a jornada de trabalho, mais um motivo para que a primeira reclamada e empregadora direta do reclamante manifeste seu interesse com a participação no aludido acordo. Nega-se provimento. (Proc: 0412.2005.161.17.00.8, DO: 29/11/06, Acórdão: 9626/2006)

No caso dos autos, porém, tendo em vista que as normas coletivas apresentadas pelo sindicato reclamante contém carimbo de registro no MTE e não foi produzida prova de tal falha no procedimento de negociação, impõe-se presumir serem elas válidas nesse quesito. (cf. id. 424054c)

Ressalto, ainda, com isso, que a desnecessidade da produção de prova pericial advém do fato de que a discussão dos autos se limita a questões de direito, qual seja, a possibilidade legal de previsão do pagamento de adicional de insalubridade de 20% em convenção coletiva de trabalho para todos os empregados que laboram na função de auxiliar de serviços gerais prediais, e não em questões fáticas oriundas do local de prestação dos serviços.

Vale ressaltar, por fim, que foge à competência desta Justiça Especializada a análise das cláusulas contratuais aventadas entre as reclamadas quanto ao contrato de prestação de serviços de limpeza, sendo que eventuais divergências entre as partes relativas a tal contrato administrativo deverão ser dirimidas em juízo próprio.

Ante todo o exposto, defiro os pedidos “a” e “b” da inicial, para condenar a reclamada ao pagamento do **adicional de insalubridade de 20% sobre a base de cálculo de R\$1.060,00 com reflexos sobre 13º salário, férias mais o terço, FGTS e, em caso de dispensa, sobre aviso prévio e 40% do FGTS, para todos os empregados da 1ª reclamada que exerceram a função de auxiliar de serviços gerais de limpeza predial na Escola Vasco Coutinho, no período de junho/2020 a maio/2021, período de vigência do contrato de prestação de serviços entre as reclamadas vindo aos autos, conforme cláusula 7ª. (cf. id. 903a978)**

2.2.2 Responsabilidade das reclamadas

O reclamante requer a condenação da 2ª reclamada ao pagamento das parcelas que compõem a condenação de modo subsidiário, em razão de ela ter usufruído da prestação de serviço. Contrapõe-se a 2ª reclamada sob o fundamento de impossibilidade de aplicação da Súm. 331 do c. TST, por não haver lei a prever a hipótese, de forma a tornar a súmula inconstitucional e não ter havido culpa *in eligendo* e *in vigilando*.

Com razão o reclamante.

O fato de ter sido prestado serviço por uma empresa a outra através do trabalho do reclamante é motivo suficiente para que se responsabilize a tomadora de serviço de forma subsidiária, e não solidária, segundo construção interpretativa do inc. IV da Súm. 331 do c. TST.

É que, se do trabalho do reclamante se beneficia a tomadora do serviço, também deve ela arcar com os custos daí decorrentes, eis que se presume que, havendo descumprimento, obrou ela com culpa *in eligendo* e *in vigilando*.

Além disso, ainda, em alteração da Súm. 331, o c. TST acrescentou o inc. VI, segundo o qual, todas as parcelas componentes da condenação e não apenas verbas contratuais trabalhistas.

No caso vertente, a prestação de serviço indireto à 2ª reclamada pela 1ª é patente, uma vez que havia contrato entre ambas vigendo na época trabalhada pelo obreiro.

Por outro lado, a inexistência de lei a prever a hipótese de responsabilização não ilide sua possibilidade, a um porque de solidariedade não se trata, já que não há possibilidade de cobrança da responsável subsidiária antes da principal e, a dois, porque a autorização se encontra em sede principiológica, pelo

raciocínio de que quem tem o bônus deve ter o ônus e, portanto, se a empresa se beneficia do trabalho do obreiro, em caso de impossibilidade de arcar o empregador com os ônus daí decorrentes, deve suportá-los.

Ademais, a partir da vigência da lei 13.429/17, em 31/03/17, passou a haver previsão legal para a responsabilização da empresa tomadora do serviço no art. 5º-A da lei 6.019/74, que pode ser aplicado para qualquer espécie de prestação de serviço, por analogia.

Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos. ...

§ 5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Aliás, exatamente por se calcar na liberdade jurisdicional de interpretação do sistema jurídico é que a alegação de inconstitucionalidade da súmula também não pode ser acolhida.

Quanto à aplicação da Súm. 331 do c. TST a entes estatais, já se manifestou o c. TST, em decisão que esmiúça sobremaneira as razões para o reconhecimento da responsabilidade subsidiária no caso dos autos, afastando o art. 71 da lei 8.666/93.

... 2. Em relação à questão da responsabilidade subsidiária de entes da administração pública quanto a débitos trabalhistas não honrados por empresas prestadoras de serviços com as quais contrataram, o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, em sua literalidade, afasta expressamente a possibilidade de responsabilização. No entanto, a exegese literal do dispositivo de lei não é a única forma de hermenêutica jurídica, havendo também, dentre tantas outras (histórica, sociológica, teleológica, etc.), a interpretação sistemática. Não fora assim, a atividade jurisdicional seria meramente mecânica, de enquadramento da matéria-prima fática na forma legal jurídica, sem se perquirir sobre o conteúdo, finalidade e dimensão mais abrangente da norma.

3. Numa exegese do sistema legal trabalhista, de caráter protecionista do hipo-suficiente na relação laboral, não se pode admitir que as empresas estatais estejam infensas à responsabilidade

subsidiária em caso de contratação de mão-de-obra por interposta pessoa, se esta não se mostra idônea para arcar com os encargos trabalhistas do pessoal posto a serviço da empresa estatal. Nossa Carta Política assegura o mesmo tratamento jurídico, no campo trabalhista, para as empresas públicas e privadas (CF, art. 173). ... (TST, Decisão: 18/11/2003, Núm. único: ROAR - 1940-2001-000-15-00, Turma: D2, Órgão julgador: SBDI II)

O julgamento da ADC 16 pelo e. STF pela procedência não afasta a diretriz acima, pois, como se vê na notícia publicada pelo próprio Tribunal, o julgado não interfere necessariamente na Súm. 331 do c. TST.

TST deve analisar caso a caso ações contra União que tratem de responsabilidade subsidiária, decide STF

Por votação majoritária, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, nesta quarta-feira (24), a constitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666, de 1993, a chamada Lei de Licitações. O dispositivo prevê que a inadimplência de contratado pelo Poder Público em relação a encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem pode onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Segundo o presidente do STF, isso “não impedirá o 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.

A decisão foi tomada no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 16, ajuizada pelo governador do Distrito Federal em face do Enunciado (súmula) 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que, contrariando o disposto no parágrafo 1º do mencionado artigo 71, responsabiliza subsidiariamente tanto a Administração Direta quanto a indireta, em relação aos débitos trabalhistas, quando atuar como contratante de qualquer serviço de terceiro especializado.

Em vista da decisão do e. STF, porém, o c. TST alterou a redação de referida súmula, para o seguinte.

Súm. 331. 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.

Pois bem. Havendo o inadimplemento, presume-se que não houve fiscalização pelo ente público, pois, do contrário, poderia ter ele suspenso o pagamento do valor contratado até a regularização ou poderia ter feito o pagamento dos créditos devidos diretamente ao trabalhador com abatimento da fatura da empresa prestadora do serviço e, portanto, cumpre ao ente estatal a prova da sua diligência, o que, no caso dos autos, não ocorreu, na medida em que, sem se tratando de direito reconhecido em norma coletiva, bastaria a simples análise documental para verificar a questão.

Já no que pertine à culpa *in eligendo* e *in vigilando* importa ressaltar que ela não é relativa apenas ao momento da contratação, mas também durante o contrato vigente, sendo certo que, na hipótese de descumprimento do contrato de emprego pela empresa prestadora do serviço, é presumida a falta de vigilância da tomadora.

Ressalte-se que o fato de haver ajuste contratual coletivo entre a tomadora e o sindicato autor não interfere na responsabilidade da tomadora em relação aos trabalhadores da prestadora de serviço, não sendo exigida pela interpretação vigente da Súm. 331 do c. TST, levando, portanto, a um posterior direito de regresso, que já é atinente até mesmo à responsabilidade subsidiária normalmente aplicável à espécie.

Por fim, quanto às contribuições previdenciárias, a responsabilidade tributária do tomador de serviço se esgota no recolhimento de 11% da fatura de serviços prestados na forma do art. 31 da lei 8.212/91.

Assim, considerando o princípio da estrita legalidade que rege o direito tributário, não havendo regra matriz de incidência a eleger o tomador de serviços como responsável tributário na contribuição previdenciária cobrada no caso dos presentes autos, isso não lhe pode ser imposto, valendo ressaltar que a construção jurisprudencial da Súm. 331 do c. TST não alcança esse assunto.

A partir da edição da lei 13.429/17, em 31/03/17, aliás, passou a haver previsão até mesmo expressa nesse sentido no art. 5º-A da lei 6.019/74, que pode ser aplicado para qualquer espécie de prestação de serviço, por analogia.

Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos. ...

§ 5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Quanto à ordem de execução, a gradação concedida nessa fase deve obedecer ao benefício de ordem primeiramente em relação às pessoas jurídicas e, somente depois, quanto aos sócios, pois as pessoas jurídicas têm a responsabilidade consignadas no título executivo judicial, e, para levantar-se a frustração da execução para a desconsideração da personalidade jurídica, é preciso que, antes, seja ele esgotado.

Assim, defiro o pleito “e”, pela **responsabilidade subsidiária da 2ª demandada**.

2.2.3 Justiça gratuita

Requer a demandante o benefício da justiça gratuita nos termos do art. 790 da CLT, ao que a reclamada afirma ser o benefício indevido.

Sem razão o pleito.

A assistência judiciária gratuita, no processo do trabalho, é a obrigação do sindicato em conceder auxílio advocatício para o ajuizamento de ação judicial, nos termos do art. 14 da lei 5.584/70 e, portanto, por não se tratar de benefício judiciário, conheço do pedido como justiça gratuita. Passemos a isso.

Nos processos submetidos ao título X da CLT, aplica-se o § 3º do art. 790 da CLT, pelo qual é possível a concessão do benefício em caso de pobreza da parte, o que se presumia de forma absoluta para aqueles que percebam salário igual ou inferior a 2 salários mínimos ou, a partir da edição da lei 13.467/17, a 40% do teto previdenciário do INSS, o que equivale, atualmente, a R\$2.440,42, já que o teto

previdenciário é de R\$6.101,06, sendo que, até 31/12/19, equivalia a R\$2.335,78, já que o teto previdenciário era de R\$5.839,45, até 31/12/18 equivalia a R\$2.258,32 e até 31/12/17, a R\$2.212,52.

Além disso, impunha-se a presunção de forma relativa, para os que declaravam, sob as penas da lei, que, mesmo recebendo salário superior, não tinham condição de arcar com as despesas processuais, sendo que se considerava válido vir a referida declaração inclusive na própria petição inicial, por aplicação direta do art. 1º da lei 7.115/83 e analógica do art. 4º da lei 1.060/50, já que a menção à justiça do trabalho no art. 2º dessa última lei ficava prejudicada em razão da especialidade e da posterioridade do dispositivo celetário antes mencionado.

A partir da dicção da já mencionada lei 13.467/17, porém, o § 4º passou a exigir a prova da condição de miserabilidade nessa segunda situação, quando a parte recebe ganhos acima do limite legal.

Surge, então, a discussão sobre se o benefício é direcionado apenas a pessoas físicas ou também a pessoas jurídicas.

O texto do § 3º da norma celetista, ao eleger o salário como parâmetro para a miserabilidade, na concepção deste magistrado, indicou claramente que somente gozam do benefício as pessoas físicas. Não há distinção entre empregado e empregador, mas é preciso que se trate de pessoa física.

É que, sendo a justiça gratuita instituto que leva à isenção de custas, que é taxa e, portanto, detém natureza tributária, somente pode ser ela concedida nos casos expressamente previstos em lei.

Além disso, a interpretação da lei, nessa seara, está submetida à disposição do art. 111 do CTN, segundo o qual “interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: ... II – outorga de isenção”.

É certo que o § 4º do art. 790 da CLT incluído pela lei 13.467/17 não se limita a pessoas físicas, já que não menciona o salário como parâmetro, mas, em vista de se tratar de regra supletiva do § 3º, sendo esse parágrafo anterior limitado a pessoas físicas, pela menção a salário, a necessidade de interpretação restritiva, por se tratar de isenção tributária, impõe que se considere também haver a limitação nessa segunda regra.

O c. TST, no entanto, editou a Súm. 463, cujo inc. II permite a concessão da gratuidade judiciária para pessoas jurídicas, senão vejamos.

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPROVAÇÃO.

... II – No caso de pessoa jurídica, não basta a mera declaração: é necessária a

demonstração cabal de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo.

Assim, por questão de disciplina judiciária, impõe-se considerar possível a concessão do benefício, mas, adotando-se o critério apontado no verbete, impõe-se que a pessoa jurídica comprove que, no momento em que tramita a demanda, esteja impossibilitada de pagar as custas e não que haja mera dificuldade financeira.

No caso dos autos, tal comprovação não ocorreu, visto que a parte autora não juntou qualquer prova de sua impossibilidade de arcar com as despesas do processo.

Vale ressaltar que o fato de o sindicato reclamante estar atuando com substituto processual de trabalhadores não altera o raciocínio, na medida em que não há previsão legal expressa no sentido de que tal circunstância, por si só, leve à isenção das custas e, como já dito, está vedada a interpretação ampliativa pelo inc. II do art. 111 do CTN.

E nem se diga que tais diretrizes devam ser afastadas para que se apliquem os arts. 98 e 99 do CPC, ainda que com base no princípio da aplicação da norma mais favorável, conforme art. 7º da CF, na medida em que o art. 769 da CLT determina a aplicação do CPC apenas supletivamente em caso de omissão e esse não é o caso analisado.

Nem se diga, ainda, que a nova legislação seja ilegítima ou contenha vícios em razão da não observância de diretriz da Convenção 144 da OIT ou de qualquer outra convenção, na medida em que, tendo sido observado o processo legislativo regular, como previsto no ordenamento jurídico pátrio, a nova lei tem sua vigência garantida.

Assim, indefiro o requerimento.

2.2.4 Honorários advocatícios

O reclamante requer a condenação da reclamada ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, ao que a reclamada afirma ser a parcela devida também em seu favor.

Com razão o sindicato reclamante.

Na Justiça do Trabalho e nos processos submetidos ao título X da CLT, quando há sucumbência, era possível a condenação em honorários de advogado, em razão da existência do *jus postulandi* e entendimento na forma das

Súms. 219 e 329 do c. TST, no importe de 10 a 20% do valor da condenação e apenas quando havia assistência do sindicato de classe e estavam presentes os requisitos para deferimento do benefício da justiça gratuita.

Já a partir da vigência da lei 13.467/17, em 11/11/17, o art. 791-A da CLT passou a estabelecer que são devidos honorários advocatícios sucumbenciais independentemente da assistência sindical, no importe entre 5 e 15% do valor do valor da liquidação ou do proveito econômico, tanto desfavorecendo a parte trabalhadora quanto empregadora, inclusive de forma recíproca.

E nem se diga que tal diretriz seja inconstitucional por atentar contra os princípios da isonomia ou da prestação judiciária gratuita aos necessitados, a partir dos incs. I e LXXIV do art. 5º da CF, na medida em que tais princípios constitucionais são cláusulas gerais e comportam mitigação e parametrização por lei ordinário, como ocorreu por meio da lei 13.467/17.

Nem se diga, ainda, que a nova legislação seja ilegítima ou contenha vícios em razão da não observância de diretriz da Convenção 144 da OIT ou de qualquer outra convenção, na medida em que, tendo sido observado o processo legislativo regular, como previsto no ordenamento jurídico pátrio, a nova lei tem sua vigência garantida.

Não se diga, do mesmo modo, que a diferenciação entre o patamar máximo de 15% em relação ao patamar máximo de 20% previsto no CPC fira o princípio da isonomia, na medida em que tal princípio somente tem o condão de determinar que se igualem as situações iguais e não é esse o caso entre o procedimento processual celetista e o comum.

A nova determinação, no entanto, criou direito ao advogado a parcela que não existia no ordenamento jurídico anterior, de modo que, em razão da natureza mista de norma, no âmbito processual e material, somente deve ser a regra aplicada às demandas ajuizadas a partir da sua vigência.

Pois bem. Em se tratando de ação ajuizada após a alteração legislativa, impõe-se a fixação de honorários advocatícios observando-se a nova sistemática e, desse modo, tendo havido procedência parcial da demanda, impõe-se a fixação da parcela de forma recíproca, em favor do advogado de ambas as partes.

Além disso, há que se sopesar, ainda, o valor da verba, considerando-se os critérios estampados no § 1º do art. 791-A da CLT e, ainda, no § 2º do art. 85 do CPC e, nesse ponto, em vista da ausência de complexidade e da pouca

dilação procedimental, fixo o percentual em 5% sobre o valor dado à causa, na medida em que não será possível fixar o proveito, por se tratar de sentença coletiva sujeita a execução inicialmente individual.

Diante de tudo, defiro o pedido “f”, para condenar a parte reclamada a pagar ao patrono da parte reclamante **R\$2.250,00**, com atualização desde o ajuizamento da ação.

2.2.5 Litigância de má-fé

Requer a 1ª reclamada a imputação das penalidades previstas para o litigante de má-fé, por deduzir o reclamante alegações indevidas.

Sem razão o requerimento.

O direito de ação é constitucionalmente garantido e, no caso dos autos, não houve abuso relevante a ponto de autorizar a medida, sendo que até mesmo a própria a procedência do pedido autoral torna improcedentes os argumentos lançados pela ré.

Assim, rejeito o requerimento.

3 Dispositivo

Ante o exposto, REJEITO AS PRELIMINARES e, no mérito, JULGO TOTALMENTE PROCEDENTES os pedidos, nos termos da fundamentação que integra esta decisão, salvo quanto ao benefício da gratuidade judiciária, que, no entanto, não integra o mérito propriamente dito.

A execução será realizada inicialmente de forma individual na forma do art. 97 da lei 8.078/90, aplicada subsidiariamente ao processo do trabalho.

Os valores serão apurados em liquidação de sentença, com atualização monetária pelo IPCA-E a partir do termo final do prazo de adimplemento da obrigação, cf. art. 145, parágrafo único do art. 459 e § 6º do art. 477 da CLT, arts. 1º e 2º da lei 4.749/65 e art. 15 da lei 8.036/90, até o dia anterior à citação e pela Selic a partir da citação já incluídos os juros de mora, na forma da decisão proferida nas ADC's 58 e 59 e nas ADI's 5.867 e 6.021, de aplicabilidade imediata, conforme entendimento do STF explicitado na RE 1.006.958 AgR-ED-ED da Segunda Turma de relatoria do Ministro Dias Toffoli.

Contribuições previdenciárias devidas sobre as parcelas eminentemente salariais, excluídas as contribuições para terceiros na forma do RRs 0380400-86.2008.5.09.0028 e 0962400-32.2003.5.09.0661 e com atualização pelos

índices próprios e termo inicial na forma do art. 30 da lei 8.212/91 e do art. 276 do Dec. 3.048/99, sendo a parcela patronal pela reclamada e a obreira pela parte reclamante.

Imposto de renda, calculado sobre as verbas salariais, excluídos os juros de mora, por aplicação do novo entendimento do c. TST na forma do ROAG 2110/1985-002-17-00.4 e da Súm. 1 do e. TRT da 17ª região, e com apuração na data de efetivo pagamento do crédito, dado o regime de caixa, pela parte reclamante, adotando-se, salvo revogação posterior, os termos da nova redação do § 1º do art. 12-A da lei 7.713/88.

Honorários advocatícios devidos pela parte reclamada em favor do patrono da parte reclamante no importe de **R\$2.250,00**, a serem atualizados desde o ajuizamento da ação, na mesma forma acima.

Custas de **R\$900,00**, calculadas sobre o valor de R\$45.000,00, pela 1ª reclamada de forma principal e a 2ª reclamada, subsidiariamente.

VITORIA/ES, 17 de agosto de 2021.

MAURICIO CORTES NEVES LEAL
Juiz do Trabalho Substituto



Assinado eletronicamente por: MAURICIO CORTES NEVES LEAL - Juntado em: 17/08/2021 18:47:41 - 63e1057
<https://pje.trt17.jus.br/pjekz/validacao/21081718471744700000024031080?instancia=1>
Número do processo: 0000215-15.2021.5.17.0010
Número do documento: 21081718471744700000024031080



pcaq

PROCESSO nº 0000907-42.2020.5.17.0012 ROT

RECORRENTES: SUDESTE CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS GERAIS LTDA - ME; INSTITUTO ESTADUAL DE MEIO AMBIENTE E RECURSOS HÍDRICOS - IEMA; SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO - SINDILIMPE

RECORRIDOS: SUDESTE CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS GERAIS LTDA - ME; INSTITUTO ESTADUAL DE MEIO AMBIENTE E RECURSOS HÍDRICOS - IEMA; SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO - SINDILIM

RELATORA: DESEMBARGADORA ALZENIR BOLLESI DE PLÁ LOEFFLER

EMENTA

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. ÔNUS DA PROVA DA FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS E LEGAIS DA PRESTADORA DE SERVIÇO. Embora o STF, no julgamento da ADC 56, tenha declarado a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, tal decisão não afasta a possibilidade de responsabilização subsidiária do Ente Público nas hipóteses de omissão ou negligência quanto à fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada. Ademais, é do Ente Público o ônus da prova quanto à fiscalização do contrato de trabalho, diante da existência de previsão legal acerca do tema (arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93). Há que se ressaltar, ainda, que atribuir ao trabalhador o ônus da prova nesse sentido impediria, na prática, qualquer possibilidade de responsabilização da administração pública, pois se estaria diante da exigência da produção de prova negativa (ausência de fiscalização do contrato), hipótese que se mostra extremamente difícil, se não impossível.

1. RELATÓRIO

Trata-se de **recursos ordinários interpostos pelas partes**, por meio do qual se insurgem em face da sentença ID 22a7aa2, proferida pelo Juízo da 12ª Vara do Trabalho de Vitória-ES, da lavra do Exmº Juiz Roberto José Ferreira de Almada, que julgou procedentes os pedidos veiculados na inicial.

Razões recursais 1ª reclamada (Sudeste Construções e Serviços Gerais Ltda) sob o ID e524a77, postulando a reforma da sentença no tocante à inépcia da inicial, impugnação ao valor da causa, litigância de má-fé e quanto ao adicional de insalubridade.

Razões da 2ª reclamada (Instituto Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos - IEMA), pugnano pela reforma da sentença quanto à ilegitimidade ativa do sindicato autor, notificação dos substituídos acerca da propositura da presente ação coletiva, adicional de insalubridade e responsabilidade subsidiária.

Razões do sindicato autor (ID 2665c76), requerendo o benefício da assistência judiciária gratuita e a majoração do percentual de honorários advocatícios.

Contrarrazões das reclamadas sob os IDs 0d65b8b e 0f3cd8b. Sem contrarrazões do sindicato autor.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. ADMISSIBILIDADE

Conheço do recurso ordinário interposto pela 1ª reclamada, porquanto presentes os pressupostos processuais de admissibilidade recursal.

Conheço parcialmente do recurso ordinário da 2ª reclamada. Dele não conheço quanto ao pedido de notificação dos substituídos para ciência da propositura da presente ação coletiva, a fim de que exerçam a faculdade preconizada no artigo 104 do CDC, por preclusa.

Embora o IEMA tenha formulado tal pedido em sua contestação, sua pretensão não foi apreciada na sentença, sendo que não foram opostos os necessários embargos declaratórios destinados a sanar a omissão, operando-se, pois, os efeitos preclusivos da matéria. Outrossim, não tendo sido apreciado o pedido específico, é incabível a aplicação do efeito devolutivo previsto no art. 515, § 1º, do CPC.

Porque tempestivas, considero as contrarrazões ofertadas.

2.2. MÉRITO

2.2.1. RECURSOS ORDINÁRIOS DA 1ª E 2ª RECLAMADAS

2.2.1.1. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* - SINDICATO - AÇÃO COLETIVA (arguida pela 2ª reclamada)

Argui a reclamada a ilegitimidade ativa do Sindicato autor, aduzindo, em suma, que o SINDILIMPE não está a defender interesses da categoria, mas interesses individuais heterogêneos, pois a parcela postulada na inicial, embora prevista em convenções coletivas de trabalho, depende da análise concreta da existência de labor em dependências do Ente Público, bem como das condições de trabalho a que cada empregado está submetido, circunstâncias que afastam o caráter homogêneo do direito à percepção de adicional de insalubridade. Entende a reclamada tratar-se de verdadeira "ação pseudocoletiva", na medida em que o próprio pedido de responsabilização subsidiária requer uma análise probatória concreta.

Aduz, ainda, que os pleitos autorais, tais como propostos, inviabilizam seu direito constitucional ao contraditório, pois além de demasiadamente genéricos, "*...dependem da individualização de cada trabalhador, dos postos de trabalho, de Laudos Ambientais dos postos de trabalho que comprovem a existência do labor insalutífero, dos respectivos contratos de prestação de serviços, a fim de se determinar o valor devido a cada Substituído...*".

Ainda sobre a violação ao contraditório, ressalta que "*...o número de pseudosubstituídos pode ser expressivo, tornando impossível a apresentação de defesa que contemple individualmente a situação de cada trabalhador ou mesmo a identificação da efetiva prestação do serviço nas dependências do Ente Público e, em caso positivo, se existiu exposição a agente insalubre.*".

Também sustenta ser necessária a indicação/especificação dos empregados da 1ª reclamada que efetivamente lhe prestaram serviços, pois "*...o universo de Empregados da 1ª Reclamada certamente não presta serviços para o Ente Público, de modo a se evitar o tão combatido enriquecimento sem causa.*".

Examina-se.

O inciso III, do art. 8º, da Constituição Federal assegura aos sindicatos a substituição processual ampla, permitindo-lhes a defesa dos interesses dos integrantes da categoria que representam, sem a necessidade de juntada de autorização ou de procuração específica para o ajuizamento da ação.

No mais, verifica-se que, no presente caso, versa a postulação autoral sobre direitos que, embora sejam individuais em sua essência, possuem origem comum (descumprimento de CCTs) e atingem todo um grupo de trabalhadores da empresa (empregados da 1ª reclamada que exercem a função de Auxiliar de Serviços Gerais em atividades prediais e prestam ou prestaram serviços em favor da 2ª reclamada), hipótese que enseja a defesa coletiva em um só processo. Portanto, os direitos ora defendidos pelo sindicato enquadram-se na definição de direito individual homogêneo, subespécie do direito coletivo.

Ademais, diversamente do que sustenta a reclamada, a apreciação do feito não exige a apuração individualizada de cada substituído, a fim de verificar sua exposição a agentes insalubres. A questão a ser enfrentada no presente caso diz respeito, essencialmente, à possibilidade de reconhecimento do direito ao adicional de insalubridade através de norma coletiva aos empregados exercentes de determinada função específica, independentemente da apuração das condições do local de trabalho ou do enquadramento legal das atividades como insalubres.

Também não há que se falar em violação ao contraditório, tendo em vista que, dado ao caráter genérico das ações coletivas, a situação funcional de cada substituído, inclusive quanto à prova do exercício de atividades em favor do ente público reclamado, será aferida somente na fase de liquidação/execução da decisão coletiva, nos moldes estabelecidos no CDC, quando se verificará se a parte se enquadra à situação fática descrita no comando judicial coletivo.

Diante do exposto, **nego provimento ao recurso da 2ª reclamada.**

2.2.1.2. INÉPCIA DA INICIAL - PREJUÍZO AO CONTRADITÓRIO (arguida pela 1ª reclamada)

Entendo que a petição inicial atendeu aos pressupostos elencados no art. 840 da CLT, permitindo às reclamadas apresentarem suas defesas, nos termos das contestações IDs 0d65b8b e 0f3cd8b, sem nenhum prejuízo ao contraditório ou à ampla defesa.

Diferentemente do que sustenta a 1ª reclamada, a breve leitura da inicial permite a identificação da causa de pedir (descumprimento de normas coletivas), do pedido (condenação da reclamada ao pagamento do adicional de insalubridade) e da abrangência da condenação (todos os empregados da empresa que exercem a função de Auxiliar de Serviços Gerais em atividades prediais e prestaram serviços em favor da 2ª reclamada). Além disso, no item 6 da inicial, especificou o sindicato autor que as normas coletivas a serem aplicadas seriam aquelas firmadas a partir de 01/01/2016 (questão a ser apreciada no mérito do presente recurso).

Por oportuno, registre-se que, nos termos do art. 95 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que trata das ações coletivas para a defesa dos direitos individuais homogêneos, como no presente feito, há previsão de que, em caso de procedência do pedido, *"...a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados."*

Assim, a situação funcional de cada substituído, inclusive quanto à prova do exercício de atividades em favor do ente público reclamado, será aferida somente na fase de liquidação/execução da decisão coletiva, nos moldes estabelecidos no CDC.

Além disso, quadra ressaltar que o inciso III, do art. 8º, da Constituição Federal assegura aos sindicatos a substituição processual ampla. Dessa forma, não se faz necessária a prévia apresentação de relação nominal dos substituídos potencialmente abrangidos pela condenação.

Diante do exposto, **nego provimento ao apelo da 1ª reclamada.**

2.2.1.3. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA (arguida pela 1ª reclamada)

Sustenta a 1ª reclamada que o sindicato autor possui o pleno conhecimento da quantidade de substituídos a serem alcançados em caso de procedência da ação, motivo pelo qual deveria ter apresentado os cálculos dos valores que entende devidos, senão de forma exata, pelo menos por aproximação.

Também salienta que, *"...se mantida a decisão, o valor total da execução não atingirá a cifra da importância daquela atribuída à causa e, assim, propiciará o enriquecimento sem causa."*

Examina-se.

De uma forma geral, o valor da causa deve estar de acordo com o pedido de natureza econômica formulado em juízo. No entanto, nas hipóteses de ações coletivas, nas quais os beneficiários da decisão não estão individualizados, como no presente caso, não é possível estabelecer quantos substituídos poderão optar ou não por aderir ao título coletivo e, por consequência, estipular o valor da causa, nem mesmo por aproximação.

Dessa forma, em se tratando de sentença coletiva de abrangência indefinida quanto aos beneficiários, o valor dado à causa deve ser fixado de acordo com a natureza, relevância e complexidade da demanda e em montante que sirva de parâmetro para a fixação das despesas processuais e eventuais honorários advocatícios. No caso *sub examine*, entendo que o valor atribuído à causa (e adotado como valor da condenação na sentença), no montante de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), atinge tais objetivos.

Diante do exposto, **nego provimento ao recurso da reclamada.**

2.2.1.4. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Afirma o sindicato autor que, a partir do ano de 2016, foi pactuado entre os sindicatos das categorias econômica e profissional o pagamento do adicional de insalubridade, no percentual de 20%, a todos os trabalhadores que exercem a função de Auxiliar de Serviços Gerais em limpeza predial, independentemente da realização de perícia destinada à comprovação do labor em condições insalubres, conforme cláusula 10ª, § 1º, das CCTs colacionadas aos autos.

Requer, portanto, a condenação da reclamada no pagamento do adicional de insalubridade, no percentual de 20% sobre o piso da categoria, a partir de 01/01/2016 a todos os empregados da 1ª reclamada que prestam ou prestaram serviços em favor da 2ª reclamada.

A 1ª reclamada sustenta, por sua vez, que a citada cláusula convencional contraria a ordem legal expressa contida nos artigos 192 e seguintes da CLT, que dispõem ser competência do Ministério do Trabalho o enquadramento para fins de incidência do adicional de insalubridade. Aduz, ainda, que o reconhecimento do labor em condições insalubres somente pode ser feito através de prova técnica.

Ressalta que, no caso em discussão, não há como prevalecer a tese de aplicação da norma mais benéfica, tendo em vista que a realização da prova técnica poderia resultar na aplicação de percentual do adicional de insalubridade superior ao definido aleatoriamente na convenção coletiva.

Também afirma que, em observância ao princípio do conglobamento, não é admissível a utilização do instrumento coletivo para *"...constituir direitos somente para os trabalhadores sem contrapartida ao empregador"*, na medida em que inciso XIII do artigo 7º da Constituição Federal *"...não autoriza a ilação de que os protagonistas das relações coletivas de trabalho possam ajustar acréscimos de direitos sem as cautelas legais e contrapeso."*

Por fim, destaca que a empresa fornece a seus empregados os equipamentos de proteção pertinentes.

A 2ª reclamada também argui a nulidade da cláusula coletiva em comento, sustentando, em síntese, que: a concessão de adicional de insalubridade sem a observância dos requisitos legais representa supressão de "norma de saúde, higiene e segurança do trabalho", contidas no artigo 195 da CLT e na NR 15 do Ministério do Trabalho, conflitando com o regramento do artigo 611-B, XVII, da CLT; a criação do direito a um adicional de insalubridade instituído por norma coletiva, sem amparo em laudo técnico, configura flagrante violação da Constituição Federal, da Lei em sentido estrito e das normas infralegais regulamentadoras da matéria; os artigos 189 e 190 prescrevem que compete exclusivamente ao Ministério do Trabalho aprovar o quadro das atividades e operações insalubres e adotar normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade; a Súmula nº 448 do TST exige não só a constatação da insalubridade

através de Laudo Pericial, mas também que haja a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho; o art. 611-A, inciso XII, da CLT somente prevê a legitimação para disporem quanto ao grau (percentual) de insalubridade, mas não para a instituição do adicional de insalubridade.

Ressalta, outrossim, que a ampla liberdade de negociação dos sindicatos não é irrestrita, pois deve observar as restrições previstas em lei, não podendo invadir o âmbito de abrangência reservado às normas heterônomas, sem qualquer permissivo no Ordenamento Jurídico, sendo que *"...não há possibilidade de prevalência das normas coletivas (autônomas) sobre as estatais, sobretudo quando estas tratem de direito absolutamente indisponível e/ou matéria de ordem pública."*

Ademais, invoca a observância da sentença prolatada pelo Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública Estadual, Municipal, Registro Públicos, Meio Ambiente e Saúde nos autos do processo 0039221-60.2016.8.08.0024 (mantida pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça), que consignou ser inconstitucional a instituição do adicional de insalubridade por norma coletiva, sem a necessária individualização dos riscos ambientais por meio de apresentação de Laudos Técnicos, e indeferiu o pedido formulado pelo sindicato patronal para que a Administração Pública Estadual, Autárquica e Fundacional incluísse em seus Editais de Licitação o adicional de insalubridade de 20% para os Auxiliares de Serviços Gerais.

Por fim, sob o alicerce do Princípio da segurança jurídica, requer seja acolhida *"...a eficácia jurídica do teor do provimento jurisdicional emanado nos Autos 0039221-60.2016.8.08.0024, reconhecendo que o Ente Federativo está desobrigado do cumprimento do dispositivo convencional e do pagamento do adicional de insalubridade."*

O Juízo de primeiro grau julgou procedentes os pedidos, conforme a seguinte fundamentação:

"PRETENSÕES VESTIBULARES

Postula o sindicato autor a condenação das reclamadas, a segunda a título subsidiário, ao pagamento do adicional de insalubridade no percentual de 20% (vinte por cento) para todos os substituídos que exercem /exerceram a função de auxiliar de serviços gerais no contrato celebrado com o 2ª Reclamado, nos termos da Cláusula 10ª, §1º, da CCT, desde o início do contrato de trabalho, em parcelas vencidas e vincendas, calculada sobre o piso de R\$ 1.060,00 (mil e sessenta reais), com reflexos em 13o salários, férias com acréscimo de 1/3, FGTS, reflexos do adicional deferido em aviso prévio e adicional de 40% sobre o FGTS para aqueles substituídos despedidos sem justa causa no curso do contrato de trabalho, além de multa convencional. Colaciona aos autos a CCT 2018/2019 e 2019/2020.

A Convenção Coletiva é expressa quanto obrigatoriedade de pagamento de adicional de insalubridade a partir de 01 de janeiro de 2018 para os empregados lotados na função de auxiliar de serviços gerais de limpeza predial, mantida a obrigatoriedade pelo advento da CCT 2019/2020 (vigência de 01 de janeiro de 2019 a 01 de janeiro de 2020).

Não cabe cogitar, como quer fazer parecer a segunda ré, da exigência de prova pericial para apuração das condições do local de trabalho ou do enquadramento das atividades nas disposições previstas nas normas regulamentadoras específicas.

A Constituição Federal, em seu artigo 7o, previu expressamente o reconhecimento de validade das convenções e acordos coletivos de trabalho. Verifica-se pela leitura sistemática no ordenamento jurídico da força conferida aos instrumentos de negociação coletiva, sendo vedado somente a modificação de normas cogentes, em detrimento do trabalhador.

Neste sentido, a concessão de adicional de insalubridade por meio de norma coletiva, sem espeque em laudo pericial prévio, não agride preceito de ordem pública, uma vez que confere garantias ainda maiores do que aquelas minimamente oferecidas pela lei quanto à proteção ao trabalho.

Ressalte-se que o ente público é ora demandado em caráter subsidiário, de forma que inaplicável ao caso o decisum proferido nos autos da RT 0039221-60.2016.8.08.0024 e insubsistentes os argumentos lançados na peça de defesa quanto a regularidade do processo licitatório. A responsabilidade da segunda ré pelo pagamento das verbas ora postuladas advém de eventual insolvência da primeira reclamada, responsável pelo pagamento das verbas trabalhistas devidas, ainda que tais parcelas não constem do edital de licitação.

Condeno as rés, pois, a segunda a título subsidiário, ao pagamento de adicional de insalubridade no percentual de 20% (vinte por cento) para todos os substituídos que exercem/exerceram a função auxiliares de serviços gerais no contrato celebrado com o 2ª Reclamado, nos termos da Cláusula 10ª, §1º, da CCT 2018/2019 e 2019/2020, no período de vigência das referidas normas coletivas, calculada sobre o piso de R\$ 1.060,00 (mil e sessenta reais), com reflexos em 13o salários, férias com acréscimo de 1/3, FGTS, reflexos do adicional deferido em aviso prévio e adicional de 40% sobre o FGTS para aqueles substituídos despedidos sem justa causa no curso do contrato de trabalho.

O adicional já remunera os dias de repouso semanal remunerado do empregado mensalista, na forma da OJ 103 da SDI-1 do C.TST.

(...).".

Insurgem-se as reclamadas contra essa decisão, renovando os fundamentos anteriormente apresentados.

Examina-se.

Antes de mais nada, cabe aqui a transcrição integral da cláusula coletiva (CCT 2018/2018 - ID ad6150f) que estipulou o pagamento do adicional de insalubridade:

"CLÁUSULA DÉCIMA - PAGAMENTO DA INSALUBRIDADE

Fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção Coletiva de Trabalho 2017/2018, continuarão a realizar o pagamento do adicional de insalubridade, em grau máximo, ou seja, no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre o piso da categoria, sendo que a partir do dia 01 de Janeiro de 2018 o benefício será calculado com base no piso mínimo da categoria que é de R\$ 1.060,00 (Um Mil e Sessenta Reais), respeitando a jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais banheirista que realizam a limpeza de banheiros públicos de uso coletivo ou de grande circulação igual ou superior a 40 (quarenta) pessoas. O pagamento do adicional aqui previsto será pago enquanto perdurar a eficácia da súmula 448 do TST.

Parágrafo 1º - Em contratos comerciais de prestação de serviços haverá pagamento do adicional de insalubridade pelo percentual de 20% (vinte por cento), a todos os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial de contratos comerciais públicos e privados, sendo pago da seguinte maneira: fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção, continuarão a realizar o pagamento do adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre o piso da categoria, sendo que a partir do dia 01 de Janeiro de 2018 o benefício será calculado com base no piso mínimo da categoria que é de R\$ 1.060,00 (Um Mil e Sessenta Reais), respeitando a jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial, exceto os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial já enquadrados no caput desta cláusula.

Parágrafo 2º - Fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção Coletiva de Trabalho 2018/2018, continuarão a realizar o pagamento do adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre o piso da categoria, sendo que a partir do dia 01 de Janeiro de 2018 o benefício será calculado com base no piso mínimo da categoria que é de R\$ 1.060,00 (Um Mil e Sessenta Reais), respeitando a jornada laborada, para a função de Merendeira.

Parágrafo 3º - Entende-se por limpeza predial, a limpeza realizada em escolas, comércios, shopping Center, aeroportos, portos, rodoviárias, bancos e imóveis em geral, públicos e privados, tanto na área geral como na área industrial." (grifo nosso)

No presente caso, restou incontroversa a existência de substituídos, contratados pela 1ª reclamada, que exercem ou exerciam a função de Auxiliar de Serviços Gerais, realizando a limpeza predial em favor do Instituto Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos - IEMA (2ª reclamada), enquadrando-se à situação fática descrita nas CCTs.

Outrossim, não prospera a alegação de nulidade das cláusulas normativas que fundamentam o pedido, pois se há convenção coletiva de trabalho reconhecendo a insalubridade, mediante estipulação de que certo tipo de labor em determinadas condições é insalubre e possibilita o pagamento do correspondente adicional, deve ser considerada plenamente válida por decorrente da vontade coletiva das categorias representadas (art. 7º, XXVI, da CF/88).

Conforme disposto na Cláusula 10ª das CCTs, o sindicato da categoria empresária e o sindicato dos trabalhadores transacionaram norma que afasta a necessidade da realização de prova pericial, estabelecendo que as empresas deveriam efetuar o pagamento do adicional de insalubridade de 20% aos empregados que preenchessem os seguintes requisitos: 1) exercerem a função de Auxiliar de Serviços Gerais; 2) realizarem atividades de limpeza predial em contratos comerciais públicos e privados.

Assim, o próprio sindicato da categoria econômica reconhece a insalubridade em certo tipo de trabalho e estipula algumas condições para pagamento do adicional, ou seja, se preenchidos esses requisitos, não se pode considerar nula a norma coletiva.

Portanto, reputo plenamente válida a Convenção Coletiva, por se originar da livre declaração da vontade coletiva das categorias representadas (art. 7º, XXVI, CF), não havendo falar em afronta aos arts. 7º, inciso XXII e XXIII, e 22 da Constituição Federal, arts. 155, 156, 189, 190, 195 e 611-B, da CLT, NR 15 ou Súmulas nº 194 e 460 do STF e 448 do TST.

Outrossim, o pleito autoral está fundamentado em previsão contida em instrumento coletivo, que possui efeito vinculante para os integrantes da categoria representada pelas entidades subscritoras do referido instrumento (art. 611 da CLT).

E mais, a Constituição Federal privilegia os princípios da aplicação da norma mais favorável e da autonomia da vontade (art. 7º, *capute* inciso XXVI, da CF), o que reforça a validade e imperatividade da previsão e sua aplicação no caso em exame.

Quadra frisar, ainda, que as normas invocadas pelas reclamadas apenas dispõem sobre os patamares mínimos de proteção ao trabalhador. Assim, ao contrário da afirmação da 2ª reclamada, a concessão de adicional de insalubridade sem a observância dos requisitos legais não representa supressão de "norma de saúde, higiene e segurança do trabalho", mas, ao contrário, configura a própria efetivação das regras protetivas dos trabalhadores. Portanto, não prospera a tese das reclamadas de que o ordenamento jurídico veda a possibilidade de que as partes da relação de trabalho (empregadores e empregados) reconheçam que determinada atividade laboral é insalubre.

Quanto à sentença prolatada no processo 0039221-60.2016.8.08.0024, a própria reclamada deixa claro que a ação promovida pelo sindicato patronal teve como objeto a determinação de que a Administração Pública incluísse em seus Editais de Licitação o adicional de insalubridade de 20% para os Auxiliares de Serviços Gerais.

Assim, além de a Justiça Estadual não possuir competência para a declaração da invalidade de norma coletiva firmada entre sindicatos dos empregados e dos empregadores, o reconhecimento da nulidade da cláusula coletiva pelo Juízo da Vara da Fazenda Pública Estadual foi realizado de forma meramente incidental, como questão prejudicial à matéria objeto da ação (regras do procedimento licitatório). Portanto, a fundamentação adotada pela Justiça Comum não forma coisa julgada e não vincula este Juízo.

Além disso, conforme bem ressaltado pelo Juízo de primeiro grau, o fato de constar ou não do edital licitatório a previsão de pagamento do adicional de 20% não afasta, no caso concreto, a possibilidade de condenação subsidiária do ente público tomador dos serviços pelo pagamento das verbas deferidas, pois sua responsabilização advém de inadimplência da empresa prestadora dos serviços, que era a responsável pelo pagamento das verbas trabalhistas (adicional de insalubridade) a seus empregados.

Quanto à base de cálculo, deve ser observado o valor definido nas CCTs, por ser mais favorável aos trabalhadores, além de também ser decorrente do ajuste de vontade dos empregados e empregadores, por intermédio de seus respectivos sindicatos.

É devido, portanto, o adicional de insalubridade postulado, não merecendo reparos a sentença.

Diante do exposto, **nego provimento aos recursos ordinários das reclamadas.**

2.2.1.5. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ENTE PÚBLICO (recurso da 2ª reclamada)

Restou incontroversa a existência de substituídos que prestam ou prestaram serviços em favor do Instituto Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos - IEMA (2ª reclamada).

Portanto, incide perfeitamente à hipótese o disposto na Súmula nº 331, IV, do TST, uma vez que o ente público usufruiu da força de trabalho dos substituídos e, por consequência, deve responder subsidiariamente pelo adimplemento do débito trabalhista.

Saliente-se que, embora o STF tenha declarado a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, tal decisão não afasta a possibilidade de responsabilização subsidiária do Ente Público nas hipóteses de omissão ou negligência quanto à fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada.

Ressalte-se, no presente caso, que o ente público não apresentou provas de que tenha envidado medidas efetivas e suficientes de fiscalização do contrato firmado com a 1ª reclamada, na forma preconizada na Súmula nº 331, V, do TST. Aliás, a questão aqui prescinde de qualquer prova, pois restou incontroverso que o IEMA, mesmo tendo conhecimento tanto da cláusula convencional estipulando o pagamento do adicional de insalubridade quanto da ausência de pagamento do benefício pela 1ª reclamada, não adotou nenhuma medida fiscalizatória ou destinada a regularizar a situação.

Ademais, é do Ente Público o ônus da prova quanto à fiscalização do contrato de trabalho, diante da existência de previsão legal nesse sentido (arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93).

Quanto à sentença prolatada no processo 0039221-60.2016.8.08.0024, embora esta tenha afastado a necessidade de os editais de licitação preverem o pagamento do adicional de insalubridade 20% para Auxiliares de Serviços Gerais, seus efeitos não afastam a responsabilização subsidiária da 2ª reclamada.

Conforme salientado no tópico anterior deste acórdão, o fato de constar ou não do edital licitatório a previsão de pagamento do adicional de 20% não afasta, no caso concreto, a possibilidade de condenação subsidiária do ente público tomador dos serviços pelo pagamento das verbas deferidas, pois sua responsabilização advém de inadimplência da empresa prestadora dos serviços, que era a responsável pelo pagamento das verbas trabalhistas (adicional de insalubridade) a seus empregados.

Assim, deve o município responder subsidiariamente pelo pagamento dos créditos deferidos aos substituídos.

Diante do exposto, **nego provimento ao recurso ordinário da 2ª reclamada.**

2.2.1.6. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ (arguida pela 1ª reclamada)

Não vislumbro nos autos nenhuma atitude do reclamante que enseje a imputação da multa por litigância de má-fé, a teor dos artigos 79 e 80 do CPC (aplicável subsidiariamente ao Processo do Trabalho por força do art. 769 do Texto Consolidado) e 793-A e 793-B da CLT (incluídos pela Lei nº 13.467, de 2017).

Nego provimento ao recurso da 1ª reclamada.

2.2.2. RECURSO ADESIVO DO SINDICATO AUTOR

2.2.2.1. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - SINDICATO - AÇÃO COLETIVA

Quando o sindicato atua como substituto processual em defesa de interesses da categoria ou de parte dela, aplicam-se as disposições atinentes às ações coletivas previstas na Constituição Federal, na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), no tocante à matéria.

Saliente-se que o *caput* do art. 87 do CDC é claro ao afastar a possibilidade de condenação da associação (sindicato) autora no pagamento de honorários advocatícios nas ações coletivas, salvo configurada litigância de má-fé. Cabe aqui a transcrição do art. 87 do CDC:

"Art. 87. Nas ações coletivas de que trata este código não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

Parágrafo único. Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos."

Transcreve-se, também, o art. 18 da Lei nº 7.347/85:

"Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 1990)".

Tal entendimento visa privilegiar a propositura das demandas coletivas, que se revelam importantíssima ferramenta de pacificação das demandas metaindividuais. Nesse sentido é a jurisprudência.

"TUTELA COLETIVA. SINDICATO. LEGITIMAÇÃO ATIVA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. CUSTAS OU DESPESAS JUDICIAIS POR SUCUMBÊNCIA. ISENÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 87 DA LEI 8.078 DE 1990 (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR) Não se pode negar o avanço conferido nos últimos anos no intuito de se implantar sistema processual priorizando a adoção de mecanismos coletivos que mais eficientemente solucionem as controvérsias massificadas, coletivas, ou de maior grau de similitude, rompendo a matriz ideológica individual que norteava o processo civil. Dentro desse contexto, a interpretação das normas aplicáveis ao processo coletivo deve ter como linha condutora o respeito à nova estrutura processual, sempre buscando-se prestigiar a efetividade do processo e a própria racionalização do sistema. Sendo assim, com o fim de prestigiar a finalidade excepcional do subsistema do processo coletivo, nas ações coletivas isenta-se o demandante, instituição representante de grupo ou categoria socioeconômica de indivíduos, do pagamento de custas ou despesas judiciais, ainda que se trate de substituição processual para tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, como previsto no art. 87 do CDC e no art. 17 da Lei da Ação Civil Pública, Lei 7.347 de 1985. Recurso parcialmente provido. (grifo nosso) (TRT-13 - RO: 01191006720145130002 0119100-67.2014.5.13.0002, Data de Julgamento: 17/12/2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 11/01/2016)

Dessa forma, é assegurado ao sindicato autor à assistência judiciária gratuita.

Diante do exposto, **dou provimento ao recurso do sindicato autor, para lhe conceder os benefícios da assistência judiciária gratuita.**

2.2.2.2. - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEFERIDOS AO RECLAMANTE - MAJORAÇÃO

O Juízo de primeiro grau julgou procedente a ação, condenando a ré ao pagamento de honorários advocatícios no percentual de 5% "sobre o valor a que foi condenada, na forma do artigo 791-A da CLT.". Assim, considerando que o valor da causa foi arbitrado em R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), os honorários foram fixados no valor de R\$ 2.250,00 (dois mil duzentos e cinquenta reais), pelas reclamadas.

Insurge-se o sindicato autor contra essa decisão, requerendo seja majorado para 15% o percentual dos honorários advocatícios fixados na sentença.

Examina-se.

Considerando os requisitos fixados no § 2º do mencionado artigo (grau de zelo do profissional; lugar de prestação do serviço; natureza e a importância da causa; trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço), fixo os honorários a cargo da reclamada no percentual de 15% sobre o valor causa.

Diante do exposto, **dou provimento ao recurso do sindicato autor, para majorar para 15% o percentual dos honorários advocatícios deferidos na sentença, o que corresponde agora a R\$ 6.750,00.**

Acórdão

Acordam os Magistrados da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, na Sessão Extraordinária Virtual com início em 01 de setembro de 2021, às 13h30min, e encerramento em 08 de setembro de 2021, às 13h30min, sob a Presidência do Exmo. Desembargador Mário Ribeiro Cantarino Neto, com a participação do Exmo. Desembargador Cláudio Armando Couce de Menezes, do Exmo. Desembargador Gerson Fernando da Sylveira Novais, da Exma. Desembargadora Alzenir Bollesi de Plá Loeffler e presente o Exmo. Procurador do Trabalho, Dr. Valério Soares Heringer, por unanimidade, conhecer dos recursos ordinários da 1ª reclamada e do reclamante; conhecer parcialmente do recurso da 2ª ré; negar provimento aos recursos das reclamadas; e dar provimento ao recurso do autor para conceder os benefícios da assistência judiciária gratuita e majorar para 15% o percentual dos honorários advocatícios fixados na sentença, correspondente a R\$ 6.750,00.

**DESEMBARGADORA ALZENIR BOLLESI DE PLÁ LOEFFLER
RELATORA**

VOTOS



Assinado eletronicamente por: [ALZENIR BOLLESI DE PLA LOEFFLER]
- 8ba58e2
<https://pje.trt17.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>



Documento assinado pelo Shodo



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO
12ª VARA DO TRABALHO DE VITÓRIA

ATOrd 0000907-42.2020.5.17.0012

RECLAMANTE: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV
SIMIL ES

RECLAMADO: SUDESTE CONSTRUCOES E SERVICOS GERAIS LTDA - ME
E OUTROS (2)

Vistos e examinados os presentes autos, passo a
proferir a seguinte

SENTENÇA

SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPIRITO SANTO - SINDILIMPE ES ajuíza ação de cumprimento, pelos fatos e fundamentos que aponta, postulando a condenação das reclamadas, a segunda a título subsidiário, ao pagamento do adicional de insalubridade no percentual de 20% (vinte por cento) para todos os substituídos que exercem /exerceram a função auxiliares de serviços gerais no contrato celebrado com o 2ª Reclamado, nos termos da Cláusula 10ª, §1º, da CCT, desde o início do contrato de trabalho, em parcelas vencidas e vincendas, calculada sobre o piso de R\$ 1.060,00 (mil e sessenta reais), com reflexos em 13o salários, férias com acréscimo de 1/3, FGTS, reflexos do adicional deferido em aviso prévio e adicional de 40% sobre o FGTS para aqueles substituídos despedidos sem justa causa no curso do contrato de trabalho, além de multa convencional, assistência judiciária gratuita e honorários advocatícios. Resposta de Instituto Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos- IEEMA-ES, na forma da contestação, onde suscita preliminar de ilegitimidade passiva ad causam, ilegitimidade ativa do ente sindical autor, e, no mérito, refuta a responsabilidade que lhe é

atribuída e as alegações vestibulares, pugnando pela improcedência do pedido.

Resposta de SUDESTE CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS GERAIS LTDA, na forma contestação, por meio da qual suscita preliminar de inépcia, impugna o valor da causa, a assistência judiciária postulada e diz da litigância de má-fé da parte autora, no mérito refutando as alegações vestibulares e pugnando pela improcedência dos pedidos. Conciliação recusada.

Alçada arbitrada em R\$ 45.000,00 .

Ao ensejo da assentada de Id 862da7f indeferiu o juízo a produção de prova pericial, pelos motivos que da respectiva ata constam, sob protestos da primeira ré. Foi encerrada a instrução processual, com razões finais remissivas aos elementos dos autos, sem qualquer êxito no esforço final de conciliação.

É o relatório.

ISTO POSTO

FUNDAMENTAÇÃO

PRELIMINARES

Ao contrário do que se alega em contestação, restam cumpridas as condições legais para o exercício do direito de ação pelo autor.

A peça de ingresso preenche satisfatoriamente os requisitos do art. 840, parágrafo 1º, da CLT, estando apta a produzir os efeitos que lhe são inerentes, sem que mereça a pecha de inepta.

A ré tampouco é parte ilegítima no feito, uma vez que integra, na condição de tomadora final, e real, dos préstimos obreiros, a relação jurídica subjacente à lide, de onde advém o presente conflito de interesses.

Quanto à legitimidade ad causam da entidade autora, e à desnecessidade de identificação nominal dos substituídos processuais, é bem de ver que, superado o ineditismo

do texto da Constituição Federal de 1988, não há mais espaço para que se questione a atuação dos sindicatos em Juízo para tutela de interesses individuais e coletivos da categoria de sua representação. Cuida-se nos autos do esforço de salvaguardar direitos dos trabalhadores da ré ao recebimento de parcela elencada em norma coletiva, típico interesse transindividual da classe individual homogênea, decorrente de origem comum, preconizado no art. 81 da Lei nº 8.078/90, a justificar plenamente que possam dela fazer uso associações sindicais constituídas há mais de um ano, independentemente de rol ou lista de substituídos, consoante disposição do art. 82 da referida lei. Há que se aduzir, outrossim que, a par do empregador dispor de meios, melhor do que ninguém, para identificar o universo dos substituídos, seus empregados, a legitimidade das entidades sindicais para a demanda coletiva está contemplada na regra matriz do art. 8º, III, da Carta Federal, a lhes outorgar a defesa judicial dos interesses da categoria que representa, sem maiores peias ou restrições, nos moldes da jurisprudência pacificada do Excelso Pretório. É, desse modo, manifesta a legitimidade "ad causam" do sindicato autor para o exercício da presente actio.

Não havendo irregularidades quanto às condições de ação e pressupostos de formação e desenvolvimento da relação processual, o processo está pronto para ter o seu mérito enfrentado, que é onde se inserem as demais discussões travadas em seu curso.

MÉRITO

RESPONSABILIDADE DA SEGUNDA RÉ

A responsabilidade da segunda reclamado pelos efeitos desta condenação não há de ser mensurada à luz do art. 2º, e tampouco do art. 455, ambos da CLT, mas nos moldes preconizados nos arts. 186 e seguintes c/c 927 e seguintes, do Código Civil e, sobretudo, art. 37, inciso XXII, parágrafo 6º, da Constituição Federal, uma vez que concorreu para que a reclamante suportasse as inúmeras lesões apregoadas na exordial.

Não há, outrossim, prova de fiscalização quanto ao adimplemento das verbas trabalhistas e previdenciárias, ônus que incumbia à segunda ré, real beneficiária dos préstimos de serviço da obreira ora demandante.

Com efeito, foram sonegados dos reclamantes direitos mezinhos assegurados por lei em virtude da existência do sinalagma, com a conivência do tomador final dos serviços, a quem era dado adotar critérios mais seguros de escolha e de fiscalização da empresa contratada, a primeira ré, sobretudo no que tange ao cumprimento das obrigações cogentes fixadas em prol da comunidade dos empregados.

Houve, com efeito, culpa do segundo réu nas modalidades in eligendo et in vigilando, à vista das violações obrigacionais denunciadas no libelo, as quais merecem ser ressarcidas, sem exclusão de qualquer dentre as rubricas deferidas ao autor nesta sentença, ainda que por intermédio da responsabilidade subsidiária aplicável à espécie, que proclamo e na qual condeno o tal defendente, uma vez que se revelam presentes neste caso os requisitos versados no art. 942, "in fine", do Código Civil, coisa que se mostra fundamental para permitir a recomposição dos direitos sonegados.

Uma certa ressalva merece, todavia, ser desde logo tecida, a propósito do fato de não haver óbice à imposição de responsabilidade patrimonial ao réu, de ordem subsidiária, conforme preconiza o Enunciado nº 331 do C. TST, em razão do preceito do art. 71, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/93. O ordenamento jurídico é harmônico e não admite antinomias, e é nesse contexto que se deve examinar o mencionado preceito, vale dizer, não deve ser ele destacado do todo para operar efeitos isolados mas, ao revés, há de ser visto na sua dimensão sistemática de típica regra que compõe o universo normativo nacional. Houvesse o privilégio das entidades da administração serem as únicas tomadoras de serviços a não responder pelo desatino eventual dos seus atos, então seria o caso de defender a inconstitucionalidade do dito preceito, por atentar

contra a regra elementar de igualdade de todos perante a lei, e por implicar discriminação contra os operários cujos padrões entendem-se com a administração pública. Não é esse o caso, porém. O dito regramento legal não é inconstitucional exatamente porque não chega a tanto, apenas prevê, no plano das relações substanciais regidas pelo Direito Administrativo, não ser possível transferir encargos contratuais do setor privado para o público, mediante transferência de ônus incompatíveis com o regime jurídico das licitações. Nada além disso. Já no campo da responsabilidade civil, respondem sempre as entidades da administração com responsabilidade objetiva, vale dizer, sem óbices de origem sinalagmática em razão da teoria do ato ilícito, aqui beneficentemente abrandada pela aplicação do instituto na sua versão aquiliana.

PRETENSÕES VESTIBULARES

Postula o sindicato autor a condenação das reclamadas, a segunda a título subsidiário, ao pagamento do adicional de insalubridade no percentual de 20% (vinte por cento) para todos os substituídos que exercem /exerceram a função de auxiliar de serviços gerais no contrato celebrado com o

2ª Reclamado, nos termos da Cláusula 10ª, §1º, da CCT, desde o início do contrato de trabalho, em parcelas vencidas e vincendas, calculada sobre o piso de R\$ 1.060,00 (mil e sessenta reais), com reflexos em 13o salários, férias com acréscimo de 1/3, FGTS, reflexos do adicional deferido em aviso prévio e adicional de 40% sobre o FGTS para aqueles substituídos despedidos sem justa causa no curso do contrato de trabalho, além de multa convencional. Colaciona aos autos a CCT 2018/2019 e 2019/2020.

A Convenção Coletiva é expressa quanto obrigatoriedade de pagamento de adicional de insalubridade a partir de 01 de janeiro de 2018 para os empregados lotados na função de auxiliar de serviços gerais de limpeza predial, mantida a

obrigatoriedade pelo advento da CCT 2019/2020 (vigência de 01 de janeiro de 2019 a 01 de janeiro de 2020).

Não cabe cogitar, como quer fazer parecer a segunda ré, da exigência de prova pericial para apuração das condições do local de trabalho ou do enquadramento das atividades nas disposições previstas nas normas regulamentadoras específicas.

A Constituição Federal, em seu artigo 7º, previu expressamente o reconhecimento de validade das convenções e acordos coletivos de trabalho. Verifica-se pela leitura sistemática no ordenamento jurídico da força conferida aos instrumentos de negociação coletiva, sendo vedado somente a modificação de normas cogentes, em detrimento do trabalhador.

Neste sentido, a concessão de adicional de insalubridade por meio de norma coletiva, sem espeque em laudo pericial prévio, não agride preceito de ordem pública, uma vez que confere garantias ainda maiores do que aquelas minimamente oferecidas pela lei quanto à proteção ao trabalho.

Ressalte-se que o ente público é ora demandado em caráter subsidiário, de forma que inaplicável ao caso o decisum proferido nos autos da RT 0039221-60.2016.8.08.0024 e insubsistentes os argumentos lançados na peça de defesa quanto a regularidade do processo licitatório. A responsabilidade da segunda ré pelo pagamento das verbas ora postuladas advém de eventual insolvência da primeira reclamada, responsável pelo pagamento das verbas trabalhistas devidas, ainda que tais parcelas não constem do edital de licitação.

Condeno as rés, pois, a segunda a título subsidiário, ao pagamento de adicional de insalubridade no percentual de 20% (vinte por cento) para todos os substituídos que exercem/exerceram a função auxiliares de serviços gerais no contrato celebrado com o 2ª Reclamado, nos termos da Cláusula 10ª, §1º, da CCT 2018/2019 e 2019/2020, no período de vigência das referidas normas

coletivas, calculada sobre o piso de R\$ 1.060,00 (mil e sessenta reais), com reflexos em 13o salários, férias com acréscimo de 1/3, FGTS, reflexos do adicional deferido em aviso prévio e adicional de 40% sobre o FGTS para aqueles substituídos despedidos sem justa causa no curso do contrato de trabalho.

O adicional já remunera os dias de repouso semanal remunerado do empregado mensalista, na forma da OJ 103 da SDI-1 do C.TST.

A liquidação e a execução desta sentença coletiva genérica dar-se-á de forma individual, sujeitando-se à livre distribuição, na forma do art. 98, § 2o., I, da Lei 8.078/90, aos interessados cumprindo comprovar em Juízo que se amoldam à hipótese de incidência deste "decisum".

No mais, não há amparo legal para efeito de imputação à ré dos encargos fiscais e previdenciários exclusivos decorrentes da condenação.

Indevido o benefício da assistência judiciária gratuita, vez que não preenchidos os requisitos do art. 790, §3º da CLT.

Tendo em vista a sucumbência da reclamada, arbitro honorários de 5% sobre o valor a que foi condenada, na forma do artigo 791-A da CLT.

PELO EXPOSTO

Julgo, nos termos da fundamentação supra, que integra o presente dispositivo para todos os efeitos legais, PROCEDENTE O PEDIDO, para condenar as rés, a segunda a título subsidiário, ao pagamento de títulos, tais como constam especificados na motivação deste "decisum", observados os parâmetros ali consignados, nomeadamente

que a liquidação e a execução desta sentença coletiva genérica dar-se-á de forma individual, sujeitando-se à livre distribuição, na forma do art. 98, § 2o., I, da Lei 8.078/90, aos interessados cumprindo comprovar em Juízo que se amoldam à hipótese de incidência desta sentença.

Juros e correção monetária na forma da lei.

Custas de R\$ 900,00, calculadas sobre o valor arbitrado de R\$45.000,00 pelas reclamadas, isenta a segunda.

Honorários advocatícios de R\$ 2.250,00, pelas reclamadas.

Prazo de cumprimento de oito dias.

Determino à reclamada calcular o valor devido à Previdência Social, como se apurar em liquidação, efetuando o pagamento até o 8º dia do mês de competência e comprovando o recolhimento até o 15º dia do mês subsequente ao da competência. Cumpram-se os provimentos nºs. 02 /93 e 01/96, da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho.

Oficie-se o INSS e a DRT.

Dê-se ciência às partes.

VITORIA/ES, 13 de maio de 2021.

ROBERTO JOSE FERREIRA DE ALMADA
Juiz do Trabalho Titular



Assinado eletronicamente por: ROBERTO JOSE FERREIRA DE ALMADA - Juntado em: 13/05/2021 14:48:24 - 22a7aa2
<https://pje.trt17.jus.br/pjekz/validacao/21051314351159300000023048561?instancia=1>
Número do processo: 0000907-42.2020.5.17.0012
Número do documento: 21051314351159300000023048561



.TRHL

PROCESSO nº 0000871-33.2020.5.17.0001 ROT

RECORRENTES: OUTPAR SERVICE EMPRESARIAL - EIRELI , ESTADO DO ESPIRITO SANTO

RECORRIDOS: OUTPAR SERVICE EMPRESARIAL - EIRELI , ESTADO DO ESPIRITO SANTO, SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES

RELATORA: DESEMBARGADORA ALZENIR BOLLESI DE PLÁ LOEFFLER

EMENTA

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE PREVISTO EM NORMA COLETIVA. DESNECESSÁRIA A REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. Se a norma coletiva de trabalho prevê o pagamento de adicional de insalubridade aos trabalhadores que exercem determinado cargo, é desnecessária a prova pericial para comprovação de exposição a agentes nocivos a saúde, sendo perfeitamente válido o pactuado em norma coletiva, na forma do art. 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal.

1. RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário interposto pela **1ª reclamada** e recurso ordinário interposto pelo **2º réu (Estado do Espírito Santo)**, por meio dos quais se insurgem contra a r. sentença proferida pela Exma. Juíza Alda Pereira dos Santos Botelho, que julgou procedentes os pedidos vindicados na inicial.

Razões recursais da 1ª reclamada (ID.7417455), postulando a reforma da r. sentença quanto ao adicional de insalubridade e responsabilidade solidária do 2º reclamado.

Comprovante do depósito recursal e do recolhimento das custas processuais juntados aos autos.

Contrarrazões do Estado do Espírito Santo (ID. f570f1f), em que pede o desprovimento do recurso da 1ª reclamada.

Razões recursais do 2º reclamado - Estado do Espírito Santo (ID. 2db1b71), pugnano pela reforma da r. sentença no que tange ao adicional de insalubridade, à condenação subsidiária do Ente Público, e ao juro de mora.

Contrarrazões da 1ª reclamada (ID. f691bfc), pugnano pelo não provimento do recurso do 2º réu.

Em atendimento à Consolidação dos Provimentos da CGJT, os autos foram enviados ao MPT para a emissão de parecer.

Parecer do Ministério Público do Trabalho, oficiando pelo conhecimento dos recursos da 1ª reclamada e do Estado do Espírito Santo, e, no mérito, pelo não provimento dos apelos. (ID. 27536cf).

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 CONHECIMENTO

Conheço do recurso ordinário interposto pela 1ª reclamada, eis que presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade recursal.

Conheço do recurso ordinário interposto pelo Estado do Espírito Santo, eis que presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade recursal.

Porque tempestivas, considero as contrarrazões ofertadas.

2.2. MÉRITO

RECURSO DA PRIMEIRA RECLAMADA

2.2.1. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE (Análise Conjunta com o recurso do Estado)

Insurge-se a 1ª reclamada face à sua condenação ao pagamento de adicional de insalubridade, conforme sentença *a quo*, *verbis*:

"Nestes autos, discute-se apenas a questão de adicional de insalubridade previsto em norma coletiva para auxiliares de serviços gerais.

A Cláusula 10ª, § 1º da CCT juntada aos autos é clara no sentido de que é devido o pagamento de adicional de insalubridade a todos Auxiliares de Serviços Gerais de Limpeza predial no percentual de 20% sobre o piso da categoria.

Alterando entendimento anteriormente externado, considero que os atores coletivos têm possibilidade de prever o pagamento do adicional em comento mesmo sem apresentação de laudo pericial, diante do princípio da adequação setorial negociada.

Não prospera a alegação do segundo reclamado de que a norma coletiva a ele não se aplica. A questão de se as CCTs que criam obrigações econômicas se aplicam aos entes públicos só tem sentido quando a Administração é o empregador.

Desse modo, o Juízo se convence de que os substituídos fazem jus ao adicional de insalubridade previsto na norma coletiva, que é válida dentro do princípio da adequação setorial negociada.

Do exposto, condena-se a primeira ré ao pagamento de adicional de insalubridade, a partir de 01/01/2016, no percentual de 20% sobre o piso da categoria em favor dos substituídos.

Em virtude do caráter contraprestacional do adicional deferido são devidos reflexos em 13o salários, férias com acréscimo de 1/3, FGTS, bem como reflexos do adicional deferido em aviso-prévio e adicional de 40% sobre o FGTS para aqueles substituídos que tiveram os respectivos contratos rescindidos sem justa causa."

Inconformada, pontua a 1ª reclamada em sua peça recursal as seguintes considerações, *verbis*:

"1.A recorrente apresentou prova indelével de que todos os EPI's foram entregues aos funcionários (vide documentos em anexo);

2. os postos de trabalho referem-se a funções distribuídas em diversos locais (e substancialmente diferentes), sendo deletério PRESUMIR INSALUBRIDADE EM TODOS, COMO SE FOSSEM HOMOGÊNEOS;

3. não houve ANÁLISE PERICIAL do local, utilizando-se o juízo somente do texto frio da CCT, não ocorrendo qualquer outra espécie de prova que pudesse gerar presunção de insalubridade;

4. segundo a OJ nº 278 da SBDI-1 do TST apenas não é exigível a perícia, quando não for possível sua realização, havendo outros meios de prova, não sendo lícita a presunção de insalubridade apenas com base no texto da CCT, sem qualquer outra espécie de prova.

5. a Cláusula da CCT da categoria que embasou a condenação da insalubridade promovida pela juíza estabelece que há de se pagar o dito grau médio INDEPENDENTEMENTE DO LOCAL DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS1 , afirmativa que vai totalmente de encontro à decisões jurisprudenciais e a normativas do Ministério do Trabalho que determinam a necessidade impreterível da observação da insalubridade "em determinado local", não bastando a "nomenclatura do cargo", sendo "incompetente" o sindicato para "decidir" sobre a insalubridade;

6. a empresa foi premiada pela omissão dolosa da tomadora pública que NUNCA atestou a validade (ou determinou a invalidade) do laudo apresentado tempestivamente pela empresa."

Por sua vez, o 2º reclamado sustenta *que "não há espaço jurídico para que Sindicatos estabeleçam norma convencional inerente à medicina e segurança do trabalho contendo a caracterização e classificação de insalubridade fora das hipóteses aprovadas nos quadros das atividades e operações insalubres da Secretaria do Trabalho."*

Aduz que a Súmula 448 do TST *"exige não só a constatação da insalubridade através de Laudo Pericial, mas também que haja a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho (atualmente Secretaria do Trabalho)"*

Requer, caso seja mantida a condenação ao pagamento de adicional de insalubridade, que a base de cálculo do referido adicional seja o salário mínimo, na forma do art. 192, da CLT

Postula *"que seja reformada a r. Sentença, para reconhecer a eficácia jurídica do teor do provimento jurisdicional emanado nos Autos 0039221-60.2016.8.08.0024, reconhecendo que o Ente Federativo está desobrigado do cumprimento do dispositivo convencional e do pagamento do adicional de insalubridade."*

Ao exame.

Trata-se de ação coletiva em que o sindicato profissional postula, em nome dos substituídos, a condenação da ré ao pagamento de adicional de insalubridade previsto na norma coletiva da categoria.

A Constituição Federal em seu art. 7º, inciso XXVI, estabelece que são direitos dos trabalhadores o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho. Desse modo, as convenções coletivas constituem direito fundamental dos trabalhadores.

A Convenção Coletiva de Trabalho 2020/2020, juntada sob (ID.54a0664), prevê na Cláusula 10ª, §1º:

"A todos os trabalhadores eu exercem as funções de Auxiliar de Serviços Gerais de limpeza predial e Merendeira, fica convenionado que as empresas abrangidas por esta Convenção pagarão adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre a base de cálculo de R\$ 1.060,00 (Um Mil e Sessenta Reais), proporcional a jornada laborada, exceto os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial já enquadrados no caput desta cláusula."

Não existe qualquer irregularidade ou nulidade dos instrumentos coletivos que preveem o pagamento de adicional de insalubridade para os trabalhadores que exercem determinados cargos, estando o pactuado em consonância com o ordenamento jurídico.

Sendo assim, é devido o pagamento de adicional de insalubridade de 20% sobre o salário base dos substituídos que se enquadrarem na situação da norma coletiva, independentemente de comprovação de exposição à agente insalubre pela prova pericial, não merecendo reparos a r. sentença de origem.

Não é outro o entendimento do C.TST:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA - DESCABIMENTO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. GRAU MÁXIMO. LIMPEZA DE BANHEIROS DE USO COLETIVO DE GRANDE CIRCULAÇÃO. DIREITO AO BENEFÍCIO ESTABELECIDO EM NORMA COLETIVA. PERÍCIA TÉCNICA. DESNECESSIDADE. O TRT consignou que a norma coletiva impõe o pagamento do adicional de insalubridade, em grau máximo, aos trabalhadores que laboram na função de auxiliares de serviços gerais, e realizam a limpeza de banheiros de grande circulação, como é o caso da autora. Sendo o benefício devido em norma coletiva (arts 7º, XXVI, da CF/88 e 611 da CLT), não há que se falar em impossibilidade do seu reconhecimento por ausência de perícia técnica, nos moldes do art. 195, § 2º, da CLT. Agravo de instrumento conhecido e desprovido (TST - AIRR 1164-75.2017.5.17.0011. DEJT 12/02/2021)

Relativamente à base de cálculo do adicional de periculosidade, também não merece reparos a r. sentença, uma vez que a convenção coletiva da categoria estabelece que o adicional de insalubridade incidirá sobre o piso da categoria. Desse modo, no presente caso, fica afastada a incidência sobre o salário mínimo, já que existe norma coletiva dispondo especificamente sobre a matéria.

No tocante ao pedido para reconhecer a eficácia jurídica do teor do provimento jurisdicional emanado nos Autos 0039221-60.2016.8.08.0024, reconhecendo que o Ente Federativo está desobrigado do cumprimento do dispositivo convencional e do pagamento do adicional de insalubridade, peço vênha para transcrever os fundamentos emanados no parecer do d. MPT sobre o tema:

"Por fim, a questão ventilada nos autos do processo n. 0039221-60.2016.8.08.0024, não possui o condão de alterar o entendimento nesta manifestação, considerando que a causa de pedir e pedidos são distintos, enquanto nestes autos requer-se o pagamento do adicional previsto em instrumento coletivo, respondendo o ente público apenas de forma subsidiária, e naqueles autos, conforme narrado pelo ente, pretendeu-se a inclusão da verba de adicional nos contratos de prestação de serviços, indistintamente."

Dessa forma, deve ser mantida a r. sentença de piso.

Pelo exposto, **nego provimento.**

2.2.2. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO ENTE PÚBLICO

A 1ª reclamada requer que seja reconhecida a responsabilidade solidária por dolo eventual do Ente Público (2º reclamado) e não subsidiária, requerendo que a sentença valha como título executivo passível de ser imediatamente cobrado, inclusive por meios extrajudiciais.

Sem razão.

A pretensão da reclamada não é cabível na ação trabalhista, podendo a ré ingressar com ação própria para valer-se do direito de regresso contra o Ente Público.

Nego provimento.

RECURSO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

2.2.3. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO

Pugna o 2º reclamado pela reforma do julgado no tocante à sua condenação subsidiária ao pagamento de adicional de insalubridade aos substituídos.

Alega que não existe qualquer prova nos autos da suposta culpa *in vigilando* ou *in elegendo* do Estado do Espírito Santo.

À análise.

Saliente-se que, embora o STF, no julgamento da ADC 56, tenha declarado a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, tal decisão não afasta a possibilidade de responsabilização subsidiária do Ente Público nas hipóteses de omissão ou negligência quanto à fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada (não havendo que se falar em transferência automática de responsabilidade ao Poder Público).

A responsabilidade do Ente Público tomador de serviços não decorre do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas, mas se embasa na culpa *in eligendo* e *in vigilando*. Desse modo, se o tomador de serviços não se desincumbe satisfatoriamente de seu ônus de comprovar que fiscalizou o cumprimento, pelo prestador de serviços, das obrigações trabalhistas decorrentes do contrato pactuado, deve responder subsidiariamente pelas verbas inadimplidas.

Nesse sentido é o entendimento pacificado do TRT da 17ª Região através da Súmula nº 21, item II, nos seguintes termos:

Portanto, é do Ente Público o ônus da prova quanto à fiscalização do contrato de trabalho, diante da existência de previsão legal nesse sentido (arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93). Ressalte-se que tal hipótese não configura inversão do ônus probatório, mas a própria definição de seu responsável original. Também não há que se falar, portanto, em "culpa presumida" ou em "indevida distribuição dinâmica do ônus da prova", a teor dos §§ 1º e 2º do art. 818, como tenta fazer crer o reclamado. Por esse motivo, também não guarda pertinência dizer que houve violação à literalidade dos arts. 373, I, do CPC e 818 da CLT

Quanto ao Tema 246 do STF, de repercussão geral, especificamente sobre o ônus da prova da fiscalização dos contratos, é entendimento pacífico na Justiça do Trabalho que ele recai sobre o Ente Público por se tratar de fato impeditivo do direito do autor.

Há que se ressaltar, ainda, que atribuir ao trabalhador o ônus da prova nesse sentido impediria, na prática, qualquer possibilidade de responsabilização da administração pública, pois se estaria diante da exigência da produção de prova negativa (ausência de fiscalização do contrato), hipótese que se mostra extremamente difícil, se não impossível.

No caso em exame, não vislumbro provas de que o Ente Público tenha exercido fiscalização do contrato de trabalho apta a impedir o descumprimento dos deveres trabalhistas da 1ª reclamada para com os substituídos, pois trata-se de ônus probatório que competia à administração pública por ser destinatária da norma contida no art. 71 da Lei n. 8.666/93.

Note-se que o tomador de serviços tem obrigação de fiscalizar todas as questões inerentes aos empregados terceirizados, inclusive quanto ao cumprimento de todas as disposições previstas em normas coletivas.

Na presente situação, temos patente que as disposições sobre o pagamento do adicional de insalubridade previsto nas convenções coletivas a partir de 01/01/2016 foram ignoradas pela 1ª reclamada, pelo que não se pode dizer que houve fiscalização do Ente Público.

Assim, em que pese a juntada de centenas de documentos que atestam a fiscalização do Estado quanto aos empregados terceirizados quanto ao pagamento de salários, FGTS, vale-transporte, INSS, entre outros, no caso, o próprio descumprimento da norma coletiva significa que a fiscalização, ainda que existente, foi ineficaz, pois falha.

Assim, entendo que o Estado do Espírito Santo, não fiscalizou se a 1ª reclamada procedeu ao pagamento de adicional de insalubridade aos substituídos, conforme previsto em norma coletiva da categoria.

Levando-se em conta que o Ente Público agiu com culpa, porque se beneficiou do trabalho dos substituídos sem, contudo, exercer a adequada fiscalização e controle sobre a contratada, exsurge a sua responsabilidade subsidiária, não merecendo reparos a r. sentença *a quo*.

Pelo exposto, nego provimento.

2.2.4. JUROS DE MORA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. INAPLICABILIDADE DA LEI

N. 9.494/97

Pugna o Ente Público, caso mantida sua condenação, que sejam aplicados os juros previstos no art. 1º-F, da Lei n. 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/09, que prevê que os juros de mora serão os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Sem razão.

No caso em apreço, o Ente Público foi condenado a responder subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas devidas pela 1ª reclamada, não se beneficiando da limitação dos juros prevista no art. 1º-F, da Lei n. 9.494/97, conforme Orientação Jurisprudencial n. 382, da SDI-1, do TST.

Nego provimento.

ACÓRDÃO

ACORDAM os Magistrados da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, na Sessão Extraordinária Virtual, com início em 14 de junho de 2022, às 13h30min, e encerramento em 19 de julho de 2022, às 13h30min, sob a Presidência do Exmo. Desembargador Mário Ribeiro Cantarino Neto, com a participação dos Exmos. Desembargadores Cláudio Armando Couce de Menezes e Alzenir Bollesi de Plá Loeffler, e da Procuradora do Trabalho, Dra. Maria de Lourdes Hora Rocha, por unanimidade, conhecer do recurso da primeira reclamada e do recurso do 2º réu; e, no mérito, negar provimento a ambos os recursos.

DESEMBARGADORA ALZENIR BOLLESI DE PLÁ LOEFFLER RELATORA

VOTOS



Assinado eletronicamente por: [ALZENIR BOLLESI DE PLA LOEFFLER]
- 281c9f5
<https://pje.trt17.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>



Documento assinado pelo Shodo



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO
1ª VARA DO TRABALHO DE VITÓRIA

ATOrd 0000871-33.2020.5.17.0001

RECLAMANTE: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES

RECLAMADO: OUTPAR SERVICE EMPRESARIAL - EIRELI E OUTROS (2)

Processo:	0000871-33.2020.5.17.0001 - Processo Judicial Eletrônico
Classificação:	Ação Trabalhista - Rito Ordinário
Autor:	SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES
Adv.:	Advogados do RECLAMANTE: GERLIS PRATA SURLO, ODILIO GONCALVES DIAS NETO, POLIANA FIRME DE OLIVEIRA
Réu:	OUTPAR SERVICE EMPRESARIAL - EIRELI e outros (2)
Adv.:	Advogados do RECLAMADO: KELLY CARIOCA TONDINELLI, TIAGO TONDINELLI

SENTENÇA

-

RELATÓRIO

SINDIMPLE, qualificado na inicial, ajuizou reclamação trabalhista em face de **OUTPAR SERVICE EMPRESARIAL e ESTADO DO ESPIRITO SANTO** postulando pagamento de adicional de insalubridade em favor dos substituídos, pelos motivos de fato e de direito constantes da inicial (id 93cf24b).

Aberta a audiência (id ef5d0b3), primeira tentativa conciliatória recusada. Contestações escritas das reclamadas (id 78c4cab e fe6fa24), com documentos. Foi indeferido o requerimento para realização de perícia, sob protestos

da primeira reclamada. Foi ouvida uma testemunha. As partes declararam não haver mais provas a produzir. Razões finais remissivas pelas partes. Partes inconciliáveis. Encerrada a instrução.

Vindo os autos conclusos e relatados os principais atos processuais, passa-se a decidir.

FUNDAMENTAÇÃO

DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA

Alterando entendimento anterior, defere-se o benefício de gratuidade de justiça ao sindicato-autor, sendo certo que, em última análise, são os substituídos os beneficiados com o pleiteado em juízo.

-

DA INEPCIA

A inicial atende o art. 840 da CLT, razão pela qual se rejeita a preliminar.

-

DA PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA 2ª RECLAMADA

À luz da teoria da asserção, a legitimidade de parte, assim como as demais condições para o regular exercício do direito de ação, são verificadas *in statu assertionis*, ou seja, com base nas afirmações feitas pelo demandante na inicial.

A legitimidade de parte pode ser definida como a pertinência subjetiva da ação, "em outros termos, podemos afirmar que têm legitimidade para a causa os titulares da relação jurídica deduzida, pelo demandante, no processo" (CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. V. 1, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 107).

No presente caso, diante dos fatos narrados na peça exordial a 2ª reclamada apresenta legitimidade passiva ad causam para figurar nesta relação jurídico-processual.

Rejeita-se a preliminar.

DO MÉRITO

Nestes autos, discute-se apenas a questão de adicional de insalubridade previsto em norma coletiva para auxiliares de serviços gerais.

A Cláusula 10ª, § 1º da CCT juntada aos autos é clara no sentido de que é devido o pagamento de adicional de insalubridade a todos Auxiliares de Serviços Gerais de Limpeza predial no percentual de 20% sobre o piso da categoria.

Alterando entendimento anteriormente externado, considero que os atores coletivos têm possibilidade de prever o pagamento do adicional em comento mesmo sem apresentação de laudo pericial, diante do princípio da adequação setorial negociada.

Não prospera a alegação do segundo reclamado de que a norma coletiva a ele não se aplica. A questão de se as CCTs que criam obrigações econômicas se aplicam aos entes públicos só tem sentido quando a Administração é o empregador.

Desse modo, o Juízo se convence de que os substituídos fazem jus ao adicional de insalubridade previsto na norma coletiva, que é válida dentro do princípio da adequação setorial negociada.

Do exposto, condena-se a primeira ré ao pagamento de adicional de insalubridade, a partir de 01/01/2016, no percentual de 20% sobre o piso da categoria em favor dos substituídos.

Em virtude do caráter contraprestacional do adicional deferido são devidos reflexos em 13o salários, férias com acréscimo de 1/3, FGTS, bem como reflexos do adicional deferido em aviso-prévio e adicional de 40% sobre o FGTS para aqueles substituídos que tiveram os respectivos contratos rescindidos sem justa causa.

DO PEDIDO DE RESPONSABILIDADE DO SEGUNDO RÉU

A situação se enquadra perfeitamente no entendimento da Súmula n.º 331, III do TST (parte esta que não é influenciada pelos julgamentos recentes do STF sobre o tema da terceirização) e ao Tema 725 de Repercussão Geral do STF que tem a seguinte redação:

“É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas físicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.”

Ao tomador de serviços incumbe, sem sombra de dúvidas, a responsabilidade de fiscalizar se as obrigações trabalhistas, previdenciárias e fiscais estão sendo cumpridas pela empresa contratada, sendo seu direito o de exigir a comprovação de tal situação, sob pena de vir a responder subsidiariamente pelas obrigações pecuniárias decorrentes dos contratos de trabalho mantidos entre a empresa contratada e seus empregados, por culpa *in eligendo*.

Nesse sentido:

"A culpa *in eligendo* por parte da tomadora de serviços em virtude da inidoneidade econômica da prestadora de serviços implica em responsabilidade subsidiária daquele em relação aos direitos trabalhistas dos empregados, e não em responsabilidade solidária (TST, RR 53.073/92.6, Vantuil Abdala, Ac. 2ª T. 5.814/94)" (CARRION, Valentin, *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 23 ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 303).

A responsabilidade do tomador de serviços abrange todos os títulos pecuniários, haja vista que tinha a obrigação de fiscalizar o correto cumprimento das obrigações trabalhistas pelo contratado e por não ter escolhido empresa apta a cumprir integralmente a legislação trabalhista, inclusive quanto à saúde e segurança do trabalhador.

Observe-se que não restou evidenciada a efetiva fiscalização por parte do segundo reclamado.

Portanto, o segundo reclamado deve responder subsidiariamente pelas obrigações pecuniárias decorrentes do contrato de trabalho celebrado entre o reclamante e a primeira reclamada ora objeto de condenação, na forma da retro referida Súmula nº. 331, inciso IV, do Tribunal Superior do Trabalho.

A responsabilidade subsidiária justifica a imputação do devedor subsidiário na execução trabalhista, quando o devedor principal não possui bens, os bens não são suficientes ou não são localizados. O argumento de que deveria haver a execução contra os sócios do devedor principal não convence, haja vista que (i) a responsabilidade subsidiária é uma proteção aos créditos do trabalhador; (ii) quem tem o direito de solicitar a desconsideração da personalidade jurídica é o credor trabalhista e não o devedor subsidiário; (iii) o devedor subsidiário não possui o benefício de ordem por falta de disposição legal.

-

DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

-

Condenam-se as rés a pagarem honorários de 15% sobre o valor da liquidação na razão de 1/2.

CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS

Conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal nas ADCs 58 e 59 e ADIs 5867 e 6021, a atualização monetária e a contagem de juros dos débitos trabalhistas serão, a partir do vencimento de cada parcela até a véspera da citação da parte ré, pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E). A partir da citação até o efetivo pagamento da obrigação, a atualização monetária e os juros de mora serão, juntos, fixados pelo índice do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), de acordo com artigo 406 do Código Civil.

-

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

As contribuições previdenciárias deverão incidir sobre todas as parcelas acima deferidas, à exceção daquelas expressamente previstas no art. 28, § 9º, da lei 8212/91, com a redação vigente à época da incidência da contribuição referida.

IMPOSTO DE RENDA

-

Cumpra-se a Súmula n.º 368 do TST e Instrução Normativa n.º 1.127 de 2011 da Receita Federal do Brasil ou atos que posteriormente os substituam e que estejam em vigor na data do fato gerador.

DISPOSITIVO

ISTO POSTO, rejeitam-se as preliminares de inépcia e ilegitimidade. No mérito, julga-se **PROCEDENTE** a pretensão autoral em face de **OUTPAR SERVICE EMPRESARIAL e ESTADO DO ESPIRITO SANTO**, na forma e consoante os limites e parâmetros estabelecidos na fundamentação supra, que a este *decisum* integra.

Juros e correção monetária na forma da fundamentação supra.

Recolhimento de imposto de renda e de contribuição previdenciária também na forma da motivação supra.

Custas pela primeira reclamada no valor de R\$ 900,00 (novecentos reais), calculadas sobre o valor provisoriamente arbitrado à condenação de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais).

Intimem-se.

VITORIA/ES/ES, 22 de julho de 2021.

VITORIA/ES, 30 de setembro de 2021.

ALDA PEREIRA DOS SANTOS BOTELHO
Juíza do Trabalho Substituta



Assinado eletronicamente por: ALDA PEREIRA DOS SANTOS BOTELHO - Juntado em: 30/09/2021 15:43:41 - 392e0f0
<https://pje.trt17.jus.br/pjekz/validacao/21072206384994400000023771071?instancia=1>
Número do processo: 0000871-33.2020.5.17.0001
Número do documento: 21072206384994400000023771071



GDWLCLD-1

RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA

PROCESSO nº 0000960-84.2019.5.17.0003 (ROT)

RECORRENTE: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES

RECORRIDO: FLEX ADMINISTRADORA E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA - EPP,
ESTADO DO ESPIRITO SANTO

RELATORA: DESEMBARGADORA WANDA LÚCIA COSTA LEITE FRANÇA DECUZZI

EMENTA

AÇÃO COLETIVA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. EXECUÇÃO INDIVIDUALIZADA DA SENTENÇA. FACULDADE DO TRABALHADOR. DETERMINAÇÃO DO JUÍZO DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. Nas ações coletivas que visam à defesa de direitos individuais homogêneos, deve ser observado o disposto nos artigos 97 e 98 do Código de Defesa do Consumidor quanto ao processamento da execução, se de forma coletiva ou individual. Isso porque, o CDC estabelece uma faculdade aos substituídos, os quais podem promover a execução de seu crédito de forma individual. Logo, merece reforma a sentença que impôs aos trabalhadores que a execução fosse promovida individualmente.

1. RELATÓRIO

Tratam os autos de recurso ordinário interposto pelo sindicato autor, em face da r. sentença eaf93e4, complementada pela sentença de embargos de declaração a68f8c6, ambas proferidas pelo Exmº. Juiz Roque Messias Calsoni, da MM. 3.ª Vara do Trabalho de Vitória/ES, que julgou parcialmente procedentes os pedidos da exordial.

Razões recursais do SINDILIMPE ES, pugnando pela reforma quanto à gratuidade, execução nos mesmos autos, responsabilidade subsidiária do Estado do Espírito Santo, valor da condenação e honorários advocatícios.

Após a publicação da sentença que apreciou os embargos de declaração opostos pela 1ª reclamada, a parte autora apresentou aditamento de seu apelo ordinário - ID. cd65cad.

Contrarrazões da 1ª reclamada e do Estado do Espírito Santo, pugnando pela manutenção da sentença nas matérias objeto do recurso do autor.

Os autos foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho, tendo o E. Procurador João Hilário Valentim oficiado ID. 9bd81c0, no sentido de se dar provimento ao recurso do Sindicato, a fim de que seja autorizada a execução coletiva do título executivo judicial nos mesmos autos, em consonância, inclusive, com o entendimento constante da Súmula nº. 22 desse E. Tribunal, ressaltando-se, desde já, a possibilidade de fracionamento da execução, nos termos do art. 113, § 2º, do CPC, bem como seja reconhecida a responsabilidade do Estado por culpa in eligendo e in vigilando.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Por preenchidos os pressupostos legais para a admissibilidade, **conheço** do recurso ordinário interposto pelo autor.

Por tempestivas e regular a representação, **considero** das respectivas contrarrazões.

2.2. MÉRITO

2.2.1. EXECUÇÃO COLETIVA NOS PRÓPRIOS AUTOS

Trata-se de recurso ordinário interposto pelo SINDILIMPE-ES (Id. cd65cad), impugnando a sentença Id. eaf93e4, complementada pela decisão de embargos declaratórios Id. 0144c36, que rejeitou as preliminares de inépcia da inicial e de ausência das condições da ação, e, no mérito, julgou procedentes em parte os pedidos autorais, para condenar a 1ª reclamada, FLEX ADMINISTRADORA E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA - EPP, ao pagamento do adicional de insalubridade em grau médio aos substituídos (função de auxiliar de serviços gerais), bem como os reflexos nas verbas salariais, rescisórias, previdenciárias e depósitos do FGTS. A decisão indeferiu o pedido de multa convencional, justiça gratuita e julgou improcedentes os pleitos formulados em face do segundo reclamado, ESTADO DO ESPÍRITO SANTO.

Acerca da forma de execução decidiu o Juízo:

MÉRITO:

IV-Da Insalubridade:

(...)

Como se vê, restou convencionado o pagamento do adicional de insalubridade para todo os trabalhadores que exercem a função de Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial, que prestam serviços por meio de contratos comerciais públicos e privados.

Assim, devido o pagamento do adicional de insalubridade a todos os substituídos, empregados da primeira ré, no percentual de 20%, sobre piso da categoria, nos termos da cláusula 10ª, §1º, da CCT 2015/2016, com reflexos nas verbas salariais, rescisórias, previdenciárias e depósitos do FGTS.

A satisfatividade deste julgado não vincula a competência desta Vara, pois que, em se tratando de ação coletiva, caberá a cada um dos substituídos (individualmente ou em litisconsórcio) postular em ação própria, em livre distribuição, a concretude do direito ora declarado, fazendo prova, se for o caso, de que trabalhava à época dos fatos subjacentes a esta sentença, bem como de que se enquadrava nas condições necessárias à contemplação do direito, salvo fato modificativo, extintivo ou obstativo.

Quanto a liminar requerida para bloqueio de 20% do valor devido no contrato celebrado entre as Reclamadas, a serem depositados mensalmente em conta judicial neste Juízo, referentes ao pagamentos realizados mensalmente à empresa FLEX ADMINISTRADORA E PRESTACAO DE ERVICOS EIRELI - EPP, é certo que tal bloqueio está afeto à satisfatividade do julgado em execução, o que deverá dar-se de forma difusa, mediante livre distribuição por parte dos substituídos, motivo pelo qual se indefere.

Dessa decisão, recorre a parte autora.

Aduz que a execução em sede de substituição processual evita o efeito multiplicador da necessidade de ajuizamento de diversas ações individuais para os substituídos obterem acesso aos direitos deferidos na demanda. Ressalta que o STF, inclusive, já decidiu pela possibilidade da execução de sentença coletiva em sede de substituição processual.

Defende que a execução nos próprios autos possibilita aos substituídos o acesso à justiça de forma universalizada, tornando o processo mais célere, econômico, eficiente e eficaz à realidade social vivenciada pelos trabalhadores.

Por fim, entende caber ao recorrente proceder a liquidação e execução da sentença, na qualidade de substituto processual, após o respectivo trânsito em julgado, sem prejuízo da legitimidade do trabalhador.

Examina-se.

A questão de competência e legitimidade, nesses casos, tem sido objeto de diversas interpretações entre os Operadores do Direito, em especial, os Magistrados do Trabalho que atuam no âmbito deste Regional, tanto em relação a legitimidade como a competência. Tais interpretações díspares geram uma série de incidentes e recursos.

Tendo-se em conta que a CLT não possui regra própria acerca da jurisdição coletiva (arts. 651 e 877), imprescindível buscar socorro na Lei de Ação Civil Pública (Lei 7347/85) e no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), para definição do foro competente (art. 8º, parágrafo único da CLT). O art. 21 da LACP reporta-se ao "Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor". Por seu turno, o art. 98 do diploma consumerista estabelece, no §2º, que:

"É competente para a execução o juízo:

I - da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual;

II - da ação condenatória, quando coletiva a execução."

Portanto, à luz de tal dispositivo, conclui-se que, em se tratando de execução individual, não há prevenção do juiz da ação condenatória, mas apenas quando a execução for coletiva.

Tal questão, aliás, foi elucidada pelo e. Tribunal Pleno desta Corte com a edição de sua Súmula 13, segundo a qual:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA NEGATIVO. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA PROFERIDA NO JULGAMENTO DE AÇÃO COLETIVA. INEXISTÊNCIA DE PREVENÇÃO DO JUÍZO QUE EXAMINOU O MÉRITO DA AÇÃO COLETIVA. A ação de execução a título individual, originada de sentença condenatória proferida no julgamento de ação coletiva, constitui processo autônomo, a ser distribuída dentre as diversas Varas do Trabalho, inexistindo prevenção em relação à Vara da qual se originou o título executivo. Inteligência dos arts. 95, 98, § 2º, I, 99 e 100 da Lei 8.078/90".

Em relação à legitimidade, o art. 97, do CDC estabelece que "a liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o Art. 82."

Por sua vez, o artigo 98 do mesmo diploma legal dispõe:

"Art. 98 - A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o Art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiverem sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções."

Da leitura dos dispositivos acima, vê-se que o legislador trouxe, para as hipóteses de liquidação/execução de ações que versem sobre direitos individuais homogêneos, uma legitimidade concorrente, tanto que fez uso das expressões "a liquidação e a execução de sentença poderão" e "a execução poderá", nos arts. 97 e 98, do CDC, respectivamente.

Nessa linha, o Regional consolidou a Súmula 22:

"Legitimidade extraordinária do sindicato para liquidação e execução trabalhista. O artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor é incompatível com o processo de liquidação e execução de sentenças coletivas trabalhistas. O edital do art. 94 do CDC deve ser publicado pelo sindicato apenas para conhecimento dos beneficiários da sentença coletiva."

Em apertada síntese, tem-se que os verbetes tanto admitem a legitimação concorrente do Sindicato, sem necessidade de aguardar-se o prazo de um ano ou publicação de edital, bem como permitem que nas denominadas ações de execução individuais haja livre distribuição, o que não ocorre em se tratando de ações coletivas.

É certo que na ação de execução de sentença coletiva trabalhista, em regra, há destinatários individualizados e, efetivamente, mesmo se adotando a denominação na prática forense de execução coletiva, não é em rigor uma execução coletiva, pois esta é a que se reverte em favor de um fundo e não de pessoas individualmente consideradas. Essa é a melhor interpretação com base no art. 13 da LACP e art. 100 do CDC. Ou seja, as execuções

coletivas reais são as chamadas fluidas (fluid recovery), em que, não encontrados os destinatários individuais, os valores são executados em favor de um fundo específico.

Adotou-se, porém, na prática forense, a denominação de ação coletiva a movida pelo Sindicato, quando ingressa com execução de título coletivo como substituto processual de ação coletiva, seja em favor de todos os substituídos, seja em favor de alguns substituídos.

E quanto a isso, uma vez mais é necessária a adaptação ao processo trabalhista, porque um número excessivo de substituídos aglutinados na mesma ação acarreta tumulto processual, por isso é aplicável o art. 113, §1º, do CPC. É cabível a interpretação analógica, ainda que tecnicamente os substituídos não sejam litisconsortes.

Com base nas premissas lançadas em linhas transatas, e a fim de compatibilizar o Código Consumista com as particularidades da Ação Coletiva Trabalhista e as Súmulas deste Regional sobre o tema, conclui-se, quanto à legitimidade e competência, que:

- o sindicato tem legitimidade para ingressar, como substituto processual, com ação de execução em nome de todos os atingidos em tese pela ação coletiva, na denominada ação de execução coletiva, conforme a prática forense trabalhista, mas deverá submeter à livre distribuição e limitar o número de substituídos a 05, (Conflito de Competência 0000432-93.2018.5.17.0000, de relatoria da Exma. Desembargadora Daniele Corrêa Santa Catarina);
- os substituídos têm legitimidade para ajuizamento de ações individuais, ainda que em formação de litisconsórcio, assistidos ou não por Sindicato, hipótese em que a ação será livremente distribuída também.

Estabelecendo essas premissas, **dou provimento parcial** para permitir que o Sindicato, sem prejuízo do direito de ação individual dos substituídos, ajuíze as denominadas "ações coletivas", por livre distribuição, limitando-as ao número de 05 substituídos por ação.

2.2.2. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

A sentença rejeitou a tese de responsabilização subsidiária do Estado do Espírito Santo nos termos a seguir:

VI-Da Responsabilidade subsidiária:

Incontroverso que a segunda ré possuía com a primeira contrato para fornecimento de mão-de-obra de profissionais terceirizados diversos para atender à Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, conforme cópia do referido contrato de ID. b29e065, existindo in casu utilização dos empregados de uma empresa pela outra, ou seja, existindo a terceirização, sendo aplicável a Súmula 331 do C.TST.

Todavia, dos elementos constantes nos autos, além de se verificar os rigores da boa contratação, vê-se que a Administração Pública se acautelou no seu dever de fiscalização das obrigações contratuais, não só na esfera trabalhista e fiscal, como também da comercial, como exige a legislação que rege a matéria (art. 67 da Lei 8.666/93), inclusive com designação de representante da Administração para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato.

Oportuno ressaltar, ainda, que o art. 71 da Lei 8.666/93 contempla que, em caso de inadimplência do contratado quanto aos encargos trabalhistas fiscais e comerciais, a responsabilidade não se transfira à Administração Pública, cujo dispositivo se coaduna às hipóteses de regular observância das cautelas de contratação e de fiscalização na realização de serviços.

Diante de todo o exposto, improcede o pleito de responsabilidade subsidiária do Estado.

Não satisfeito, o ente sindical argumenta que o tomador (2º reclamado) contratou a empregadora (1ª ré) para prestação de serviços, mas deixou de fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviços como empregadora, caracterizando-se nesta hipótese o disposto na Súmula 331 do TST. Segundo o recorrente, o tomador dos serviços é responsável pelo descumprimento de todas as obrigações trabalhistas assumidas pela fornecedora da mão de obra e não cumpridas.

Examina-se.

Pretende o recorrente a reforma da decisão a quo que afastou a condenação do Estado do Espírito Santo a responder, de forma subsidiária, pelos créditos trabalhistas deferidos.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADC n.º 16, considerou constitucional o art. 71 da Lei n.º 8.666/93, não afastando, todavia, a possibilidade de imputar a responsabilidade subsidiária aos entes da Administração Pública pelos encargos trabalhistas devidos pela prestadora dos serviços, quando ficar comprovada conduta culposa do tomador na fiscalização do cumprimento das obrigações legais e contratuais do prestador de serviços como empregador, nos moldes da Súmula 331, V, do TST e Súmula 21 deste Regional.

A questão envolvendo a responsabilidade subsidiária da Administração Pública retornou recentemente à pauta do Supremo Tribunal Federal. No julgamento do Recurso Extraordinário n.º 760.931/DF, em 30-03-2017, a Suprema Corte, em regime de repercussão geral, confirmou a constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei n.º 8.666/93, adotando a tese de que "o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário".

Se é certo que os precedentes judiciais firmados acima afastam as hipóteses de responsabilidade objetiva e de transferência automática da responsabilidade em virtude do simples inadimplemento de verbas trabalhistas, a conclusão da Suprema Corte não altera a possibilidade de a Administração Pública vier a ser responsabilizada subsidiariamente quando agir de forma omissa ou negligente na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas. Com efeito, demonstrada a culpa in vigilando da Administração Pública, viável se torna a sua responsabilização pelos encargos devidos ao trabalhador, tendo em vista que, nessa situação, responderá pela sua própria incúria.

Embora a questão sobre a quem recairia o ônus de provar a culpa na fiscalização não tenha sido objeto de tese específica do Supremo Tribunal Federal no RE 760.931/DF, extrai-se da leitura do referido acórdão que 06 (seis) dos 11 (onze) Ministros votantes entenderam por atribuir à Administração Pública o ônus de provar o cumprimento dos deveres de fiscalização decorrentes da Lei de Licitações, seja por ter obrigação de legal de fazê-lo (artigos 58, III e 67 da Lei n.º 8.666/93), seja por ter maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário (art. 373, §1º, CPC). Senão, vejamos os seguintes trechos extraídos do aludido leading case julgado pelo Supremo Tribunal Federal:

Min. Rosa Weber:

Ante o exposto, tendo sido afastada, ao julgamento da ADC 16, a responsabilidade objetiva do Estado, pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora de serviços, e abraçada a tese da responsabilidade subjetiva - seja pela tese da culpa presumida, alicerçada na doutrina de BANDEIRA DE MELLO, seja pelos princípios da aptidão para a prova e da cooperação na atividade probatória ou seja pela distribuição dinâmica da prova -, imperativo concluir que o dever de demonstrar o cumprimento dos deveres de fiscalização, decorrentes da Lei de Licitações¹¹³, é da Administração Pública que, cumpre lembrar, se beneficiou dos serviços prestados."

Min. Ricardo Lewandowski:

"entendo que Sua Excelência traz uma contribuição muito importante, que já estava ínsita no voto da Ministra Rosa Weber, que é a inversão do ônus da prova. Sua Excelência diz, e isto é consentâneo não só com o que ocorre na Justiça do Trabalho, mas também no Direito do Consumidor, aí compete à Administração o ônus de provar que houve a fiscalização."

Min. Dias Toffoli

"E uma das questões relevantes é: a quem cabe o ônus da prova? Cabe ao reclamante provar que a Administração falhou, ou à Administração provar que ela diligenciou na fiscalização do contrato?"

[...]

Eu mesmo acompanhei o Ministro Redator para o acórdão - agora Relator para o acórdão -, o Ministro Luiz Fux, divergindo da Ministra Relatora original, Ministra Rosa Weber, mas entendendo que é muito difícil ao reclamante fazer a prova de que a fiscalização do agente público não se operou, e que essa prova é uma prova da qual cabe à Administração Pública se desincumbir caso ela seja colocada no polo passivo da reclamação trabalhista, porque, muitas vezes, esse dado, o reclamante não tem."

Portanto, à luz da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, impõe-se à Administração Pública o ônus de demonstrar em juízo a efetiva fiscalização do cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo vencedor da licitação (dentre elas, por óbvio, as decorrentes da legislação laboral), não se podendo considerar como fiscalização efetiva a que compreenda tão somente a apresentação de algumas documentações em que se exige comprovante de pagamentos de verbas ou então aplicação de algumas penalidades.

Perfilhando a este posicionamento, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, no recente julgamento do E-RR-925-07.2016.5.05.0281 concluído em 12-12-2019, acolheu a tese de que compete ao ente público tomador de serviço o ônus de provar a existência da efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada, pacificando em definitivo a controvérsia existente sobre a questão.

"RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LICITAÇÃO. DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE Nº 760.931. TEMA 246 DA REPERCUSSÃO GERAL. SÚMULA Nº 331, V, DO TST. RATIO DECIDENDI. ÔNUS DA PROVA. No julgamento do RE nº 760.931, o Supremo Tribunal Federal firmou a seguinte tese, com repercussão geral: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93". O exame da ratio decidendi da mencionada decisão revela, ainda, que a ausência sistemática de fiscalização, quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora, autoriza a responsabilização do Poder Público. Após o julgamento dos embargos de declaração e tendo sido expressamente rejeitada a proposta de que fossem parcialmente acolhidos para se esclarecer que o ônus da prova desse fato pertencia ao empregado, pode-se concluir que cabe a esta Corte Superior a definição da matéria, diante de sua natureza eminentemente infraconstitucional. Nessa linha, a remansosa e antiga jurisprudência daquele Tribunal: AI 405738 AgR, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª T., julg. em 12/11/2002; ARE 701091 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª T., julg. em 11/09/2012; RE 783235 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª T., julg. em 24/06/2014; ARE 830441 AgR, Rel(a) Min. Rosa Weber, 1ª T., julg. em 02/12/2014; ARE 1224559 ED-AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julg. em 11/11/2019. Portanto, em sede de embargos de declaração, o Supremo Tribunal Federal deixou claro que a matéria pertinente ao ônus da prova não foi por ele definida, ao fixar o alcance do Tema 246. Permitiu, por conseguinte que a responsabilidade subsidiária seja reconhecida, mas sempre de natureza subjetiva, ou seja, faz-se necessário verificar a existência de culpa in vigilando. Por esse fundamento e com base no dever ordinário de fiscalização da execução do contrato e de obrigações outras impostas à Administração Pública por diversos dispositivos da Lei nº 8.666/1993, a exemplo, especialmente, dos artigos 58, III; 67, caput e seu § 1º; e dos artigos 54, § 1º; 55, XIII; 58, III; 66; 67, § 1º; 77 e 78, é do Poder Público, tomador dos serviços, o ônus de demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato de prestação de serviços. No caso, o Tribunal Regional consignou que os documentos juntados aos autos pelo ente público são insuficientes à prova de que houve diligência no cumprimento do dever de fiscalização, relativamente ao adimplemento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizada. Ou seja, não se desincumbiu do ônus que lhe cabia. A Egrégia Turma, por sua vez, atribuiu ao trabalhador o ônus da prova, razão pela qual merece reforma a decisão embargada, a fim de restabelecer o acórdão regional. Recurso de embargos conhecido e provido" (E-RR-925-07.2016.5.05.0281, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 22/05/2020).

Vale registrar que a fiscalização, por óbvio, não pode ser tão somente teórica, como mera questão burocrática, para aparentar cumprimento da lei. Se por um lado o mero descumprimento do contratante não induz a corresponsabilidade, por outro apresentar documentação com cumprimento burocrático da lei não é carta branca para desobrigar a Administração Pública, sob pena de rasgar-se a Constituição que alça como um dos fundamentos da República o valor social do trabalho.

Não podemos olvidar que, sobretudo em época de livre terceirização, os maiores clientes da justiça do trabalho são justamente essas empresas prestadoras de serviços. Após encerramento do contrato ficam os trabalhadores sem emprego (se não aproveitados pelo "sucessor") e sem recebimento de direitos trabalhistas.

Imprescindível, assim, averiguar no caso concreto dos autos se ocorreu falha na fiscalização do contrato realizado com o prestador de serviços, ensejadora da responsabilização subsidiária do ente público.

Na hipótese, a documentação revela que os substituídos foram contratados pela 1ª reclamada, FLEX ADMINISTRADORA E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA - EPP, para exercer a função de auxiliar de serviços gerais, prestando serviços em favor do ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, por força do Contrato n.º 014/2016 firmado entre os reclamados, cujo objeto era a contratação de empresa especializada em fornecimento de mão de obra de profissionais terceirizados diversos (136 funcionários) para atender a Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo (Id. b29e065).

Verifica-se, igualmente, a designação de servidores públicos para atuarem como fiscais ID.

750cd5b - Pág. 1 a 6.

Não obstante, verifica-se que o Estado não fiscalizou efetivamente o cumprimento do contrato.

Os documentos constantes dos autos evidenciam que o conhecimento do Estado da existência da cláusula que prevê o pagamento do adicional de insalubridade (20%) aos auxiliares de serviços gerais e que tal pagamento não era efetuado, o que revela fiscalização de forma omissa e insuficiente.

Nesse ponto, reporto-me ao bem lançado parecer do D. MPT para concluir que de fato inexistiu fiscalização - ID 9bd81c0:

2.2 Da responsabilidade subsidiária.

(...)

Mencione-se que o documento de ID. f9b03de - Pág. 2 (19 de outubro de 2017), bem como alguns contracheques anexados aos autos pelo ente público, evidenciam que o conhecimento do Estado da existência da cláusula que prevê o pagamento do adicional de insalubridade (20%) aos auxiliares de serviços gerais e que tal pagamento não era efetuado, o que revela fiscalização de forma omissa e insuficiente.

Com efeito, a responsabilização subsidiária do ente público pressupõe a comprovação da conduta culposa no tocante à fiscalização das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços terceirizados. Assim, por evidenciada a falha na fiscalização do contrato pelo Estado, há de imputar-lhe responsabilidade.

Repisa-se que não há nos autos nenhum documento que comprove que o ente público agiu ativamente a fim de impedir a continuidade das irregularidades perpetradas pela empresa contratada, restando caracterizada a sua culpa in vigilando pela omissão na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada.

Nesse ponto, reporto-me ao bem lançado parecer para concluir que de fato inexistiu fiscalização:

Além de não poder afastar cabalmente a culpa in eligendo, resta configurada, ainda, a culpa in vigilando. Analisando-se os autos, percebe-se que o ente público não colacionou documentação que comprove a fiscalização periódica e efetiva do cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada em relação aos trabalhadores que laboraram em seu benefício, durante toda a execução do contrato, tais como a exigência mensal de contracheques, recibos de salários, comprovante do recolhimento do FGTS, entre outras medidas fiscalizatórias efetivas que impõem a conduta atuante da Administração Pública para coibir, efetivamente, o inadimplemento das verbas devidas ao autor.

Mencione-se que o documento de Id. f9b03de, bem como alguns contracheques anexados aos autos pelo ente público, evidenciam que o conhecimento do Estado da existência da cláusula que prevê o pagamento do adicional de insalubridade aos auxiliares de serviços gerais e que tal pagamento não era efetuado, o que demonstra que, se houve alguma fiscalização, esta se deu de forma falha, omissa e insuficiente.

É importante destacar que não só a ausência, mas a fiscalização insuficiente, meramente procedimental e sem compromisso com a efetividade do controle contratual, igualmente implica inadimplência do ente público contratante para com o seu dever de tutela, decorrente da sua condição própria de administração pública.

Ademais, não havendo nos autos nenhum documento que comprove que o ente público agiu ativamente a fim de impedir a continuidade das irregularidades perpetradas pela empresa contratada, resta caracterizada a sua culpa in vigilando pela omissão na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada.

Destarte, apesar de ser o beneficiário direto e exclusivo da prestação de serviços, observa-se, pela fundamentação exposta, que o ente público não zelou pela observância das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços, incorrendo em clara omissão ao fiscalizar o contrato, fato que justifica a sua responsabilização subsidiária, na forma pretendida na inicial.

Além disso, insta frisar que não se mostra razoável exigir do Sindicato autor a prova da ausência de fiscalização do contrato pelo ente público, o que constituiria prova negativa de fato, até porque as irregularidades perpetradas pelo prestador de serviços, por si só, já demonstram a omissão daquele.

Com efeito, em recente julgamento, ocorrido em 12 de dezembro de 2019, a Subseção I de Dissídios Coletivos do TST, em composição plenária, com a relatoria do Exmo. Min. Cláudio Brandão, decidiu que é do ente público o ônus da prova quanto à fiscalização do contrato envolvendo prestador de serviços que descumpra direitos de seus empregados (Processo E-RR nº 925-07.2016.5.05.0281).

Restou consignado, no referido julgamento, que, embora não haja responsabilidade automática da Administração Pública, em casos de contratação de empresas que inadimpliram verbas trabalhistas, o encargo probatório, para demonstrar que houve fiscalização do cumprimento dessas obrigações, é da Administração Pública, pelo princípio da chamada "aptidão da prova". Ou seja, é da Administração Pública o ônus de provar que procedeu à competente fiscalização do cumprimento dos direitos trabalhistas pelas empresas por ela contratadas.

Desse modo, deixando de comprovar que atuou com zelo na contratação da prestadora de serviços, bem como que efetuou a regular fiscalização do contrato firmado com a primeira reclamada, emerge a responsabilidade subsidiária do ente público pela incidência da culpa in eligendo e da culpa in vigilando, o que atrai aplicação da Súmula 331 do C. TST.

Oficia-se pelo provimento do apelo.

Por derradeiro, registra-se que a responsabilidade subsidiária alcança todas as obrigações, sejam salariais ou indenizatórias, não havendo que se falar em parcelas de cunho personalíssimo.

O objetivo da responsabilidade subsidiária é permitir a satisfação do credor trabalhista, em decorrência do aproveitamento de sua força de trabalho, ainda que indiretamente. Se o objetivo é torná-lo indene, não há verba a ser excluída da subsidiariedade.

Dou provimento para reconhecer a responsabilidade subsidiária do ente público.

2.2.3. GRATUIDADE DE JUSTIÇA

Assim decidiu a Origem quanto à assistência judiciária gratuita:

VII-Da Assistência Judiciária Gratuita:

Indefere-se o benefício da Assistência Judiciária Gratuita (justiça gratuita), uma vez que o sindicato-autor figura na ação como parte, sendo certo que o benefício estampado nos artigos 790, parágrafo 3º da CLT e 14 da Lei nº 5.584/70 é destinado àquele trabalhador (pessoa física), cuja a situação econômica não lhe permite demandar em Juízo sem prejuízo do sustento próprio ou da família, e o Sindicato sequer demonstrou insuficiência financeira.

O ente sindical recorre. Afirma que em caso de inaplicabilidade da assistência judiciária gratuita (gênero), o TRT da 17ª Região concede a isenção de custas processuais nas demandas coletivas, mediante gratuidade de justiça (espécie). Segundo o recorrente é nesse sentido o microsistema coletivo na Lei 8.078/90, em seu art. 87.

Ao exame.

Na hipótese, o SINDILIMPE ES busca a condenação das empresas ré ao pagamento de adicional de insalubridade aos substituídos exercentes da função de auxiliar de serviços gerais, bem como ao pagamento da multa convencional.

Ainda que se afaste de todo arcabouço jurídico que sustenta a atuação sindical no Direito do Trabalho, não tem como se conceder tratamento diferenciado na Justiça do Trabalho ao conferido em outros ramos do direito às ações coletivas.

O Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública estabelecem que a parte autora somente pagará honorários advocatícios quando for comprovada a má-fé, conforme os arts. 87, parágrafo único, do CDC e 18 da Lei da Ação Civil Pública. Não sendo este o caso, impõe-se a exclusão da condenação ao pagamento de honorários advocatícios. Pensar de modo diverso é mitigar a substituição processual, tão cara aos trabalhadores pela ampliação ao acesso a Justiça e de sobremodo profícua para atingir a celeridade, a igualdade nos julgamentos e a sobrecarga do Judiciário.

Outrossim, acompanho as razões da Ilustre Procuradora do Trabalho, Maria de Lourdes Rocha da Hora, no parecer lavrado nos autos do ROT 0001042-22.2018.5.17.0013 (T V V - TERMINAL DE VILA VELHA S.A - X SINDICATO TRAB. PORT. AVULSO VÍNCULO EMP. PORTOS E.S):

"No caso do sindicato, mais do que outros legitimados para a ação coletiva, a situação é mais angustiante, porque o sindicato deve agir em prol dos interesses de uma categoria que deve representar por imposição constitucional, sem que os substituídos, sequer, lhe sejam associados, ante o complexo conceito de liberdade sindical adotado pela Constituição brasileira. Portanto, exigir que a pessoa jurídica do sindicato, que demanda em favor de substituídos, que não lhe custeiam os gastos - como o fazem os sócios de pessoas jurídicas que além de gestores, promovem os recursos econômicos desta-, seria por demais oneroso ao substituto processual, ao qual a Constituição Federal exigiu que representasse uma categoria ilimitada em números de pessoas e de interesses a defender. Assim, o exame da gratuidade da justiça requerida pelo sindicato há de ser analisado com respaldo nas leis que regem as demandas coletivas que visam a defesa dos interesses dos substituídos. Disso se infere que ao Sindicato, na verdade, nada caberá com a ação, pois até mesmo os honorários que lhe eram revertidos para compartilhar com o advogado, com o rumo seguido pela reforma trabalhista, nada mais lhe restará, nem mesmo eventuais honorários que serão do advogado. Para todos os que refletem sobre o trabalho no Brasil, a presença do sindicato ainda permite aos trabalhadores se organizarem, minimamente, e lhes possibilita perseguir seus direitos

quando violados, pois sem sua entidade representante não lhes restam fáceis ou possíveis as conquistas individuais."

Ademais, ainda para os que não pretendam se afastar da CLT, o diploma trabalhista traz total imbricação entre a capacidade econômica do autor e a responsabilidade do Sindicato por despesas processuais, conforme se verifica pela dimensão teleológica do art. 790 § 1º (Tratando-se de empregado que não tenha obtido o benefício da justiça gratuita, ou isenção de custas, o sindicato que houver intervindo no processo responderá solidariamente pelo pagamento das custas devidas), cuja literalidade não prima pela técnica, mas expressa a premissa que ora se adota, inclusive quando se trata de substituição processual, hipótese que o Sindicato exerce com total plenitude o seu papel.

Sendo assim, passa-se a verificar o pedido sob o prisma dos substituídos.

A reforma trabalhista, introduzida pela Lei n. 13.467/2017, trouxe inovações quanto às regras para a concessão do benefício da Justiça Gratuita. Nos termos do novel §3º do art. 790 da CLT, vigente à época do ajuizamento da presente ação, o benefício será garantido àqueles que "perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Geral."

No caso, de acordo com a documentação acostada aos autos, observa-se que os substituídos recebiam remuneração média inferior ao teto legal, razão pela qual entendo por preenchidos os requisitos exigidos pela Lei para a concessão do benefício da justiça gratuita.

Com efeito, a mais recente Convenção Coletiva colacionada aos autos (CCT 2019/2019 - ID. 4c71525 - Pág. 4) prevê como remuneração para a função de auxiliar de serviços gerais o salário base de R\$1.060,00 (*Parágrafo 1º - A todos os trabalhadores que exercem as funções de Auxiliar de Serviços Gerais de limpeza predial e Merendeira, fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção pagarão adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre a base de cálculo de R\$ 1.060,00 (Um Mil e Sessenta Reais), proporcional a jornada laborada, exceto os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial já enquadrados no caput desta cláusula*).

Destarte, **dou provimento ao recurso para conceder ao Sindicato-autor** o benefício da justiça gratuita, isentando-o do pagamento de custas processuais.

2.2.4. VALOR DA CAUSA E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS

Quanto aos honorários advocatícios, assim definiu o Juízo *a quo*:

VIII-Dos Honorários Advocatícios:

Considerando que a presente ação foi proposta em 11/09/2019, portanto, após a entrada em vigor da Lei n. 13.467/17, condena-se a ré a pagar os honorários advocatícios sucumbenciais de 10% sobre o valor da causa.

Em sede de decisão de embargos declaratórios, opostos pela 1ª reclamada, o Juízo complementou a sentença nos termos seguintes:

II.1 - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA RECLAMADA

Alega o Embargante que a sentença padece de omissão quanto aos honorários advocatícios sucumbenciais devidos pelo Autor.

Assiste-lhe razão, pelo que passo a sanar a omissão para deferir os honorários advocatícios em favor da 1ª Reclamada, no percentual de 10% sobre o valor do pedido indeferido, considerando a sucumbência do Autor em relação à multa convencional.

Dessa forma, julgo os embargos de declaração, nos termos procedentes da fundamentação supra.

Não satisfeito, o recorrente afirma que apesar de ter informado na inicial que a liquidação da presente ação dependeria necessariamente da juntada aos autos de documentos que se encontram na posse da 1ª ré, o juízo a quo fixou a condenação em R\$4.500,00 e fixou os honorários advocatícios em 10% sobre R\$45.000,00, valor da causa. Pelo exposto, requer o sindicato autor a reforma da decisão de origem para que o valor da condenação seja fixado sobre o valor líquido da condenação, nos termos da OJ 348 da SBDI-1 do TST, visto que, conforme já exposto, R\$45.000,00 foi o valor atribuído à causa para fins de alçada. Requer, ainda, a reforma da decisão para que os honorários advocatícios sejam majorados e fixados em 15%.

Quanto à sua condenação em honorários, requereu, com base na concessão da gratuidade da justiça, isenção de custas, despesas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais, nos termos do art. 87 da Lei 8.078/90, art. 18 da Lei 7.347/85, princípio constitucional de plenitude do acesso substantivo à justiça e da universalidade da jurisdição efetiva constantes no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988.

Examina-se.

Com efeito, a Lei nº. 13.467/17 inovou a ordem jurídica trabalhista ao garantir aos advogados o direito de obter honorários nos casos de sucumbência, parcial ou total, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% sobre o valor da condenação:

Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

Portanto, assim como defende o recorrente, a base de cálculo dos honorários é o valor da condenação, ou seja, o quantum a ser efetivamente pago pelos réus ao sindicato autor, após a liquidação do julgado. Apenas se não houvesse condenação em pecúnia é que adotaria-se o valor corrigido da causa.

No tocante à cobrança dos honorários advocatícios ao recorrente, impõe-se observar que o Tribunal Pleno deste e. Regional, no julgamento da ArgIncCiv 0000453-35.2019.5.17.0000 realizado no dia 23/10/2019, declarou a inconstitucionalidade parcial do § 4º, do artigo 791-A, da CLT, especificamente quanto ao trecho "desde que não tenha obtido em juízo, ainda que outro processo, créditos capazes de suportar a despesa", de modo que "não se possa atingir os créditos deferidos ao beneficiário da justiça gratuita, ainda que em outro processo, mas tão somente que a verba honorária fique sob condição suspensiva de exigibilidade, podendo ser executada, se nos 2 (anos) subseqüentes ao trânsito em julgado da decisão que a certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tal obrigação do beneficiário".

Desta forma, como reconhecido ao ente sindical o benefício da justiça gratuita, os honorários advocatícios devidos à parte contrária deverão ficar sob condição suspensiva de exigibilidade na forma da parte final do §4º do artigo 791-A da CLT, não podendo o crédito alimentar reconhecido nesta ou em outra demanda trabalhista servir para o pagamento das despesas do beneficiário da justiça gratuita com a verba honorária.

Por fim, quanto à majoração do percentual de 10 para 15%, anota-se que, no caso, embora presentes os pressupostos para deferimento dos honorários advocatícios, a demanda não possui complexidade jurídica suficiente para ensejar a majoração dos honorários em limite superior ao aplicado, mormente quando se trata de dois pedidos (adicional de insalubridade e multa convencional) em reclamação em que se discute matéria de direito, sem necessidade de dilação probatória, razão pela qual se mantém o percentual de 10% fixado na r. sentença, já que reflete o esforço despendido pelo Advogado.

Dou parcial provimento, na forma da fundamentação da Relatora.

Mantido o valor da condenação.

ACÓRDÃO

A C O R D A M os Magistrados da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, na 11ª Sessão Ordinária Virtual Eletrônica, conforme ATO PRESI nº 28/2020, com início às 13:30 horas do dia 29.07.2021 e término às 13:30 horas do dia 03.08.2021, sob a Presidência do Exmo. Desembargador Marcello Maciel Mancilha, com a participação das Exmas. Desembargadoras Wanda Lúcia Costa Leite França Decuzzi, Claudia Cardoso de Souza e do douto representante do Ministério Público do Trabalho, Procurador: Valério Soares Heringer; à unanimidade, conhecer do recurso ordinário interposto e, no mérito, por maioria, dar parcial provimento ao recurso, nos termos da fundamentação que integra o presente dispositivo. Vencida, quanto aos tópicos 2.2.2. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, 2.2.3. GRATUIDADE DE JUSTIÇA e 2.2.4. VALOR DA CAUSA E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS, a Desembargadora Claudia Cardoso de Souza.

WANDA LÚCIA COSTA LEITE FRANÇA DECUZZI
Desembargadora Relatora



Assinado eletronicamente por: [WANDA LUCIA COSTA LEITE FRANCA
DECUZZI] - 06b35f6

<https://pje.trt17.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>



Documento assinado pelo Shodo



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO
3ª Vara do Trabalho de Vitória
ENDEREÇO: AVENIDA CLETO NUNES, 85, 6º andar, PARQUE MOSCOSO,
VITORIA - ES - CEP: 29018-906
EMAIL: vitv03@trtes.jus.br
ACum 0000960-84.2019.5.17.0003
AUTOR: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES
RÉU: FLEX ADMINISTRADORA E PRESTACAO DE SERVICOS EIRELI - EPP,
ESTADO DO ESPIRITO SANTO

inserido por MICHELINE MORAES AARAO

SENTENÇA

SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPIRITO SANTO - SINDILIMPE ES ajuizou ação de cumprimento em face de **FLEX ADMINISTRADORA E PRESTACAO DE SERVICOS e ESTADO DO ESPIRITO SANTO**, já qualificados na inicial, postulando o pagamento de adicional de insalubridade no percentual de 20% aos substtuídos, além de multa convencional por descumprimento de cláusula normativa.

Respondendo aos termos da ação os réus pugnaram pela improcedência. Requerimentos e protestos de estilo. Juntaram procuração, carta de preposto e documentos.

Sem mais provas a serem produzidas, encerrou-se a instrução.

Tentativa final de conciliação rejeitada.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Preliminarmente:

I-Da Inépcia:

Rejeita-se a preliminar suscitada, porque satisfeitos os requisitos do §1º, do Art. 840, CLT, não se vislumbrando qualquer irregularidade na proemial.

Salienta-se que as questões levantadas pelo segundo réu, não implicam em inépcia da inicial desta ação de cumprimento, valendo atentar para o fato de que, na forma em que formulada, possibilitou a fixação dos limites subjetivos da lide, proporcionando aos réus o exercício do amplo direito de defesa, com a juntada de documentação e identificação dos substituídos, quando da apresentação da defesa.

Rejeita-se, pois.

II-Das Condições da Ação:

Verifica-se, de plano, que o Sindicato e os réus possuem potencialmente legitimidade para figurar na ação; o ordenamento contempla a postulação de condenação subsidiária; a necessidade de manifestação do Judiciário em relação ao pleito é patente, sendo certo que a reclamação trabalhista como ação eleita é correta.

Salienta-se que a legitimidade do Sindicato para propor a presente ação é decorrente da Lei Maior (artigo 8º,III), assim como do contido no artigo 195, §2º, da CLT, artigo 5º, V, letra "a", da Lei n. 7347/85 e artigo 3º, da Lei n. 8.073/90, sendo notória a representatividade que o Sindicato-autor detém neste Estado em relação aos trabalhadores da categoria respectiva.

No caso dos autos, o sindicato postula o pagamento de adicional de insalubridade para os empregados da ré que exercem a função de auxiliares de serviços gerais de limpeza predial, sendo o objeto da ação divisível e comum a esses substituídos, uma vez que atingem o universo de todos esses trabalhadores.

Logo, o sindicato profissional detém legitimidade para ajuizar, como substituto processual, ação pleiteando a tutela de direitos e interesses individuais homogêneos, provenientes de causa comum.

Igualmente, o Estado do Espírito Santo, no caso dos autos, como tomador de serviços, cuja postulação é para reconhecimento de responsabilidade subsidiária, também, detém legitimidade para figurar no polo passivo desta demanda.

Melhor sorte não assiste a parte ré quanto à preliminar relativa à inadequação da via eleita.

Como dito acima, os pedidos da inicial compreendem o pagamento de adicional de insalubridade aos substituídos, com base em cláusula normativa, sendo certo que a via eleita - ação de cumprimento - é adequada, até porque é a modalidade de ação mais abrangente em relação ao direito vindicado.

Por tais motivos, rejeitam-se as preliminares suscitadas.

III-Da Suspensão do Processo:

Requer a primeira ré a suspensão do processo até o trânsito em julgado da sentença proferida nos autos da ação n. 0039221-60.2016.8.08.0024, que, segundo ela, declarou inconstitucional a cláusula normativa que obriga o pagamento de adicional de insalubridade, a qual ampara o pleito autoral.

Não assiste qualquer razão à ré.

Veja-se que o objeto daquela ação ajuizada pelo SINDICATO DAS EMPRESAS DE ASSEIO E CONSERVAÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO em face do ESTADO DO ESPÍRITO SANTO é para que O Ente Público passe a incluir em seus editais de licitação pública a previsão de pagamento de adicional de insalubridade, previsto no § 1º da Cláusula Décima da Convenção Coletiva de Trabalho 2015/2016 firmada entre o SEACES e o SINDLIMPE, sendo certo que a improcedência do pleito se deu, em razão de que a administração pública "não deve ficar refém de Convenção Coletiva de Trabalho que crie ônus para o erário sem o devido respaldo legal", conforme se vê da cópia da sentença de fls.6322.

Assim, considerando que esta ação trabalhista o Sindicato-autor busca o cumprimento de norma coletiva em face da prestadora de serviços, ora empregadora (pessoa jurídica de direito privado), bem como da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços (administração pública), tem-se que tal pleito deve ser apreciado sob a ótica da legislação trabalhista, não havendo falar em dependência do resultado de processo ajuizado na esfera estadual, cujo objeto é claramente distinto deste.

Rejeita-se, pois.

MÉRITO:

IV-Da Insalubridade:

Cuida-se de ação de cumprimento de norma coletiva, na qual prevê, em sua cláusula 10ª, §1º o pagamento de adicional de insalubridade de 20% sobre o piso da categoria para os trabalhadores que exercem a função de auxiliar de serviços gerais, a partir de 01/01/2016, realizando a limpeza predial e conservação das Unidades da Defensoria Pública do ES.

Aduz o Sindicato-autor que a primeira ré não paga o adicional de insalubridade. Postula o pagamento do referido adicional no percentual de 20% para os substituídos que exercem a função de auxiliares de serviços gerais, conforme previsto na cláusula normativa em questão.

O parágrafo primeiro, da Cláusula 10ª, da Convenção Coletiva de Trabalho 2015/2016, assim disciplina:

"Parágrafo 1º - Especificamente na questão de efeitos pretéritos em contratos comerciais de prestação de serviços não mais existentes, bem como nos contratos ativos, como contrapartida haverá indenização pecuniária através do pagamento do adicional de insalubridade pelo percentual de 20% (vinte por cento), a todos os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial de contratos comerciais públicos e privados, sendo pago da seguinte maneira: fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção, a partir do dia 01 de Janeiro de 2015, exclusivamente para novos contratos publico, privados e comerciais, procederão ao pagamento do adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre o piso da categoria R\$ 884,92 (Oitocentos e Oitenta e Quatro Reais e Noventa e Dois Centavos), para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial. Ficando acordado o prazo limite para concessão do benefício aqui previsto a todos os trabalhadores que exercem a função de Auxiliar de Serviços Gerais de limpeza predial, a partir de 31 de Dezembro de 2015, exceto os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial já enquadrados no caput desta cláusula."

Como se vê, restou convencionado o pagamento do adicional de insalubridade para todo os trabalhadores que exercem a função de Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial, que prestam serviços por meio de contratos comerciais públicos e privados.

Assim, devido o pagamento do adicional de insalubridade a todos os substituídos, empregados da primeira ré, no percentual de 20%, sobre piso da categoria, nos termos da cláusula 10ª, §1º, da CCT 2015/2016, com reflexos nas verbas salariais, rescisórias, previdenciárias e depósitos do FGTS.

A satisfatividade deste julgado não vincula a competência desta Vara, pois que, em se tratando de ação coletiva, caberá a cada um dos substituídos (individualmente ou em litisconsórcio) postular em ação própria, em livre distribuição, a concretude do direito ora declarado, fazendo prova, se for o caso, de que trabalhava à época dos fatos subjacentes a esta sentença, bem como de que se

enquadrava nas condições necessárias à contemplação do direito, salvo fato modificativo, extintivo ou obstativo.

Quanto a liminar requerida para bloqueio de 20% do valor devido no contrato celebrado entre as Reclamadas, a serem depositados mensalmente em conta

judicial neste Juízo, referentes ao pagamentos realizados mensalmente à empresa FLEX ADMINISTRADORA E PRESTACAO DE ERVICOS EIRELI - EPP, é certo que tal bloqueio está afeto à satisfatividade do julgado em execução, o que deverá dar-se de forma difusa, mediante livre distribuição por parte dos substituídos, motivo pelo qual se indefere.

V-Da Multa Convencional:

A cláusula 54ª da CCT, estabelece que, em caso de descumprimento da norma coletiva, deverá o SINDILIMPE notificar o SEACES, o qual, por sua vez, convocaria a empresa, por meio de SEDEX, e-mail ou FAX, à comparecer ao SEACES para mediação, sendo que, inexistindo composição, a empresa seria, novamente, convocada para participar da primeira reunião, junto à "Comissão de Conciliação Prévia para solucionar a demanda".

Por sua vez, o §3º, da cláusula 55ª, prevê que:

"Parágrafo 3º - Caso a empresa ou empresas descumpridoras não regularizem a situação em 24 (Vinte e Quatro) horas após a mediação, comprovando posteriormente, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas ao SINDILIMPE a regularização ou sendo esta reincidente caracterizarse-á o descumprimento, a parte causadora estará obrigada a pagar a multa prevista nesta cláusula".

Como se vê, antes de aplicar a penalidade prevista no caput da cláusula 55ª, deverá o Sindicato notificar a SEACES, o qual convocaria a empresa, dando-lhe prazo, para comparecimento em mediação, a fim de objetivar a regularização da norma infringida.

O sindicato-autor juntou com a inicial cópia da ata de duas reuniões, nas quais se constata a ausência da ré. Ocorre que não há qualquer comprovação nos autos da convocação da ré, seja para comparecimento ao SEACES, seja para convocação de participação dessas reuniões.

Diante disso, por não demonstrado o cumprimento das formalidades previstas nas cláusulas supramencionadas, impõe-se o indeferimento da aplicação de multa convencional.

VI-Da Responsabilidade subsidiária:

Incontroverso que a segunda ré possuía com a primeira contrato para fornecimento de mão-de-obra de profissionais terceirizados diversos para atender à Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, conforme cópia do referido contrato de ID. b29e065, existindo *in casu* utilização dos empregados de uma empresa pela outra, ou seja, existindo a terceirização, sendo aplicável a Súmula 331 do C.TST.

Todavia, dos elementos constantes nos autos, além de se verificar os rigores da boa contratação, vê-se que a Administração Pública se acautelou no seu dever de fiscalização das obrigações contratuais, não só na esfera trabalhista e fiscal, como também da comercial, como exige a legislação que rege a matéria (art. 67 da Lei 8.666/93), inclusive com designação de representante da Administração para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato.

Oportuno ressaltar, ainda, que o art. 71 da Lei 8.666/93 contempla que, em caso de inadimplência do contratado quanto aos encargos trabalhistas fiscais e comerciais, a responsabilidade não se transfira à Administração Pública, cujo dispositivo se coaduna às hipóteses de regular observância das cautelas de contratação e de fiscalização na realização de serviços.

Diante de todo o exposto, improcede o pleito de responsabilidade subsidiária do Estado.

VII-Da Assistência Judiciária Gratuita:

Indefere-se o benefício da Assistência Judiciária Gratuita (justiça gratuita), uma vez que o sindicato-autor figura na ação como parte, sendo certo que o benefício estampado nos artigos 790, parágrafo 3º da CLT e 14 da Lei nº 5.584/70 é destinado àquele trabalhador (pessoa física), cuja a situação econômica não lhe permite demandar em Juízo sem prejuízo do sustento próprio ou da família, e o Sindicato sequer demonstrou insuficiência financeira.

VIII-Dos Honorários Advocatícios:

Considerando que a presente ação foi proposta em 11/09/2019, portanto, após a entrada em vigor da Lei n. 13.467/17, condena-se a ré a pagar os honorários advocatícios sucumbenciais de 10% sobre o valor da causa.

CONCLUSÃO

ISSO POSTO, julgam-se **PARCIALMENTE PROCEDENTES** os pedidos, formulados por **SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPIRITO SANTO - SINDILIMPE ES** em face de **FLEX ADMINISTRADORA E PRESTACAO DE SERVICOS**, e **IMPROCEDENTES** em face do **ESTADO DO ESPIRITO SANTO**, nos termos e limites da fundamentação.

Juros e correção monetária na forma da lei.

Custas pela reclamada, no importe de R\$ 90,00, calculadas sobre R\$ 4.500,00, valor da condenação, para fins de direito.

Intimem-se.

VITORIA/ES, 20 de Fevereiro de 2020.

VITORIA, 20 de Fevereiro de 2020.

ROQUE MESSIAS CALSONI
Juiz(íza) do Trabalho Titular



Assinado eletronicamente por: **[Roque Messias Calsoni]** - eaf93e4
<https://pje.trt17.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO

**ACÓRDÃO - TRT 17ª Região - 0000958-02.2019.5.17.0008 ROT
RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA**

**RECORRENTE: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES, ESTADO DO ESPIRITO SANTO
RECORRIDO: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES, ESTADO DO ESPIRITO SANTO,
TECNICA TECNOLOGIA E SERVICOS LTDA - EPP**

RELATOR: DESEMBARGADOR GERSON FERNANDO DA SYLVEIRA NOVAIS

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO SINDICATO. INTERESSE COLETIVO OU INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. O sindicato é parte legítima para, na qualidade de substituto processual, ajuizar ação trabalhista, quando há, no direito pleiteado, interesse coletivo ou individual homogêneo, uma vez que a substituição processual é ampla, ante o disposto no art. 8º, III, da Carta Constitucional de 1988. Dessa forma, o que legitima a substituição processual pelo sindicato é a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos, assim entendidos aqueles que decorrem de uma origem comum, relativamente a um grupo determinado de empregados (CDC, artigo 81, inciso II, c/c o artigo 769 da CLT). RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. PODER PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO. Na linha do item V da Súmula n. 331 do C. TST, cuja edição foi inspirada no resultado do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da ADC n. 16, em 24.11.2010, passou-se a entender, por disciplina judiciária, que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade subsidiária pelo pagamento dos encargos trabalhistas (Lei 8.666/93, art. 71, § 1.º), ressalvando-se, entretanto, que isso não significa que eventual omissão no dever de fiscalizar as obrigações do contratado não possa gerar essa responsabilidade para o ente público.

1. RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário do segundo reclamado em face da r. sentença (Id 0d6252a) que julgou procedentes em parte os pedidos aforados pelo sindicato autor.

Razões do sindicato autor (Id 5897da1) pretendendo a reforma do julgado quanto à justiça gratuita e honorários advocatícios/valor da condenação.

Razões do segundo reclamado (Id 1f986aa) arguindo ilegitimidade ativa, notificação dos substituídos e, no mérito, pretendendo a reforma do julgado quanto ao adicional de insalubridade e responsabilidade subsidiária.

Contrarrazões do sindicato autor (ID 997c366).

Contrarrazões do segundo reclamado (Id 553022e).

Parecer do d. Ministério Público do Trabalho (Id 1adbc4e) oficiando pelo conhecimento de ambos os recursos e, no mérito, pelo provimento do recurso ordinário do sindicato autor e não provimento do recurso ordinário do Estado do Espírito Santo, segundo reclamado.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. CONHECIMENTO

Conheço dos recursos ordinários do autor e do segundo reclamado porque preenchidos os requisitos de admissibilidade.

2.2. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA ARGUIDA PELO SEGUNDO RECLAMADO

Argui o segundo reclamado a ilegitimidade ativa do sindicato autor, para atuar como substituto processual, o direito ao cumprimento de cláusula convencional possuir natureza fundamentalmente coletiva, o que retira o caráter homogêneo do direito à percepção de adicional de insalubridade. Aduz que o sindicato defende interesse individual heterogêneo, restrito aos trabalhadores que tenho atuado naquela função e tenham prestado serviços nas dependências do Ente Público Estadual.

Vejamos.

Trata-se de ação de cumprimento, movida pelo Sindicato, objetivando a observância do disposto na cláusula 10ª, §1º da Convenção Coletiva de Trabalho que dispõe sobre o pagamento de adicional de insalubridade de 20% para todos o Auxiliares de Serviços Gerais.

O sindicato é parte legítima para, na qualidade de substituto processual, ajuizar ação trabalhista, quando há, no direito pleiteado, interesse coletivo ou individual homogêneo, uma vez que a substituição processual é ampla, ante o disposto no art. 8º, III, da Carta Constitucional de 1988 ("ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas").

Dessa forma, o que legitima a substituição processual é a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos, assim entendidos aqueles que decorrem de uma origem comum, relativamente a um grupo determinado de empregados (CDC, artigo 81, inciso II, c/c o artigo 769 da CLT).

Com efeito, para que reste demonstrada a legitimidade dos autores, é mister que se evidencie que os direitos postulados são provenientes de causa comum ou de política trabalhista do empregador, que atingem uniformemente o universo dos trabalhadores substituídos

No caso em apreço, entendo que esse requisito foi cumprido, na medida em que a origem do pedido deduzido em juízo é a mesma para todos os empregados da reclamada que se enquadram na situação descrita nos autos, a saber: empregados admitidos para a função de Auxiliar de Serviços Gerais que tenham prestado serviços nas dependências do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Como se vê, os titulares dos direitos individuais homogêneos postulados são facilmente identificáveis, e o objeto é divisível e cindível, caracterizando-se, porém, pela sua origem comum (decorrência de um mesmo fato). É dizer, os pedidos formulados atrelam-se a uma conduta patronal comum, atingindo substituídos facilmente determináveis.

É certo que a liquidação do direito eventualmente declarado nesta ação para cada trabalhador substituído dependerá do exame das particularidades afetas a cada um deles, de forma a verificar se e em que medida eles se encontram abrangidos pela decisão judicial condenatória genérica a ser proferida.

Pelo exposto, entendo que o Sindicato detém legitimidade para figurar como autor da presente demanda.

Rejeito.

2.2. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DOS SUBSTITUÍDOS

A reclamada não indicou quais empregados estariam no polo ativo de possível demanda individual, o que por si só impossibilitaria a declaração de litispendência.

Quanto à necessidade de intimar os empregados da reclamada que por ventura possuam ações individuais em andamento, é ato que deve ser por essa praticado, ainda mais quando não indicou a existência real de tal situação.

A par disso, aplico subsidiariamente o art. 104 da Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), o qual dispõe que:

"As ações coletivas, previstas nos incisos I e II, do parágrafo único, do artigo 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva."

Como a presente ação é coletiva, demanda individual por ventura já proposta em que não tenha havido o pedido de suspensão do prazo até o julgamento definitivo desta demanda, não induz litispendência, mesmo porque não há identidade de partes, resultando, apenas, na impossibilidade de o autor da ação individual vir a se beneficiar da decisão proferida na demanda coletiva.

No mesmo sentido, o seguinte aresto:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO INDIVIDUAL - LITISPENDÊNCIA NÃO CARACTERIZADA - A legitimidade extraordinária conferida ao Ministério Público e às associações de classe para propositura de ação civil pública ou ações coletivas (art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, aplicável subsidiariamente ao processo trabalhista por força do art. 769 da CLT) tem por objetivo facilitar o acesso à Justiça e não criar obstáculo ao trabalhador que opta pelo exercício individual do direito de ação constitucionalmente garantido (art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal em vigor). O art. 104 da Lei n.º 8.078/90 preconiza que as ações coletivas não induzem litispendência para as ações individuais. A higidez do pronunciamento jurisdicional, isento de eventual contradição com outros julgados, é garantida pela Lei sob comento, cujo artigo 103 estabelece os contornos da coisa no âmbito da coletivização de direitos. (TRT 2ª R. - RO 02132-2001-302-02-00 - (20050515084) - 4ª T. - Rel. p/o Ac. Juiz Paulo Augusto Câmara - DOESP 26.08.2005).

Rejeito.

2.3. MÉRITO

Inverto a ordem de apreciação dos apelos, ante as matérias neles aduzidas.

2.3.1. RECURSO DO SEGUNDO RECLAMADO. ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

2.3.1.1. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

O 2º reclamado celebrou com a 1ª reclamada contrato de prestação de serviços de limpeza e conservação para atuação nas áreas administrativas do Poder Judiciário Estadual (Id a6265bd e ss).

Incontroverso que o segundo reclamado, na condição de tomador dos serviços, beneficiou-se diretamente da força de trabalho dos Auxiliares de Serviços Gerais empregados da primeira reclamada, de modo que, como corolário lógico, também deve ser responsabilizado pela satisfação dos créditos trabalhistas, pois, onde existe comunhão de interesses, deve haver, também, comunhão de deveres.

E em virtude do contrato de prestação de serviços celebrado entre os réus, exercia o tomador poder diretivo sobre os serviços prestados pela 1ª reclamada, o que incluía, naturalmente, fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas decorrentes dessa contratação.

Segundo o professor Caio Mário, ocorre culpa in vigilando "quando uma pessoa falta ao dever de velar, ou comete uma desatenção quando tinha a obrigação de observar" e culpa in eligendo "quando há má escolha de uma pessoa a quem é confiada uma certa tarefa" (in Responsabilidade Civil - Forense).

Ocorrendo a inadimplência de obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços, o tomador, beneficiário direto da prestação laboral, deve responder pelos respectivos créditos, subsidiariamente, exsurgindo sua responsabilidade da culpa in vigilando, desde que tenha falhado na fiscalização do contrato.

Logo, se o produto do trabalho despendido pela autora reverteu-se em benefício do 2º réu, é ele responsável pela satisfação do crédito trabalhista, pois, onde existe comunhão de interesses, deve haver, também, comunhão de deveres.

A propósito, é válido trazer à baila o disposto nos itens IV e V da Súmula nº 331 do TST, sendo esse item V inserido por força da Res. 174/2011, divulgada no DEJT em 27, 30 e 31.05.2011, cujo teor peço vênia para transcrever:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos 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.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" (*verbis*)

Esse entendimento está em consonância com o resultado da ADC nº 16, julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 24.11.2010, tendo em vista que, no mérito dessa ação constitucional, os Ministros da Corte Suprema, apesar de entenderem que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas (art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/83), reconheceram que isso não significa que eventual omissão no dever de fiscalizar as obrigações do contratado não possa gerar essa responsabilidade para o ente público.

Isso equivale a dizer que, à luz da diretriz sedimentada pelo STF, para se cogitar da exclusão da responsabilidade subsidiária dos entes públicos, é necessário que se constate a diligência do tomador dos serviços, notadamente quanto ao dever de fiscalizar a execução do objeto contratual, sobretudo no que atine ao cumprimento dos direitos trabalhistas dos empregados da empresa contratada, diretamente envolvidos na execução do contrato.

Nesse sentido, verifico que o Estado do Espírito Santo participava da relação de emprego na medida em que era tomador da mão-de-obra dos Auxiliares de Serviços Gerais. E durante o desempenho dessa função, agiu com culpa *in vigilando*, devendo responder pela falta de idoneidade da prestadora de serviços, eis que, mais do que realizar a escolha da empresa devidamente, tinha a recorrente o dever de manter constante vigilância quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da 1ª ré.

Frise-se que o ônus de provar a efetiva fiscalização da execução do contrato é da Administração Pública, de acordo com os artigos 58, III, e 67, caput e § 1º, da Lei nº 8.666/93, que impõem à administração pública o ônus de fiscalizar o cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo vencedor da licitação (dentre elas, por óbvio, as decorrentes da legislação laboral).

Também sob o prisma da aptidão para a prova, caberia à entidade estatal, em juízo, trazer os elementos necessários à formação do convencimento do magistrado (arts. 333, II, do CPC e 818 da CLT), consoante tem decidido o próprio Tribunal Superior do Trabalho, senão vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO - TERCEIRIZAÇÃO - DEVER DE FISCALIZAÇÃO ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - OMISSÃO - "CULPA IN VIGILANDO" - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - DECISÃO DO STF NA ADC 16

No julgamento da ADC 16, o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, ressaltou a possibilidade de a justiça do Trabalho constatar, no caso concreto, a culpa *in vigilando* da Administração Pública e, diante disso, atribuir responsabilidade ao ente público pelas obrigações, inclusive trabalhistas, inobservadas pelo contratado.

A própria Lei de Licitações impõe à Administração Pública o dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos, conforme se depreende dos artigos 58, III, e 67, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Partindo dessas premissas, compete ao ente público, quando pleiteada em juízo sua responsabilização pelos créditos trabalhistas inadimplidos pelo contratado, apresentar as provas necessárias à demonstração de que cumpriu a obrigação prevista em lei, sob pena de restar caracterizada a culpa *in vigilando* da Administração Pública, decorrente da omissão quanto ao dever de fiscalização da execução do contrato administrativo.

Na hipótese dos autos, o ente público não aponta qualquer elemento ou indício no sentido de que cumpriu a obrigação legal que lhe é imposta (artigos 58, III, e 67, caput e §1º, da Lei nº 8.666/93).

Assim, verifica-se a conduta culposa, por omissão, da Administração Pública (culpa in vigilando), razão pela qual se atribui a responsabilidade subsidiária ao ente público, com fundamento nos artigos 186 e 927, caput, do CC, pelo pagamento dos encargos trabalhistas devidos. Agravo de Instrumento a que se nega provimento. (PROCESSO Nº TST-AIRR-123240-14.2008.5.11.0002, 8ª Turma, Rel. Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 23.03.2011)

Entretanto, o Município não logrou êxito em comprovar a efetiva fiscalização referente às obrigações da 1ª reclamada junto a seus empregados, pois os documentos trazidos aos autos não demonstram a existência de qualquer ânimo fiscalizatório por parte do recorrente.

Logo, concluo que o 2º réu é culpado pelo inadimplemento.

Cumpra ainda esclarecer que, na hipótese vertente, não há qualquer afronta ao disposto no inciso II do art. 5.º da CF, na medida em que, como ensinava o jurista e ex-ministro do STF, João Mendes de Almeida Júnior, em obra *As Formas da Praxe Forense*, colhida no site <http://www.revistas.usp.br/rfdsp/article/viewFile/65027/67639>, em 22/08/2014, "A lei positiva, em suas aplicações, rege minudências não previstas e exige do magistrado a prudência necessária para tirar as legítimas consequências do texto, consequências que são regras latentes nesses mesmos textos. (...) Nem é possível que, nas variadas, múltiplas e minuciosas circunstâncias da vida, o legislador tenha a pretensão de tudo prever e prover."

Deste modo, mantenho a r. sentença.

Portanto, nego provimento.

2.3.1.2. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

A sentença de procedência do pedido foi proferida nos seguintes termos:

"O Sindicato autor pretende o cumprimento da cláusula décima da Convenção Coletiva 2019/2019, vigente no período de 01/01/2019 a 31/12/2019, firmada com o Sindicato das Empresas de Asseio e Conservação no Estado do Espírito Santo, representante da Reclamada, que prevê o pagamento do adicional de insalubridade a "todos os trabalhadores que exercem as funções de Auxiliar de Serviços Gerais de limpeza predial e Merendeira", no percentual de 20% (vinte por cento) sobre a base de cálculo de R\$1.060,00, proporcional a jornada laborada.

Afirma que a Reclamada deixou de cumprir referida cláusula em maio de 2019.

A 1ª Reclamada contesta o pedido afirmando que os substituídos exercem atividade de limpeza sem qualquer efetiva nocividade que enseje o pagamento do adicional de insalubridade na forma requerida pelo Autor, em que pese haver determinação na CCT. Diz que as atividades de higienização e recolhimento de lixo nos sanitários existentes nas dependências do TJ/ES, local onde os substituídos laboravam, não se enquadram no disposto no Anexo 14 da NR-15 da Portaria TEM nº 3.214/78, porque não se iguala ao lixo urbano, situação essa que, se existisse, ensejaria o pagamento do referido adicional, na forma da sumula 448 do TST.

Afirma que está sedimentado o entendimento de que o Anexo 13 da NR 15 da Portaria nº 3.214/78 do MT, ao tratar do manuseio de álcalis cáusticos, está se referindo ao produto bruto, em sua composição plena e não ao diluído em produtos de limpeza habituais, como no caso dos autos, reforçando a tese de que o manuseio de produtos de limpeza não se dá da mesma forma que lixo urbano e assim o pagamento de adicional de insalubridade.

Aduz que não é permitida a negociação por meio de CCT de todo e qualquer direito trabalhista, sendo totalmente ilegal a existência de uma norma coletiva para modificar preceitos em detrimento do preconizado pelo inciso I do art. 155 e o do art. 190 da CLT bem como o inciso caput XXII do art. 7º da Constituição Federal no que diz respeito às normas de saúde, higiene e segurança do trabalho.

O 2º Reclamado sustenta que o pedido não encontra amparo no ordenamento jurídico, haja vista que a concessão de adicional de insalubridade sem a observância dos requisitos legais, representa supressão de "norma de saúde, higiene e segurança do trabalho" e no Anexo XIV da Norma Regulamentadora - NR 15 do Ministério do Trabalho, em conflito com o regramento do artigo 611-B, XVII da CLT. Alega que o pleito está pautado em objeto ilícito.

Alega que as normas de saúde e segurança do trabalho que regulamentam o direito ao adicional de insalubridade, bem como os procedimentos para aferição no caso concreto (realização de perícia e regulamentação por ato infralegal do órgão ministerial), definitivamente não podem ser objeto de negociação coletiva, haja vista que extrapolam os limites da autonomia privada coletiva.

Alega que o artigo 611-A, inciso XII, permite apenas a majoração do grau de insalubridade, não o enquadramento de uma atividade como insalubre.

Afirma que o Ente Público adstrito ao princípio da legalidade, só pode fazer constar em Contratos Administrativos e pagar o aludido adicional de insalubridade, segundo os preceitos compulsórios insculpidos no artigo 195 da CLT e NR 15, Anexos I a XIV (portaria nº 3.214/78), sendo necessário laudo técnico que tenha aferido a insalubridade.

Cita decisão proferida na ação 0039221-60.2016.8.08.0024, que tramitou na Justiça Comum Estadual, afirmando que o Estado do Espírito Santo está desobrigado do cumprimento do dispositivo convencional e de seu pagamento à Contratada.

Analisando os autos, verifica-se que a questão submetida a julgamento diz respeito ao cumprimento do disposto na cláusula décima, parágrafo primeiro, da Convenção Coletiva 2019/2019 (fls. 215-238), que assim prevê:

"CLÁUSULA DÉCIMA - PAGAMENTO DA INSALUBRIDADE

Fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção Coletiva de Trabalho pagarão adicional de insalubridade, em grau máximo, ou seja, no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre a base de cálculo de R\$ 1.060,00 (Um Mil e Sessenta Reais), proporcional à jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais banheirista que realizam a limpeza de banheiros públicos de uso coletivo ou de grande circulação igual ou superior a 40 (quarenta) pessoas. O pagamento do adicional aqui previsto será pago enquanto perdurar a eficácia da súmula 448 do TST.

Parágrafo 1º - A todos os trabalhadores que exercem as funções de Auxiliar de Serviços Gerais de limpeza predial e Merendeira, fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção pagarão adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre a base de cálculo de R\$ 1.060,00 (Um Mil e Sessenta Reais), proporcional a jornada laborada, exceto os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial já enquadrados no caput desta cláusula.

Parágrafo 2º - Entende-se por limpeza predial, a limpeza realizada em escolas, comércios, shopping Center, aeroportos, portos, rodoviárias, bancos e imóveis em geral, públicos e privados, tanto na área geral como na área industrial".

A 1ª Reclamada não contestou a alegação inicial de descumprimento da cláusula convencional, impugnando o pedido apenas sob o fundamento de que as atividades desempenhadas pelos substituídos não se enquadram no disposto no Anexo 14 da NR-15 da Portaria MTE nº 3.214/78.

Todavia, a Convenção Coletiva de Trabalho foi firmada pelo Autor e o Sindicato representante da atividade econômica da 1ª Reclamada e não há alegação de que tenha sido ajuizada ação anulatória da Convenção Coletiva de Trabalho, que é o meio processual legalmente previsto para questionar em juízo a validade das cláusulas convencionais.

Assim, havendo previsão expressa acerca do adicional de insalubridade em norma coletiva, a 1ª Reclamada não pode simplesmente se escusar ao pagamento ao fundamento de que "as atividades desempenhadas pelos substituídos não se enquadram no disposto no Anexo 14 da NR-15 da Portaria MTE nº 3.214/78", considerando que a Convenções Coletivas de Trabalho devem ser cumpridas, por força do disposto no artigo 7º, XXVI da Constituição Federal.

Ademais, a Constituição Federal assegura aos trabalhadores urbanos e rurais os direitos discriminados no seu artigo 7º, ressaltando outros "que visem à melhoria de sua condição social", o que permite concluir que o pagamento do adicional de insalubridade pode ser objeto de acordo entre as partes, notadamente se for para ampliar o direito previsto em lei.

Logo, a supressão do adicional de insalubridade, mesmo que estabelecido em norma coletiva de trabalho, não é válida, por representar afronta direta ao disposto no artigo art. 7º, XXII, da CF.

Salienta-se que os termos do contrato firmado entre a 1ª Reclamada e o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo não produzem efeito na relação de trabalho, que permanece regida pela lei e normas coletivas firmadas pelos sindicato patronal e de empregados."

Recorre o segundo reclamado, todavia sem razão.

A questão posta passa pela análise do cumprimento da norma coletiva. Isso porque a Convenção Coletiva da Categoria 2019/2019, em sua cláusula 10ª, parágrafo 1º (Id c355832 - Pág. 4) dispõe o seguinte:

"CLÁUSULA DÉCIMA - PAGAMENTO DA INSALUBRIDADE

Fica convencionado que as empresas abrangidas por este Aditivo à Convenção Coletiva de Trabalho 2015/2016, a partir do dia 01 de Janeiro de 2016, procederão ao pagamento do adicional de insalubridade, em grau máximo, ou seja, no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre o piso da categoria R\$ 973,41 (Novecentos e Setenta e Três Reais e Quarenta e Um Centavos), respeitando a jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial que realizam a limpeza de banheiros públicos de uso coletivo ou de grande circulação igual ou superior a 40 (quarenta) pessoas. O pagamento do adicional aqui previsto será pago enquanto perdurar a eficácia da súmula 448 do TST.

Parágrafo 1º - Especificamente na questão de efeitos pretéritos em contratos comerciais de prestação de serviços não mais existentes, bem como nos contratos ativos, como contrapartida haverá indenização pecuniária através do pagamento do adicional de insalubridade pelo percentual de 20% (vinte por cento), a todos os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial de contratos comerciais públicos e privados, sendo pago da seguinte maneira: fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção, a partir do dia 01 de Janeiro de 2016, procederão ao pagamento do adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre o piso da categoria 973,41 (Novecentos e Setenta e Três Reais e Quarenta e Um Centavos), respeitando a jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial. Ficando acordado o prazo limite para concessão do benefício aqui previsto a todos os trabalhadores que exercem a função de Auxiliar de Serviços Gerais de limpeza predial, a partir de 31 de Dezembro de 2015, exceto os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial já enquadrados no caput desta cláusula.

(...)"

Igual preceito já encontrava previsão nas normas coletivas anteriores, colacionadas aos autos.

Assim, de acordo com as normas coletivas, é devido aos Auxiliares de Serviços o pagamento do adicional de insalubridade de 20% sobre o piso da categoria.

Não há qualquer nulidade na pactuação de tal cláusula, sendo seu comando totalmente válido, já que se encontra em perfeita consonância com o ordenamento jurídico trabalhista.

Desnecessária a realização de perícia, uma vez que a norma coletiva já prevê o pagamento do adicional de insalubridade, conforme transcrito em linhas pretéritas.

Não prospera, também, a alegação que a atividade de Auxiliar de Serviços Gerais não está prevista na relação do Ministério do Trabalho, tampouco na NR 15 como insalubre, posto que o deferimento está se dando com base na norma coletiva.

Assim, não havendo controvérsia sobre o descumprimento da convenção coletiva, resta mantida a r. sentença que deferiu o pagamento do adicional de insalubridade previsto nas normas coletivas juntadas com a inicial.

Quanto à base de cálculo, também não merece prosperar as alegações da recorrente, porquanto a norma coletiva dispôs que deve ser calculo o adicional sobre o piso da categoria.

Por fim, não socorre também a recorrente a alegação de que "em nenhum momento o Estado participou ou ratificou as mencionadas CCT's, afastando com isso, qualquer tipo de legitimidade jurídica para que o Ente Público possa ser demandado a responder subsidiariamente pelo adimplemento de cláusula normativa a qual não se vincula", pois o recorrente não foi condenado como empregador, mas apenas de forma subsidiária, sendo certo que a alegação do recorrente somente poderia ter pertinência se ela fosse o real empregador, o que não vem a ser a hipótese dos autos.

Portanto, nego provimento.

2.3.2. RECURSO DO SINDICATO AUTOR

2.3.2.1. JUSTIÇA GRATUITA

Requer o Sindicato autor a concessão dos benefícios da gratuidade de justiça.

Vejamos.

Alterando meu entendimento anterior, entendo que, em se tratando de ação em que o Sindicato figure como substituto processual em defesa de interesses individuais homogêneos da categoria, não se aplica as normas processuais trabalhistas e sim as normas relativas às ações coletivas.

Assim, faz jus o sindicato substituto aos benefícios da assistência judiciária gratuita, com base nos artigos 87 do CDC (Código de Defesa do Consumidor) e 18 da Lei 7.347/85 (Lei que disciplina a Ação Civil Pública), eis que tais artigos têm idêntica redação no sentido de que nas ações de que trata o CDC ou a LACP "... não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais".

É certo que, à primeira vista, partindo-se de interpretação meramente literal do disposto nos artigos 5º da Lei 7.347/85 e 82 do CDC, o sindicato autor não teria legitimidade ativa para postular em sede de ação civil pública e conseqüentemente, a ele não se aplicariam as referidas leis.

Entretanto, como preleciona Carlos Henrique Bezerra Leite (in Curso de Direito Processual do Trabalho, 8.ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 1249), "em se tratando de ACP, a legitimidade ativa ad causam emerge da

aplicação conjunta da CF (art. 129, III e seu § 1.º), da LACP (art. 5.º), do CDC (art. 82), da LOMPU (art. 6.º, VII) e da LONMP (art. 25, IV)", o que significa dizer que legitimados para a propositura dessa ação, além daqueles expressamente nominados nos referidos dispositivos, são também os sindicatos, espécies do gênero associações civis, cuja legitimação está taxativamente prevista no inciso V do art. 5º da multicitada Lei n. 7.347/85.

Portanto, dou provimento ao apelo para deferir ao Sindicato autor os benefícios da gratuidade de justiça.

2.3.2.2. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. VALOR DA CONDENAÇÃO

O sindicato pretende que os honorários advocatícios a que foram condenadas as rés sejam calculados sobre o valor líquido da condenação, nos termos da OJ 348 da SBDI-1 do TST.

Com razão.

Os honorários advocatícios devem ser calculados sobre o valor líquido da execução, na forma da OJ 348, da SDI-1, do TST.

Portanto, o índice de 15% deve incidir sobre o valor do efetivo proveito econômico auferido pelos substituídos cuja soma corresponderá, no caso da execução ser realizada nestes autos, ao valor líquido da condenação, conforme se apurar em liquidação de sentença.

Por todo o exposto, dou provimento ao recurso do Sindicato para determinar que o índice de 15% dos honorários advocatícios incida sobre o efetivo proveito econômico auferido pelos substituídos.

Nego provimento.

Acórdão

Acordam os Magistrados da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, na Sessão Extraordinária Virtual, com início em 21 de janeiro de 2021, às 13h30min, e encerramento em 26 de janeiro de 2021, às 13h30min, sob a Presidência do Desembargador Mário Ribeiro Cantarino Neto, com a participação dos Desembargadores José Carlos Rizk, Cláudio Armando Couce de Menezes e Gerson Fernando da Sylveira Novais, e do Procurador Regional do Trabalho, Dr. Levi Scatolin, por unanimidade, conhecer dos recursos ordinários do sindicato autor e do segundo reclamado, rejeitar as preliminares suscitadas pelo segundo recorrente e, no mérito, negar provimento ao apelo do segundo reclamado e dar provimento ao apelo do sindicato autor para deferir ao Sindicato autor os benefícios da gratuidade de jus e determinar que o índice de 15% dos honorários advocatícios incida sobre o efetivo proveito econômico auferido pelos substituídos.

DESEMBARGADOR GERSON FERNANDO DA SYLVEIRA NOVAIS

Relator

VOTOS



Assinado eletronicamente por: [GERSON FERNANDO DA SYLVEIRA
NOVAIS] - 0592d67

<https://pje.trt17.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>



Documento assinado pelo Shodo



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO
8ª Vara do Trabalho de Vitória
ENDEREÇO: AVENIDA CLETO NUNES, 85, 6º andar, PARQUE MOSCOSO, VITORIA -
ES - CEP: 29018-906
EMAIL: vitv08@trtes.jus.br
ATOrd 0000958-02.2019.5.17.0008
AUTOR: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES
RÉU: TECNICA TECNOLOGIA E SERVICOS EIRELI - EPP, ESTADO DO ESPIRITO
SANTO

8ª Vara do Trabalho de Vitória-ES

Processo 0000958-02.2019.5.17.0008

"E Deus pode dar muito mais do que vocês precisam para que vocês tenham sempre tudo o que necessitam e ainda mais do que o necessário para fazerem todo tipo de boas obras." (2 Coríntios 9.8)

Aos **30 dias do mês de outubro de 2018, às 17h50**, a Juíza do Trabalho *Helen Mable Carreço Almeida Ramos* publicou nos autos do presente processo a seguinte

SENTENÇA

RELATÓRIO

SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO - SINDILIMPE/ES, devidamente qualificado nos autos, na qualidade de substituto processual, ajuizou ação de cumprimento em face de **TÉCNICA TECNOLOGIA E SERVIÇOS EIRELI - EPP e ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, também qualificados, pretendendo, em suma, a condenação dos Reclamados, sendo o segundo de forma subsidiária, ao pagamento do adicional de insalubridade desde o mês de maio de 2019, para todos os auxiliares de serviços gerais que laboram ou laboraram no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, calculado sobre o piso da categoria, com reflexos em gratificação natalina, férias acrescidas de 1/3, adicional noturno e FGTS, aviso prévio e adicional de 40% sobre o FGTS para os substituídos despedidos

sem justa causa no curso do contrato de trabalho, além de multa por descumprimento do CCT prevista na cláusula 55ª, § 3º, além de tutela antecipada com aplicação de multa diária por trabalhador que exerce a função de auxiliar de serviços gerais no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que tiver sofrido o inadimplemento. Requereu, ainda, os benefícios da assistência judiciária gratuita e honorários advocatícios. Atribuiu à causa o valor de R\$ 45.000,00. Juntou documentos.

Realizada audiência una (id 2816dcd), na qual foi rejeitada a conciliação, tendo sido colhidas as defesas (ids aa09345 e 38f79ed) e documentos, sobre os quais o Sindicato Autor se manifestou e ser reportou aos termos da inicial.

Sem mais provas, encerrou-se a instrução processual.

Última proposta conciliatória recusada.

Tudo visto e relatado, decide-se:

FUNDAMENTAÇÃO

I - QUESTÕES PRELIMINARES

I.I - Inépcia da petição inicial arguida pela 1ª Reclamada

A Reclamada suscita a preliminar de inépcia da petição inicial afirmando que a comunicação para a reunião de mediação ocorreu por e-mail, não tendo comprovação de entrega na caixa postal eletrônica. Afirma que toda a lide é nula de pleno direito.

Entretanto, razão não lhe assiste, porquanto a petição inicial em questão atende aos requisitos do artigo 840, § 1º, da CLT, c/c o artigo 330, § 1º do CPC, sendo certo, ainda, que os pedidos formulados encontram correspondência lógica na causa de pedir narrada na peça exordial.

Com efeito, a petição inicial trabalhista pode ser formulada de forma simples, eis que a própria Consolidação das Leis do Trabalho exige, tão somente, "uma breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio" (CLT, art. 840, § 1º).

Outrossim, a alegação da Reclamada diz respeito ao mérito do pedido, não sendo fundamento que atraia a inépcia da petição inicial.

Rejeita-se a preliminar.

I.II - Ilegitimidade passiva do 2º Reclamado

O Reclamado sustenta ser ilegítimo para figurar no polo passivo da ação afirmando que não participou da Convenção Coletiva de Trabalho que o Autor alega ter sido descumprida, afirmando que somente sindicato patronal e dos empregados possuem legitimidade para celebrá-lo.

Todavia, não prospera a preliminar.

Observa-se que as partes individuadas na ação são as mesmas pessoas da relação jurídico-material controvertida narrada na peça de ingresso, o que conduz, em tese, à legitimidade dos sujeitos passivos da presente ação.

Salienta-se, ainda, que a existência ou inexistência da relação jurídico-material entre as partes não conduz à carência de ação (defesa processual) e extinção do processo sem julgamento de mérito (CPC, art. 485, VI), mas, ao contrário, atrai o exame meritório, posto que é da natureza da matéria (CPC, art. 487, I e III, "a").

No caso dos autos, a legitimidade passiva do Reclamado se fundamenta no pedido de responsabilidade subsidiária considerando ser titular do contrato de prestação de serviços firmado com a 1ª Reclamada e beneficiou-se do trabalho dos substituídos, empregados da 1ª Ré.

Rejeita-se a preliminar.

I.III - Ilegitimidade ativa do Sindicato. Ausência de Pressuposto de Constituição Válido e Regular do Processo. Rol de Substituídos. Ata de Assembleia. Notificação dos Substituídos

O instituto da substituição processual ou legitimidade extraordinária permite que "*em determinadas circunstâncias, pessoas ou entes, desde que autorizados por lei, podem figurar no processo em nome próprio, mas defendendo direito alheio.*" (Carlos Henrique Bezerra Leite in Curso de Direito Processual do Trabalho - São Paulo - LTr - 7ª ed. 2009- p.277).

No âmbito do Direito do Trabalho e, nos termos da atual jurisprudência consolidada no âmbito do STF e do TST, o artigo 8º, inciso III, da Constituição da República confere legitimidade extraordinária aos sindicatos, ao dispor que, "*ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.*"

De fato o STF, após interpretar o dispositivo constitucional acima citado, concluiu que os sindicatos podem atuar na defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria, sejam estes associados ou não. A legitimação extraordinária do sindicato, autorizada pelo artigo 8º, inciso III, da CR/88 é, portanto, ampla e irrestrita, podendo estes substituir processualmente qualquer integrante da categoria que representam independentemente de apresentação de rol de substituídos e de autorização em assembleia.

E, seguindo o mesmo posicionamento, o C. TST cancelou a Súmula nº 310 (Resolução 119/2003, DJ 01.10.2003), que restringia as hipóteses de substituição processual.

Conclui-se, portanto, que o Sindicato possui legitimidade para atuar como substituto processual em matéria que envolve direitos individuais homogêneos, os quais são definidos pelo inciso III do art. 81 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), como sendo aqueles decorrentes de origem comum

Na presente lide o sindicato Autor pretende a condenação da Ré à observância de normas coletivas, sendo, pois, comum a todos os substituídos a origem do pedido.

Desse modo, a não apresentação do rol de substituídos na peça vestibular também não acarreta o indeferimento da petição inicial, nem tampouco a ilegitimidade ativa do sindicato. Também não há qualquer cerceio do direito de defesa, pois, com o cancelamento da Súmula 310 do TST, a referida relação pode ser trazida aos autos no processo na fase de execução.

Rejeito a preliminar.

II - QUESTÃO PREJUDICIAL DE MÉRITO

II.I - Prescrição

Não se aplica a prescrição prevista no artigo 7º, XXIX da CF/88, pois o Autor pretende a condenação no pagamento do adicional de insalubridade suprimido a partir de maio de 2019, em favor dos substituídos, tendo a ação sido ajuizada em 04/09/2019, dentro, portanto, do prazo prescricional.

III - MÉRITO

III.I - Adicional de insalubridade

O Sindicato autor pretende o cumprimento da cláusula décima da Convenção Coletiva 2019/2019, vigente no período de 01/01/2019 a 31/12/2019, firmada com o Sindicato das Empresas de Asseio e Conservação no Estado do Espírito Santo, representante da Reclamada, que prevê o pagamento do adicional de insalubridade a "todos os trabalhadores que exercem as funções de Auxiliar de Serviços Gerais de limpeza predial e Merendeira", no percentual de 20% (vinte por cento) sobre a base de cálculo de R\$1.060,00, proporcional a jornada laborada.

Afirma que a Reclamada deixou de cumprir referida cláusula em maio de 2019.

A 1ª Reclamada contesta o pedido afirmando que os substituídos exercem atividade de limpeza sem qualquer efetiva nocividade que enseje o pagamento do adicional de insalubridade na forma requerida pelo Autor, em que pese haver determinação na CCT. Diz que as atividades de higienização e recolhimento de lixo nos sanitários existentes nas dependências do TJ/ES, local onde os substituídos laboravam, não se enquadram no disposto no Anexo 14 da NR-15 da Portaria TEM nº 3.214/78, porque não se iguala ao lixo urbano, situação essa que, se existisse, ensejaria o pagamento do referido adicional, na forma da sumula 448 do TST.

Afirma que está sedimentado o entendimento de que o Anexo 13 da NR 15 da Portaria nº 3.214/78 do MT, ao tratar do manuseio de álcalis cáusticos, está se referindo ao produto bruto, em sua composição plena e não ao diluído em produtos de limpeza habituais, como no caso dos autos, reforçando a tese de que o

manuseio de produtos de limpeza não se dá da mesma forma que lixo urbano e assim o pagamento de adicional de insalubridade.

Aduz que não é permitida a negociação por meio de CCT de todo e qualquer direito trabalhista, sendo totalmente ilegal a existência de uma norma coletiva para modificar preceitos em detrimento do preconizado pelo inciso I do art. 155 e o *caput* do art. 190 da CLT bem como o inciso XXII do art. 7º da Constituição Federal no que diz respeito às normas de saúde, higiene e segurança do trabalho.

O 2º Reclamado sustenta que o pedido não encontra amparo no ordenamento jurídico, haja vista que a concessão de adicional de insalubridade sem a observância dos requisitos legais, representa supressão de "*norma de saúde, higiene e segurança do trabalho*" contidos no artigo 195 da CLT e no Anexo XIV da Norma Regulamentadora - NR 15 do Ministério do Trabalho, em conflito com o regramento do artigo 611-B, XVII da CLT. Alega que o pleito está pautado em objeto ilícito.

Alega que as normas de saúde e segurança do trabalho que regulamentam o direito ao adicional de insalubridade, bem como os procedimentos para aferição no caso concreto (realização de perícia e regulamentação por ato infralegal do órgão ministerial), definitivamente não podem ser objeto de negociação coletiva, haja vista que extrapolam os limites da autonomia privada coletiva.

Alega que o artigo 611-A, inciso XII, permite apenas a majoração do grau de insalubridade, não o enquadramento de uma atividade como insalubre.

Afirma que o Ente Público adstrito ao princípio da legalidade, só pode fazer constar em Contratos Administrativos e pagar o aludido adicional de insalubridade, segundo os preceitos compulsórios insculpidos no artigo 195 da CLT e NR 15, Anexos I a XIV (portaria nº 3.214/78), sendo necessário laudo técnico que tenha aferido a insalubridade.

Cita decisão proferida na ação 0039221-60.2016.8.08.0024, que tramitou na Justiça Comum Estadual, afirmando que o Estado do Espírito Santo está desobrigado do cumprimento do dispositivo convencional e de seu pagamento à Contratada.

Analisando os autos, verifica-se que a questão submetida a julgamento diz respeito ao cumprimento do disposto na cláusula décima, parágrafo primeiro, da Convenção Coletiva 2019/2019 (fls. 215-238), que assim prevê:

"CLÁUSULA DÉCIMA - PAGAMENTO DA INSALUBRIDADE

Fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção Coletiva de Trabalho pagarão adicional de insalubridade, em grau máximo, ou seja, no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre a base de cálculo de R\$ 1.060,00 (Um Mil e Sessenta Reais), proporcional à jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais banheirista que realizam a limpeza de banheiros públicos de uso coletivo ou de grande circulação igual ou superior a 40 (quarenta) pessoas. O pagamento do adicional aqui previsto será pago enquanto perdurar a eficácia da súmula 448 do TST.

Parágrafo 1º - A todos os trabalhadores que exercem as funções de Auxiliar de Serviços Gerais de limpeza predial e Merendeira, fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção pagarão adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre a base de cálculo

de R\$ 1.060,00 (Um Mil e Sessenta Reais), proporcional a jornada laborada, exceto os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial já enquadrados no *caput* desta cláusula.

Parágrafo 2º - Entende-se por limpeza predial, a limpeza realizada em escolas, comércios, shopping Center, aeroportos, portos, rodoviárias, bancos e imóveis em geral, públicos e privados, tanto na área geral como na área industrial".

A 1ª Reclamada não contestou a alegação inicial de descumprimento da cláusula convencional, impugnando o pedido apenas sob o fundamento de que as atividades desempenhadas pelos substituídos não se enquadram no disposto no Anexo 14 da NR-15 da Portaria MTE nº 3.214/78.

Todavia, a Convenção Coletiva de Trabalho foi firmada pelo Autor e o Sindicato representante da atividade econômica da 1ª Reclamada e não há alegação de que tenha sido ajuizada ação anulatória da Convenção Coletiva de Trabalho, que é o meio processual legalmente previsto para questionar em juízo a validade das cláusulas convencionais.

Assim, havendo previsão expressa acerca do adicional de insalubridade em norma coletiva, a 1ª Reclamada não pode simplesmente se escusar ao pagamento ao fundamento de que *"as atividades desempenhadas pelos substituídos não se enquadram no disposto no Anexo 14 da NR-15 da Portaria MTE nº 3.214/78"*, considerando que a Convenções Coletivas de Trabalho devem ser cumpridas, por força do disposto no artigo 7º, XXVI da Constituição Federal.

Ademais, a Constituição Federal assegura aos trabalhadores urbanos e rurais os direitos discriminados no seu artigo 7º, ressaltando outros "que visem à melhoria de sua condição social", o que permite concluir que o pagamento do adicional de insalubridade pode ser objeto de acordo entre as partes, notadamente se for para ampliar o direito previsto em lei.

Logo, a supressão do adicional de insalubridade, mesmo que estabelecido em norma coletiva de trabalho, não é válida, por representar afronta direta ao disposto no artigo art. 7º, XXII, da CF.

Salienta-se que os termos do contrato firmado entre a 1ª Reclamada e o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo não produzem efeito na relação de trabalho, que permanece regida pela lei e normas coletivas firmadas pelos sindicato patronal e de empregados.

Dessa forma, **condeno** a 1ª Reclamada ao pagamento do adicional de insalubridade aos substituídos, a partir de maio de 2019, no percentual de 20% (vinte por cento) sobre a base de cálculo de R\$1.060,00, proporcional à jornada laborada, com reflexos em com reflexos em gratificação natalina, férias acrescidas de 1/3, adicional noturno e FGTS, aviso prévio e adicional de 40% sobre o FGTS para os substituídos despedidos sem justa causa no curso do contrato de trabalho.

Por fim, mantenho a decisão que indeferiu o pedido de tutela de urgência, por não vislumbrar perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, não estando preenchidos os pressupostos do artigo 300 do CPC.

III.II - Multa por descumprimento de norma coletiva

O Sindicato Autor pretende a condenação da Reclamada no pagamento de multa por descumprimento do CCT prevista na cláusula 55ª, § 3º.

A Reclamada impugna o pedido afirmando que o Sindicato não comprovou que a Reclamada tenha sido efetivamente notificada para comparecer em reunião de mediação. Alega que não houve descumprimento de Convenção, nem restou comprovado qualquer conduta que ocasionasse prejuízo aos empregados.

Afirma que a multa não é devida, pois se aplica em caso de descumprimento de obrigação de fazer, já que o descumprimento de obrigação de pagar é apenado com juros e correção monetária.

Alega, ainda, que o valor da multa por descumprimento (R\$600,00) e o valor da multa por continuação diária (R\$17,50) são desproporcionais ao valor da pretensão eventualmente descumprida, algo em torno de poucos reais por empregado.

A cláusula quinquagésima quinta da CCT 2019/2019 assim está redigida:

"CLÁUSULA QUINQUAGÉSIMA QUINTA - DAS MULTAS

Mediante verificação ou denúncia de descumprimento da presente CCT serão aplicadas as seguintes sanções:

Parágrafo 1º - Na hipótese de descumprimento de cláusulas desta CCT, os sindicatos, econômico e laboral, realizarão, mediação visando sanar o descumprimento, ressalvada as hipóteses de atraso no pagamento de salário e ticket alimentação, que possuem penalidade própria e aplicação imediata (hipótese em que é desnecessária a convocação de reunião pelo SINDILIMPE no SEACES ou na CCP).

Parágrafo 2º - Caso a empresa ou empresas descumpridoras não regularizem a situação em 24 (Vinte e Quatro) horas após a mediação, comprovando posteriormente, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas ao SINDILIMPE a regularização ou sendo esta reincidente caracterizar-se-á o descumprimento, a parte causadora estará obrigada a pagar a multa prevista nesta cláusula.

Parágrafo 3º - A parte (empresa ou sindicatos) que deixar de cumprir com os termos das cláusulas fixadas neste instrumento coletivo, excluído as cláusulas que possuem penalidade própria (Cláusulas 3ª, § 5º, 12ª, §8º, 13ª, § 7ª), será penalizada com multa de R\$ 400,00 (quatrocentos reais), por cláusula descumprida e por trabalhador prejudicado, além de correção e juros de mora de 0,33% ao dia, até a efetiva regularização e pagamento da multa que causou a aplicação da sanção.

Parágrafo 5º - Exclusivamente nos casos previsto no § 1º da presente clausula, havendo omissão quanto a efetividade das penalidades previstas, o sindicato econômico poderá demandar em face do sindicato laboral a cobrança de tal penalidade, conforme valores estipulados no § 3º, devendo o valor arrecadado ser revertido em favor da entidade.

Parágrafo 6º - O valor apurado com a aplicação da multa pelo descumprimento desta CCT, após o pagamento pela empresa descumpridora, será dividido e distribuído da seguinte forma: 50% (cinquenta por cento) serão revertidos em favor do trabalhador ou trabalhadores atingidos; 25%

(vinte e cinco por cento) serão destinados ao SINDILIMPE; 25% (vinte e cinco por cento) serão destinados para o SEACES".

O Sindicato juntou aos autos os documentos de fls. 241-242 comprovam que o Sindicato Autor entrou em contato com o Sindicato Patronal requerendo a marcação de audiência de mediação e, que o Sindicato Patronal enviou e-mail à 1ª Reclamada.

Todavia, não restou comprovado que a 1ª Reclamada tenha tomado ciência da data designada para a audiência de mediação, porque não foi juntado documento comprovando que tenha sido confirmada a leitura do e-mail.

Assim, considerando que a cláusula quinquagésima quinta da CCT 2019/2019 prevê a realização de mediação visando sanar o descumprimento, como condição para aplicação e, não tendo sido comprovada a sua realização, não é cabível a multa pretendida.

Assim, **indefiro** o pedido.

III.III - Responsabilidade Subsidiária do Estado do Espírito Santo

Clara é a responsabilidade subsidiária do segundo Reclamado pelas parcelas deferidas na presente sentença, eis que incontroverso é o fato de que foi ele tomador dos serviços da primeira Reclamada, ou seja, beneficiou-se o segundo Réu, ainda que indiretamente, dos serviços prestados pelos substituídos por meio de terceirização (lícita) de mão-de-obra.

Assentada a noção de que a terceirização é evento extraordinário na dinâmica trabalhista, onde a regra geral é a contratação direta de empregados pela empresa que pretende obter energia de trabalho, deve referido instituto ser usado em estritos limites, a fim de se guardar a sistemática protetiva do trabalhador.

Ocorrendo lesão ao empregado da empresa prestadora de serviços, simultaneamente há a caracterização do abuso do direito, caracterizando-se a culpa *in eligendo* ou *in vigilando* do tomador, funcionando este como agente mediato do dano causado imediatamente pela empresa de terceirização.

Desse modo a responsabilização do Segundo Réu se dá não só pela ausência de fiscalização eficaz no curso da execução do contrato, configurando culpa *in vigilando*.]

Neste ponto, insta frisar que é de pleno conhecimento do segundo Reclamado a existência de norma coletiva estabelecendo o direito ao adicional de insalubridade aos substituídos. Logo, temerária é a atitude do Estado quando opta por contratar empresa sujeita a tais normas coletivas sem a devida previsão dos custos reais do contrato, não englobando na licitação o custo relativo ao adicional de insalubridade.

Por fim, a exclusão da responsabilidade dos entes da Administração Pública direta e indireta pelos encargos trabalhistas, na hipótese de inadimplência da efetiva empregadora, importaria em colocar os seus interesses acima daqueles dos trabalhadores que lhes tenham prestado serviços.

Ou seja, haveria atribuição de privilégio do capital em detrimento do trabalho humano, o que violaria frontalmente os preceitos constitucionais que asseguram a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), a valorização social do trabalho humano (art. 1º, inciso IV e 170, caput) e o fim social da lei (art. 5º da LICC).

Dessa forma, pelo dano deve o tomador dos serviços responder sempre que a empresa de terceirização não arcar com suas obrigações, sendo chamado após esgotada a possibilidade de se cobrar a dívida diretamente do devedor principal, surgindo, em consequência, a responsabilidade **SUBSIDIÁRIA** do tomador.

Quanto à decisão proferida na ação 0039221-60.2016.8.08.0024, que tramitou na Justiça Comum Estadual, entendo que seus efeitos não se estendem a presente ação, considerando que a condenação destes autos é dirigida à 1ª Reclamada, como devedora principal, e ao Estado do Espírito Santo, apenas como devedor subsidiário. Eventual discussão acerca dos termos de edita de licitação e contrato firmado deve se limitar às empresas, não atingindo os trabalhadores.

Nestes termos, **condena-se** o segundo Reclamado a arcar com as parcelas ora deferidas, na qualidade de devedor subsidiário.

III.IV - Justiça Gratuita

O benefício da Justiça Gratuita na Justiça do Trabalho está previsto no artigo 790 e, conforme § 4º da CLT, será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para pagamento das custas do processo.

Nesse sentido é o posicionamento da jurisprudência do c. TST, *in verbis*:

"AGRAVO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. SINDICATO NA QUALIDADE DE SUBSTITUTO PROCESSUAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. Esta Corte possui entendimento pacificado no sentido de que a concessão do benefício da gratuidade da Justiça a pessoa jurídica, inclusive em se tratando de entidade sindical ou sem fins lucrativos, somente é devida quando provada, de forma inequívoca, a insuficiência de recursos. Na situação dos autos, o Tribunal Regional registrou que o Sindicato Autor não demonstrou nos autos a condição de miserabilidade. Nesse contexto, não afastados os fundamentos da decisão agravada, nenhum reparo merece a decisão. Ademais, constatado o caráter manifestamente inadmissível do agravo, impõe-se a aplicação da multa prevista no artigo 1.021, §4º, do CPC/2015, no percentual de 1% sobre o valor dado à causa (R\$ 29.000,00), o que perfaz o montante de R\$ 290,00 (duzentos e noventa reais), a ser revertido em favor da Agravada, devidamente atualizado, nos termos do referido dispositivo de lei. Agravo não provido, com aplicação de multa." (Ag-RR - 655-77.2014.5.09.0010 Data de Julgamento: 24/10/2018, Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/10/2018)"

Dessa forma, o fato de o Sindicato atuar como substituto processual ou de alegar que não possui condições financeiras, não implica a automática concessão dos benefícios da justiça gratuita, sendo imprescindível a demonstração inequívoca de que não poderia responder pelo pagamento das despesas do processo, o que não foi comprovado nos autos.

Assim, **indefiro** o pedido.

III.V - Honorários Advocatícios

Deferem-se os honorários advocatícios em favor do Sindicato Autor, no percentual de 15% sobre o valor da condenação, ante a sucumbência dos Reclamados.

III.VI - Descontos Fiscais e Previdenciários

Em respeito ao artigo 832, § 3º da CLT (com redação da Lei 10.035 de 25/10/2000), declaro que as parcelas de natureza indenizatória da presente, para efeitos previdenciários, são as supra deferidas que constam do artigo 28, § 9º da Lei 8.212/91, quais sejam:

- Reflexos em FGTS e multa de 40%;

As demais parcelas têm natureza remuneratória, razão pela qual sobre elas deve haver incidência da contribuição social.

No tocante aos descontos fiscais, bem como em relação à forma de cálculo das contribuições previdenciárias, observe-se a Súmula 368 do TST.

III.VII - Compensação e Dedução

A compensação somente é devida quando existem dívidas trabalhistas pagas e compensáveis o que não foi apontado pela reclamada, pelo que, **indefere-se**.

Não há falar em dedução, considerando que a verba deferida não foi paga. **Indefiro** o pedido.

III.VIII - Liquidação de Sentença

Esta sentença genérica se sujeita ao sistema jurídico aplicável às ações coletivas *latu sensu*, razão pela qual não está sujeita a liquidação e execução nestes autos, conforme dispõem os artigos 95 e 98, § 2º, da Lei 8078/90, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho, nos termos do art. 789, da CLT, não ficando, assim, vinculado o Juízo que prolatou a sentença em sede de ação coletiva.

DISPOSITIVO

Por todo o exposto, julgo **PARCIALMENTE PROCEDENTES** os pedidos formulados por SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO - SINDILIMPE/ES para condenar TÉCNICA TECNOLOGIA E SERVIÇOS EIRELI - EPP e ESTADO DO ESPÍRITO SANTO,este subsidiariamente, a pagar aos substituídos, as seguintes verbas, conforme fundamentação supra:

- adicional de insalubridade aos substituídos, a partir de maio de 2019, no percentual de 20% (vinte por cento) sobre a base de cálculo de R\$1.060,00, proporcional a jornada laborada, com reflexos em com reflexos em gratificação natalina, férias acrescidas de 1/3, adicional noturno e FGTS, aviso prévio e adicional de 40% sobre o FGTS para os substituídos despedidos sem justa causa no curso do contrato de trabalho.

Deferem-se os honorários advocatícios em favor do Sindicato Autor, no percentual de 15% sobre o valor da condenação, ante a sucumbência dos Reclamados.

Esta sentença genérica se sujeita ao sistema jurídico aplicável às ações coletivas *latu sensu*, razão pela qual não está sujeita a liquidação e execução nestes autos, conforme dispõem os artigos 95 e 98, § 2º, da Lei 8078/90, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho, nos termos do art. 789, CLT, não ficando assim, vinculado o juízo que prolatou a sentença em sede de ação coletiva.

Juros de mora 1% ao mês, a partir do ajuizamento da ação, e correção monetária na forma da lei, sendo esta calculada na forma da Resolução 8/2005 do CSJT. Não se aplica o disposto no artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, considerando trata-se de condenação subsidiária do 2º Reclamado.

Notocante aos descontos fiscais, bem como em relação à forma de cálculo das contribuições previdenciárias, observe-se Súmula 368 do TST.

Custas de R\$ 900,00, pela 1ª Reclamada, calculadas sobre R\$ 45.000,00, valor arbitrado à condenação.

Partes cientes na forma da Súmula 197, do C. TST.

Helen Mable Carreço Almeida Ramos

Juíza do Trabalho

VITORIA, 30 de Outubro de 2019

HELEN MABLE CARRECO ALMEIDA RAMOS
Juiz(íza) do Trabalho Substituto(a)

PJe



Assinado eletronicamente por: **[HELEN MABLE CARRECO ALMEIDA RAMOS]**
- fe91423
<https://pje.trt17.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>



PROCESSO Nº TST-RRAg-958-02.2019.5.17.0008

Agravante e Recorrente: **ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**
Procurador: Dr. Edmundo Oswaldo Sandoval Espíndula
Agravado e Recorrido: **SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**
Advogado: Dr. Gerlis Prata Surlo
Advogado: Dr. Odilio Goncalves Dias Neto
Advogado: Dr. Poliana Firme de Oliveira

GMALR/LVS

DESPACHO

A matéria debatida nos presentes autos tem aderência com objeto de repercussão geral admitida pelo Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária do dia 11/12/2020, nos autos do RE nº 1.298.647 (*"Ônus da prova acerca de eventual conduta culposa na fiscalização das obrigações trabalhistas de prestadora de serviços, para fins de responsabilização subsidiária da Administração Pública, em virtude da tese firmada no RE 760.931 (Tema 246)"* - **Tema nº 1118** da Tabela de Repercussão Geral daquela Corte).

Em sessão realizada no dia 10 de junho de 2021, a Egrégia Subseção 1 de Dissídios Individuais do TST decidiu suspender, em secretaria, os processos que tratam do Tema nº 1118. Na sessão do dia 15 de junho passado, a Colenda Quarta Turma deste Tribunal também decidiu seguir a mesma orientação e suspender, em secretaria, os processos que tratem desse tema.

Assim sendo, **determino** a suspensão do presente processo e o sobrestamento do exame do respectivo recurso, com o encaminhamento dos autos à Secretaria até sobrevir decisão da Suprema Corte no julgamento do Tema nº 1118 da Tabela de Repercussão Geral.

Publique-se.

Brasília, 21 de fevereiro de 2022.

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

ALEXANDRE LUIZ RAMOS
Ministro Relator



PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA DO TRABALHO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO

2ª VARA DO TRABALHO DE VITÓRIA

ACum 0000966-94.2019.5.17.0002

RECLAMANTE: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL
ES

RECLAMADO: GLOBO PRESTACAO DE SERVICOS DE LIMPEZA LTDA E
OUTROS (2)

SENTENÇA

Vistos etc.

SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPIRITO SANTO – SINDILIMPE/ES propôs **ação de cumprimento** em face de GLOBO PRESTACAO DE SERVICOS DE LIMPEZA LTDA e ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, pleiteando a condenação dos reclamados ao cumprimento das obrigações declinadas na peça de ingresso.

Foi proferida r. sentença da lavra da eminente juíza Marcia Frainer Miura em 11-09-2019, que julgou extinto o processo sem resolução do mérito por inépcia da inicial, nos moldes do artigo 840, §3º, da CLT (ID. f5aa8fd).

Interposto recurso ordinário pelo sindicato/autor, foi proferido r. acórdão em 23-09-2020 pela 2ª MMª Turma do E. TRT 17, que, *por unanimidade, conheceu do recurso ordinário e, no mérito, deu-lhe provimento para afastar a extinção do processo sem resolução do mérito e determinar a baixa dos autos para regular prosseguimento* (ID. 4d8afa5).

A 1ª demandada interpôs recurso de revista em 08-10-2020 (ID. 3ae2dca), cujo seguimento foi denegado pelas seguintes motivações: *“Insurge-se a Recorrente contra o acórdão de Id 4d8afa5, que deu provimento ao apelo do Sindicato-Autor para afastar a extinção do processo sem resolução do mérito e determinou a baixa dos autos para regular prosseguimento. Suscita o restabelecimento da sentença de primeiro grau que extingui o processo sem resolução do mérito por violação literal ao previsto no § 1º do art. 840 da CLT. Todavia, inviável o apelo, nos termos do artigo 893, § 1.º, da CLT, porquanto a decisão regional, in casu, caracteriza-se como meramente interlocutória, não ensejando, por ora, a interposição de recurso de revista, uma vez que não se enquadra nas exceções previstas na Súmula n.º 214, do E. TST.”*

Após a apresentação do agravo de instrumento e respectiva contraminuta, o Exmo. Sr. Ministro-Relator HUGO CARLOS SCHEUERMANN, da 1ª MMª Turma do C. Tribunal Superior do Trabalho,denegou seguimento ao recurso de revista, aos fundamentos de que *“não é possível concluir que o recurso de revista cumpre o requisito da transcendência da causa. Nessa medida, afigura-se inviável assegurar o trânsito do apelo principal, impondo-se, assim, a negativa de seguimento ao agravo de instrumento.”*

Os autos retornaram a esta Vara Trabalhista em 16-02-2022.

Devidamente citados, os reclamados apresentaram contestação, refutando as pretensões autorais. Peça de aditamento da defesa do 2ª réu apresentada em 27-06-2022 (ID. 4e83823).

Alçada fixada no valor da inicial.

Produzida apenas a prova documental.

Dada vista ao sindicato/demandante para se manifestar sobre defesas e documentos, apresentou a petição de ID. 2d7be4c.

Razões finais orais remissivas.

Frustradas as tentativas conciliatórias, formuladas nos momentos próprios.

FUNDAMENTAÇÃO:

DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO - DIREITO INTERTEMPORAL
- AÇÃO AJUIZADA APÓS O INÍCIO DA VIGÊNCIA DA REFORMA TRABALHISTA:

O ajuizamento da presente ação se deu já sob a vigência da Lei 13.467/2017 (11.11.2017), conhecida como Reforma Trabalhista. Dessa forma, as normas de direito processual alteradas pela referida Lei, inclusive as normas de direito processual com cunho material, observarão as disposições contidas na nova legislação.

PRELIMINARES:

ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*:

De acordo com a iterativa, notória e atual jurisprudência do TST, a substituição processual prevista no art. 8º, III, da CF é ampla, possuindo os sindicatos legitimidade para atuarem, na condição de substitutos processuais, na defesa de direitos individuais homogêneos da categoria que representam. Além disso, o direito vindicado na presente ação (intervalo do art. 384 da CLT) se enquadra como individual homogêneo e, por isso, há lesão a uma coletividade decorrente de origem comum,

configurando a legitimação do Sindicato para postular a ação na qualidade de substituto processual (art. 81, parágrafo único, III, do CDC).

Com efeito, o sindicato exerce a legitimidade extraordinária para atuar como substituto processual na defesa em juízo dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria que representa, defendendo direito de outrem, em nome próprio. Nesse sentido, citem-se os seguintes julgados do TST:

[...] LEGITIMIDADE ATIVA DO SINDICATO DA CATEGORIA PROFISSIONAL. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DIREITOS INDIVIDUAIS. O reconhecimento da legitimidade ativa do sindicato da categoria profissional para pleitear direitos individuais homogêneos guarda sintonia com a jurisprudência desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal. O artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal assegura aos sindicatos a possibilidade de substituição processual ampla e irrestrita para agir no interesse de toda a categoria. Recurso de revista de que não se conhece. [...] (RR - 242-17.2012.5.09.0016, Data de Julgamento: 13/05/2015, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/05 /2015).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. 1. LEGITIMIDADE ATIVA DO SINDICATO PROFISSIONAL. SUBSTITUTO PROCESSUAL. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. PRECEDENTES. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 8º, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NÃO CONFIGURADA. Os direitos vindicados na presente ação - horas in itinere e adicional de insalubridade - são de origem comum e, embora envolvam situações particulares, são passíveis de quantificação econômica futura, caracterizando-se assim como individuais homogêneos, porquanto decorrem de uma conduta genérica, massiva e uniforme adotada pela reclamada, geradora de lesão a uma coletividade de trabalhadores, ora representados pelo sindicato de classe. Nessas condições, não há dúvida de que a hipótese dos autos está relacionada a direitos individuais de caráter homogêneo, ainda que sujeitos a apuração individualizada, resultando inequívoca a legitimidade do sindicato para atuar como substituto processual, na defesa, em nome próprio, de interesse de todos os trabalhadores substituídos, sem necessidade de apresentação de rol prévio. Precedentes. Afasta-se, por conseguinte, a alegação de afronta ao artigo 8º, III, da Constituição Federal. [...] (AIRR - 549-39.2013.5.14.0131 , Relatora Desembargadora Convocada: Jane Granzoto Torres da Silva, Data de Julgamento: 10/06/2015, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/06/2015) [grifo nosso]

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. 1. SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE ATIVA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 8º, III, DA LEI MAIOR, 6º, DO CPC E 81, DA LEI 8.078/90. O sindicato defende, na qualidade de substituto processual, o interesse de membros da categoria, empregados da agravante, relativamente ao pagamento de horas extras, adicional de insalubridade, diferenças de valor de diárias, remuneração por desempenho individual e horas in itinere. A pretensão formulada decorre de direito individual, de origem comum e, embora envolva situações particulares, passíveis de quantificação econômica futura, decorre de uma conduta genérica, massiva e uniforme adotada pela reclamada, geradora de lesão a uma coletividade de trabalhadores, representados pelo sindicato de classe, o que evidencia a homogeneidade do direito perseguido, motivo pelo qual é legítima a atuação da entidade sindical na qualidade de substituta processual. Precedentes. Estando o v. acórdão regional em consonância com iterativa, notória e atual jurisprudência desta C. Corte, inviável o trânsito do recurso de revista, à luz do contido no artigo 896, § 7º, da CLT e da Súmula 333, do C. TST. Incólumes os artigos 8º, III, da Carta Magna, 6º, do CPC e 81, da Lei 8078/90. [...] (AIRR - 1359-47.2010.5.03.0059, Relatora Desembargadora Convocada: Jane Granzoto Torres da Silva, Data de Julgamento: 06/05/2015, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/05/2015) [grifo nosso]

Rejeito.

ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM:

Não há que se falar em ilegitimidade passiva *ad causam* do 2º reclamado, eis que este é a pessoa indicada pelo sindicato/demandante como um dos devedores da relação jurídica material, o que é matéria de mérito e com ele será decidida.

É preciso não confundir relação jurídica material com relação jurídica processual, nesta, a simples indicação, pelo pretense credor, de que o réu é o devedor do direito material discutido, é o bastante para legitimá-lo a responder a ação.

Rejeito, pois, a preliminar.

NO MÉRITO:

DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONVENCIONAL – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE:

A produção de prova pericial para averiguação da insalubridade é dispensável, tendo em vista o exposto reconhecimento inserto na cláusula décima da convenção coletiva de trabalho no sentido de que o referido adicional é devido no percentual de 20% (por cento) para os trabalhadores que exercem a função de auxiliar de serviços gerais, cuja hipótese é a dos substituídos, *verbis*:

“CLÁUSULA DÉCIMA - PAGAMENTO DA INSALUBRIDADE:

Fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção Coletiva de Trabalho pagarão adicional de insalubridade, em grau máximo, ou seja, no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre a base de cálculo de R\$ 1.060,00 (Um Mil e Sessenta Reais), proporcional à jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais banheirista que realizam a limpeza de banheiros públicos de uso coletivo ou de grande circulação igual ou superior a 40 (quarenta) pessoas. O pagamento do adicional aqui previsto será pago enquanto perdurar a eficácia da súmula 448 do TST.

Parágrafo 1º - A todos os trabalhadores que exercem as funções de Auxiliar de Serviços Gerais de limpeza predial e Merendeira, fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção pagarão adicional de insalubridade de

20% (vinte por cento) sobre a base de cálculo de R\$ 1.060,00 (Um Mil e Sessenta Reais), proporcional a jornada laborada, exceto os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial já enquadrados no caput desta cláusula.

Parágrafo 2º - Entende-se por limpeza predial, a limpeza realizada em escolas, comércios, shopping Center, aeroportos, portos, rodoviárias, bancos e imóveis em geral, públicos e privados, tanto na área geral como na área industrial."

Sendo assim, **condeno** a 1ª reclamada a pagar aos substituídos que prestam ou prestaram serviços ao Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo desde o mês de maio de 2019, conforme postulado, o adicional de insalubridade em grau médio (20%), parcelas vencidas e vincendas, a ser apurado conforme determinado nas CCTs anexadas aos autos, inclusive no tocante à base de cálculo.

Em razão da habitualidade e da natureza salarial, são devidos os reflexos e as diferenças de férias + 1/3, 13º salário, horas extraordinárias pagas, aviso prévio e FGTS + 40%. Não são devidos reflexos e diferenças de DSR por serem os substituídos mensalistas, sob pena de caracterizar "bis in idem".

MULTA CONVENCIONAL:

O sindicato/autor não comprovou o implemento das condições suspensivas estabelecidas na cláusula 55ª da convenção coletiva de trabalho, desservindo, para tal mister, a ata de reunião realizada em 05-08-2019 (ID. a1990eb); logo, resta **inaplicável** a multa convencional postulada na alínea "e" da exordial.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO 2º (SEGUNDO)
DEMANDADO - ENTE PÚBLICO:

Resta incontroverso que o 2º (segundo) reclamado era o verdadeiro tomador dos serviços prestados pelos substituídos, eis que esteve vinculada à 1ª demandada – empregadora – , num contexto de um contrato de prestação de serviços, conforme ID. ce851c7.

E a Suprema Corte, ao julgar a ADC 16/DF e proclamar a constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93, não afastou a possibilidade de imputação da responsabilidade subsidiária aos entes da Administração Pública, por dívidas trabalhistas mantidas por empresas de terceirização por eles contratadas, desde que configurada conduta culposa, por omissão ou negligência, no acompanhamento da execução dos contratos de terceirização celebrados, nos moldes da Súmula 331, V, do TST.

Ainda, no julgamento do RE 760931, o Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral, consolidou a tese jurídica no sentido de que *"o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93"*.

A partir da análise dos fundamentos lançados no debate travado no âmbito do Supremo Tribunal Federal para se concluir acerca da responsabilização do Ente da Administração Pública, em caráter excepcional, deve estar robustamente comprovada sua conduta culposa, não se cogitando de responsabilidade objetiva ou de transferência automática da responsabilidade pela quitação dos haveres em razão do simples inadimplemento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços.

A SBDI-1 do Colendo TST, após análise dos debates e dos votos proferidos no julgamento do RE 760931, concluiu que o Ente Público, ao afirmar a correta fiscalização da execução do contrato de terceirização, acena com fato impeditivo do direito do empregado, atraindo para si o ônus probatório, nos termos dos artigos 333, II, do CPC/73, 373, II, do CPC/2015 e 818 da CLT, acrescentando que atribuir ao empregado o ônus de provar a fiscalização deficiente por parte do Poder

Público significa conferir-lhe o encargo de produzir provas de difícil obtenção (E-RR-925-07.2016.5.05.0281, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Julgado em: 12/12/2019).

Sendo assim, cabia ao ente público provar que fiscalizou a execução do contrato de prestação de serviços, o que não ocorreu no caso dos autos. Com efeito, o 2º reclamado limitou-se a apresentar o contrato de prestação de serviços firmado com a 1ª reclamada. Não há cópias de contracheques, e nem mesmo dos recolhimentos fundiários e previdenciários. Não há relatórios de acompanhamento da contrato, comunicação com a empresa contratando cobrando o cumprimento dos recolhimentos mencionados, nem nada parecido.

Portanto, demonstrada a conduta culposa do 2º reclamado no acompanhamento da execução do contrato de terceirização celebrados, **deverá ele responder subsidiariamente pelos créditos**, nos moldes da Súmula 331, V, do TST.

De outra parte, registro que a responsabilidade patrimonial do devedor subsidiário na execução precede a dos sócios do devedor principal. Isso porque a desconsideração da personalidade jurídica do devedor principal se faz em caráter excepcional, sendo possível após frustradas as medidas executórias contra os devedores expressos no título executivo. Nesse sentido, dispõe a Súmula n.º 04, do Egrégio TRT da 17.ª Região, *verbis*:

"EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ORDEM DOS ATOS EXECUTÓRIOS. A responsabilidade patrimonial do devedor subsidiário na execução precede a dos sócios do devedor principal, salvo manifestação do credor em sentido contrário. A desconsideração da personalidade jurídica do devedor principal se faz em caráter excepcional, sendo possível após frustradas as medidas executórias contra os devedores expressos no título executivo."

TUTELA ANTECIPADA - BLOQUEIO DE VALORES:

As tutelas provisórias de urgência, cautelar, antecipada e de evidência são corolários da garantia fundamental à adequada prestação jurisdicional disposta no artigo 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da Constituição da República.

São cabíveis quando presentes elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano, ou o risco ao resultado útil do processo (artigos 300 a 309 do CPC), sendo indiscutível a sua aplicação ao Direito Processual do Trabalho, autorizada pelo artigo 769, da CLT, e pelo artigo 3º, inciso VI, da Instrução Normativa nº 39/2015, do TST.

No caso, o deferimento de retenção dos créditos existentes em favor da 1ª demandada junto ao 2º demandado, ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, afronta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 485, de cuja tese fixada no julgamento consta: *“Verbas estaduais não podem ser objeto de bloqueio, penhora e/ou sequestro para pagamento de valores devidos em ações trabalhistas, ainda que as empresas reclamadas detenham créditos a receber da administração pública estadual, em virtude do disposto no art. 167, VI e X, da CF, e do princípio da separação de poderes (art. 2º da CF)”*.

A interpretação que permite o bloqueio, a penhora e/ou o sequestro de verbas estaduais, ao fundamento de que os valores em questão constituem créditos devidos pelo estado a empresas que sejam demandadas em ações trabalhistas, não há de prevalecer. Isso porque os atos de constrição praticados pela Justiça do Trabalho sobre verbas públicas, sob alegação de que as empresas reclamadas deteriam créditos a receber da Administração Estadual, configuram violação dos princípios do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural, do sistema de precatórios e da segurança orçamentária.

Por tais motivações, **indefiro** o requerimento.

JUSTIÇA GRATUITA:

Os §§ 3º e 4º do art.790 da CLT assim dispõem:

"Art. 790. [...]

§ 3o É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

§ 4o O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo."

E a recente Súmula nº 60, deste E. Regional, aduz:

"SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. Ao sindicato, quando atua como substituto processual em defesa de interesses e direitos coletivos lato sensu, aplicam-se as normas relativas às ações coletivas, concedendo-se a gratuidade de justiça nos termos dos artigos 87 da Lei 8.078/90 e 18 da Lei 7.347/85. A condenação ao pagamento de honorários e demais despesas processuais condiciona-se a comprovação da má-fé da entidade sindical". "

Sendo assim, **defiro** a justiça gratuita, com fulcro nos artigos 87 da Lei 8.078/90 e 18 da Lei 7.347/85.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS / SUCUMBÊNCIA – PROCESSO AJUIZADO APÓS O DIA 11/11/2017, INÍCIO DA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017 (REFORMA TRABALHISTA):

Em profunda alteração à legislação outrora vigente, o art.791-A da CLT, acrescentado pela Lei da Reforma Trabalhista, estabeleceu os critérios para

fixação dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, em percentuais fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento), sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido, ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa. Portanto, tal matéria passou a ser inteiramente regulada pela CLT, inviabilizando a aplicação supletiva/subsidiária do CPC.

Vale observar que não incidirá a verba honorária em relação aos pedidos extintos sem apreciação do mérito. Isto porque, em relação a eles, obviamente não houve sucumbência de nenhuma das partes, o que inviabiliza a aplicação da regra prevista no artigo 791-A da CLT.

Em 20 de outubro de 2021, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 5766, proposta pelo Procurador Geral da República, o Plenário do STF assim decidiu, conforme certidão de julgamento:

“Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta, para declarar inconstitucionais os arts. 790-B, caput e § 4º, e 791-A, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), vencidos, em parte, os Ministros Roberto Barroso (Relator), Luiz Fux (Presidente), Nunes Marques e Gilmar Mendes. Por maioria, julgou improcedente a ação no tocante ao art. 844, § 2º, da CLT, declarando-o constitucional, vencidos os Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber. Redigirá o acórdão o Ministro Alexandre de Moraes”. Plenário, 20.10.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Tendo em vista que os pedidos obreiros foram parcialmente acolhidos, considerados os critérios fixados no § 2º, art. 791-A da CLT, **condeno** os reclamados ao pagamento dos honorários advocatícios da parte contrária no percentual de 15 % (quinze por cento), calculados sobre o valor que resultar da liquidação da sentença.

É válido esclarecer que um pleito acolhido em valor inferior ao pretendido na petição inicial não atrai a aplicação da sucumbência recíproca, conforme, aliás, já definiu a Súmula n. 326 do STJ: “Na ação de indenização por dano

moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca”.

Quanto aos pedidos obreiros que foram rejeitados, observado o r. julgamento do STF, e considerando o fato de que a parte autora é beneficiária da justiça gratuita, conforme capítulo próprio, ela não será condenada no pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais recíprocos.

RECOLHIMENTOS FISCAIS E PREVIDENCIÁRIOS:

As deduções fiscais e previdenciárias obedecerão ao disposto na Súmula 368 do Colendo TST. Logo, não caberá aos réus arcar com tais tributos, ainda que sob a forma de indenização, o que importa na rejeição ao pedido da alínea “d” da peça vestibular.

No que concerne ao imposto de renda retido na fonte, deverá ser observada, por ocasião do pagamento do valor da condenação, a aplicação da tabela progressiva de que trata o art. 12-A da Lei 7.713/1988, incluído pela Lei 12.350/2010, com a seguinte redação: *“Os rendimentos do trabalho e os provenientes de aposentadoria, pensão, transferência para a reserva remunerada ou reforma, pagos pela Previdência Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando correspondentes a anos-calendários anteriores ao do recebimento, serão tributados exclusivamente na fonte, no mês do recebimento ou crédito, em separado dos demais rendimentos recebidos no mês.”* Assim, o cálculo do IRRF deverá ser feito observando-se o período abrangido pela condenação, bem assim o que dispõe a Instrução Normativa RFB nº 1.127, de 07-02-2011.

Quanto às contribuições previdenciárias, a competência da Justiça do Trabalho para a sua execução, nos termos da Súmula nº 368, do TST, não se estende às sentenças declaratórias de reconhecimento de vínculo de emprego, limitando-se às sentenças condenatórias em pecúnia que proferir e aos valores objeto de acordo homologado. Nesse sentido é o posicionamento do próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 569.056/PA.

Por fim, em observância à Recomendação TRT 17ª / SECOR nº 3 /2017, a reclamada **deverá** prestar as informações a que se refere o artigo 32, inciso IV, da Lei nº 8.212/1991, por meio da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP).

JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA:

Ressalvado o posicionamento pessoal do juízo, fato é que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADCs 58 e 59 e ADIs 5867 e 6021, fixou a tese jurídica de que a correção monetária dos débitos trabalhistas pelo índice Taxa Referencial é inconstitucional e definiu critérios de atualização dos débitos trabalhistas, com eficácia contra todos e efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciária e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (artigo 103, § 2º, CF), conforme a ementa:

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 879, § 7º, e ao art. 899, § 4º, da CLT, na redação dada pela Lei 13.467 de 2017, no sentido de considerar que à atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial e à correção dos depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho deverão ser aplicados, até que sobrevenha solução legislativa, os mesmos índices de correção monetária e de juros que vigentes para as condenações cíveis em geral, quais sejam a incidência do IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir da citação, a incidência da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil), nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Por fim, por maioria, modulou os efeitos da decisão, ao entendimento de que (i) são reputados válidos e não ensejarão qualquer rediscussão (na ação em curso ou em nova demanda, incluindo ação rescisória) todos os pagamentos realizados utilizando a TR (IPCA-E ou qualquer outro índice), no tempo e modo oportunos (de forma extrajudicial ou judicial, inclusive depósitos judiciais) e os juros de mora de 1% ao mês, assim como devem ser mantidas e executadas as sentenças transitadas em julgado que expressamente adotaram, na sua fundamentação ou no dispositivo, a TR (ou o IPCA-E) e os juros de mora de 1% ao mês; (ii) os processos em curso que estejam sobrestados na fase de conhecimento (independentemente de estarem com ou sem sentença, inclusive na fase recursal) devem ter aplicação, de forma retroativa, da taxa Selic (juros e correção monetária),

sob pena de alegação futura de inexigibilidade de título judicial fundado em interpretação contrária ao posicionamento do STF (art. 525, §§ 12 e 14, ou art. 535, §§ 5º e 7º, do CPC) e (iii) igualmente, ao acórdão formalizado pelo Supremo sobre a questão dever-se-á aplicar eficácia erga omnes e efeito vinculante, no sentido de atingir aqueles feitos já transitados em julgado desde que sem qualquer manifestação expressa quanto aos índices de correção monetária e taxa de juros (omissão expressa ou simples consideração de seguir os critérios legais), vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio, que não modulavam os efeitos da decisão. Impedido o Ministro Luiz Fux (Presidente). Presidiu o julgamento a Ministra Rosa Weber (Vice-Presidente). Plenário, 18.12.2020 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Portanto, até que sobrevenha solução legislativa, e estando o processo em fase de conhecimento, só resta determinar que a correção monetária dos créditos trabalhistas reconhecidos nesta lide seja realizada de acordo com o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) na fase extra pré-judicial, a partir da ocorrência do fato gerador da correspondente obrigação pecuniária; e, a partir da citação, seja aplicada a taxa do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), que já comporta juros de mora, como deixou claro o STF, na decisão acima.

A propósito, já há decisão do STF (Relator Ministro Alexandre de Moraes, RCL 46023/ MG), no sentido de que *“...a determinação conjunta de pagamento de juros de mora, equivalentes aos índices da poupança, e de atualização monetária pela taxa SELIC, como consta do ato ora reclamado - implica em violação ao quanto decidido na ADC 58, ADC 59, ADI 6021 e ADI 5867.”* (Rel. Min. GILMAR MENDES)”.

PARÂMETROS PARA A LIQUIDAÇÃO:

Tendo em vista a natureza da ação e o disposto nos artigos 95 a 100 do CDC, a liquidação poderá ser promovida, de forma concorrente: a) pelos substituídos, individualmente, assistidos ou não pelo sindicato obreiro, e b) pelo ente sindical, de modo coletivo, sem necessidade de se aguardar o prazo de um ano de que trata o artigo 100 do CDC. Nesse último caso, ressalvo o posicionamento pessoal, e aplico a jurisprudência sumulada pelo nosso Egrégio Regional:

SÚMULA Nº 22 DO TRT DA 17ª REGIÃO (redação alterada em razão do julgamento do IAC 0000294-97.2016.5.17.0000, publicado em 29 de maio de 2017):

"Legitimidade extraordinária do sindicato para liquidação e execução trabalhista. O artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor é incompatível com o processo de liquidação e execução de sentenças coletivas trabalhistas. O edital do art. 94 do CDC deve ser publicado pelo sindicato apenas para conhecimento dos beneficiários da sentença coletiva."

Mas é lógico: caso a execução seja promovida nesses autos, ela ficará limitada à listagem de substituídos já apresentada, que fixou os limites subjetivos da lide.

PREQUESTIONAMENTO:

Para que se evitem embargos de declaração de mero prequestionamento, **incabíveis** em sede de primeiro grau de jurisdição, declaro que a presente decisão não viola os dispositivos legais mencionados pelas partes.

DISPOSITIVO:

POSTO ISSO, rejeito as preliminares; e, no mérito, **acolho em parte** os pedidos da ação de cumprimento que o SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – SINDILIMPE/ES move em face de GLOBO PRESTACAO DE SERVICOS DE LIMPEZA LTDA e ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, para condenar os

reclamados, sendo o 2º (segundo), de forma subsidiária, e em 08 (oito) dias após o trânsito em julgado, a cumprirem as obrigações estampadas na fundamentação, que passa a integrar este dispositivo.

Liquidação na forma da fundamentação, incidindo juros, correção monetária e deduções, na forma da lei.

Custas de R\$800,00, pelas reclamadas, calculadas sobre o valor de R\$40.000,00, arbitrado à condenação.

Intimem-se as partes.

VITORIA/ES, 21 de setembro de 2022.

LUIS EDUARDO COUTO DE CASADO LIMA
Juiz do Trabalho Titular



Assinado eletronicamente por: LUIS EDUARDO COUTO DE CASADO LIMA - Juntado em: 21/09/2022 17:21:36 - 8db5743
<https://pje.trt17.jus.br/pjekz/validacao/22092114201096300000027848192?instancia=1>
Número do processo: 0000966-94.2019.5.17.0002
Número do documento: 22092114201096300000027848192



GDCCS 21

**ACÓRDÃO - TRT 17ª Região - 0000966-94.2019.5.17.0002 (ROT)
RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA (1009)**

RECORRENTE: ESTADO DO ESPIRITO SANTO

RECORRIDO: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES, GLOBO PRESTACAO DE SERVICOS DE LIMPEZA LTDA

RELATORA: DESEMBARGADORA CLAUDIA CARDOSO DE SOUZA

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO DO 2º RECLAMADO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO. 1. O tomador dos serviços é responsável pelo descumprimento das obrigações trabalhistas assumidas pela 1.ª ré e não cumpridas, na medida em que exerce sobre ela, em virtude do contrato pactuado, poder diretivo dos serviços prestados, o que inclui, naturalmente, o poder de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas. 2. Não é socialmente justo e, tampouco, jurídico que o tomador dos serviços, escorando-se em contrato de natureza civil, consiga esquivar-se de sua responsabilidade *in vigilando*, que se aplicável no âmbito do direito civil, com muito mais razão, aplica-se no direito do trabalho. 3. No entanto, não há falar em falha no dever de fiscalização contratual, nem em responsabilidade subsidiária do poder público, quando a atuação do Estado se assenta em decisão judicial que afasta a imposição à administração pública do dever de recolher adicional de insalubridade instituído apenas em norma coletiva.

1. RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de **RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA (1009)**, sendo partes as acima citadas.

Trata-se de recurso ordinário interposto pelo 2º reclamado, em face da r. sentença (ID. 8db5743), prolatada pela MM. 2ª Vara Trabalho de Vitória/ES, da lavra do eminente juiz LUIS EDUARDO COUTO DE CASADO LIMA, a qual julgou parcialmente procedente a reclamação trabalhista.

Embargos de declaração opostos pelo Estado do Espírito Santo, ID. 013e903, conhecidos, mas improvidos, ID. ea20ccc.

Razões de recurso ordinário, ID. c3358b1, postulando a nulidade da sentença, ou sua reforma, quanto à responsabilidade subsidiária, ao adicional de insalubridade e à gratuidade da justiça.

Embora intimado, ID. e3e32c0, o autor não apresentou contrarrazões.

Manifestação do MPT, ID. 84b9542, entendendo não se tratar de hipótese legal de intervenção do *Parquet* Laboral, oficiando "*pelo prosseguimento do feito*".

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. CONHECIMENTO

Conheço o recurso do Estado do Espírito Santo, pois presentes os pressupostos legais de admissibilidade.

2.2. MÉRITO

2.2.1. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO (alterada a ordem de julgamento em razão da prejudicialidade)

Em sua petição inicial, o Sindicato relatou que *"A 1ª Reclamada é detentora de contratos de prestação de serviços de limpeza e conservação predial com o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo."*

Em seguida, disse que *"Apesar do disposto na Cláusula 10ª, § 1º, da CCT, a 1º Reclamada suspendeu de forma unilateral o pagamento do referido adicional de insalubridade no mês de maio de 2019."*

Nesse cenário, postulou a condenação da 1ª reclamada ao *"pagamento do adicional de insalubridade no percentual de 20% (vinte por cento) para todos os auxiliares de serviços gerais que laboram ou laboraram no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, desde o mês de maio de 2019, em parcelas vencidas e vincendas, com reflexos"* e *"ao pagamento da multa de R\$ 400,00 pela cláusula descumprida e por trabalhador prejudicado"*

Em contestação, o Estado do Espírito Santo alegou que o adicional de insalubridade pleiteado tem assento em Convenção Coletiva de Trabalho - CCT, celebrada entre o autor e a 1ª ré, e, *"Em nenhum momento o Tribunal de Justiça participou ou ratificou as mencionadas CCT's, afastando com isso qualquer tipo de legitimidade jurídica para que o Ente Público possa ser demandado a responder subsidiariamente pelo adimplemento de cláusula normativa a qual não se vincula"*, nesse sentido, seguiu, *"dispõem os arts. 8º e 34, § 2º, inciso III, da Portaria Estadual SEGER/PGE/SECONT Nº49-R/2010 de agosto de 24 de agosto de 2010"*.

Também alegou ser *"forçoso reconhecer que o artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93 veiculou no sistema uma autêntica excludente geral de responsabilidade (não só trabalhista, mas também fiscal e comercial) em benefício do Poder Público contratante. Portanto, com a edição do item IV da Súmula 331 (inclusive com a nova redação), o Tribunal Superior do Trabalho esvaziou, ilegitimamente, o conteúdo normativo desse dispositivo, incorrendo em violação ao Princípio da Legalidade (vinculação dos juízes à lei) e ao Princípio da Separação dos Poderes (usurpação da função legislativa)."*

Em tempo, aduziu que seguiu a decisão proferida nos autos do processo n. 0039221-60.2016.8.08.0024, a qual tramitou na Justiça Estadual, cuja *"Sentença indeferiu o pleito, revogando a Ordem, confirmada pelo Egrégio Tribunal de Justiça (docs. acostados). Merece registro o fato de que a r. Sentença consignou ser inconstitucional a instituição do adicional de insalubridade por norma coletiva, sem a necessária individualização dos riscos ambientais por meio de Laudos Técnicos"*.

O juízo "a quo" proferiu sentença reconhecendo a responsabilidade subsidiária do Estado do Espírito Santo, nestes termos, *in verbis*:

"RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO 2º (SEGUNDO) DEMANDADO - ENTE PÚBLICO:

Resta incontroverso que o 2º (segundo) reclamado era o verdadeiro tomador dos serviços prestados pelos substituídos, eis que esteve vinculada à 1ª demandada - empregadora - , num contexto de um contrato de prestação de serviços, conforme ID. Ce851c7.

E a Suprema Corte, ao julgar a ADC 16/DF e proclamar a constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93, não afastou a possibilidade de imputação da responsabilidade subsidiária aos entes da Administração Pública, por dívidas trabalhistas mantidas por empresas de terceirização por eles contratadas, desde que configurada conduta culposa, por omissão ou negligência, no acompanhamento da execução dos contratos de terceirização celebrados, nos moldes da Súmula 331, V, do TST.

Ainda, no julgamento do RE 760931, o Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral, consolidou a tese jurídica no sentido de que "o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93".

A partir da análise dos fundamentos lançados no debate travado no âmbito do Supremo Tribunal Federal para se concluir acerca da responsabilização do Ente da Administração Pública, em caráter excepcional, deve estar robustamente comprovada sua conduta culposa, não se cogitando de responsabilidade objetiva ou de

transferência automática da responsabilidade pela quitação dos haveres em razão do simples inadimplemento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços.

A SBDI-1 do Colendo TST, após análise dos debates e dos votos proferidos no julgamento do RE 760931, concluiu que o Ente Público, ao afirmar a correta fiscalização da execução do contrato de terceirização, acena com fato impeditivo do direito do empregado, atraindo para si o ônus probatório, nos termos dos artigos 333, II, do CPC/73, 373, II, do CPC/2015 e 818 da CLT, acrescentando que atribuir ao empregado o ônus de provar a fiscalização deficiente por parte do Poder Público significa conferir-lhe o encargo de produzir provas de difícil obtenção (E-RR-925-07.2016.5.05.0281, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Julgado em: 12/12/2019).

Sendo assim, cabia ao ente público provar que fiscalizou a execução do contrato de prestação de serviços, o que não ocorreu no caso dos autos. Com efeito, o 2º reclamado limitou-se a apresentar o contrato de prestação de serviços firmado com a 1ª reclamada. Não há cópias de contracheques, e nem mesmo dos recolhimentos fundiários e previdenciários. Não há relatórios de acompanhamento da contrato, comunicação com a empresa contratando cobrando o cumprimento dos recolhimentos mencionados, nem nada parecido.

Portanto, demonstrada a conduta culposa do 2º reclamado no acompanhamento da execução do contrato de terceirização celebrados, deverá ele responder subsidiariamente pelos créditos, nos moldes da Súmula 331, V, do TST.

De outra parte, registro que a responsabilidade patrimonial do devedor subsidiário na execução precede a dos sócios do devedor principal. Isso porque a desconsideração da personalidade jurídica do devedor principal se faz em caráter excepcional, sendo possível após frustradas as medidas executórias contra os devedores expressos no título executivo. Nesse sentido, dispõe a Súmula n.º 04, do Egrégio TRT da 17.ª Região, verbis:

"EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ORDEM DOS ATOS EXECUTÓRIOS. A responsabilidade patrimonial do devedor subsidiário na execução precede a dos sócios do devedor principal, salvo manifestação do credor em sentido contrário. A desconsideração da personalidade jurídica do devedor principal se faz em caráter excepcional, sendo possível após frustradas as medidas executórias contra os devedores expressos no título executivo."

Embargos de declaração opostos pelo Estado, conhecidos, mas improvidos.

Inconformado, o ente público interpõe recurso ordinário, postulando a reforma da sentença.

Alega, em síntese, que a sentença, "*data máxima vênia, viola literais disposições do artigo 71, caput e § 1º, da Lei 8.666/93. Isso porque, os aludidos preceitos, dispõem exatamente o contrário, ou seja, preconizam que a inadimplência do contratado, com referência aos "encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato", não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento"*

Igualmente, aduz que, "*ao atribuir à Administração o ônus de comprovar a não existência de culpa, isto é, a não ocorrência do fato constitutivo do pretense direito da parte autora, a r. Sentença recorrida não apenas violou os artigos anteriormente citados, como também adotou posicionamento contrário àquele adotado pelo STF no julgamento do RE 760.931. Ao fazê-lo, porém, violou o art. 927, III, do CPC, que preconiza que os juízes e os tribunais observarão 'os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos'."*

Ainda, sustenta que esta "*Egrégia 2ª Turma deste Tribunal Regional, nos autos do processo nº 0000960-84.2019.5.17.0003 (ROT), já reconheceu que o que fora decidido nos Autos da Ação nº 0039221-60.2016.8.08.0024 retira o nexo causal entre a conduta do Ente Público e o suposto dano causado aos substituídos, já que desobriga o Ente Público de inserir o adicional de insalubridade convencional nos editais e, por conseguinte, nos contratos terceirizados"*.

Por fim, pede "*o acolhimento do presente recurso ordinário e a reforma da r. Sentença a quo para excluir-se a responsabilidade atribuída ao ente público"*.

Analiso.

Em novembro de 2010, o STF, por meio da Ação Direta de Constitucionalidade n.º 16, declarou a constitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei das Licitações (Lei 8.666/1993), o qual veda a transferência da responsabilidade à Administração Pública nos casos de mera inadimplência dos encargos trabalhistas de empresas terceirizadas.

Posteriormente, o C. TST alterou a redação da Súmula n. 331 para enquadrá-la devidamente ao entendimento do STF, *in verbis*:

"SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011 I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos 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.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. VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral."

Destarte, a principal modificação foi o reconhecimento de que a Administração Pública, na condição de tomadora de serviços, não responderia pelo simples inadimplemento das obrigações assumidas pela empresa regularmente contratada, sendo indispensável a demonstração de que incorreu com culpa *in vigilando*, ou seja, descumpriu com seu dever de fiscalização.

Com a alteração da referida Súmula, para inclusão do item V, a matéria foi levada novamente ao STF que, reconhecendo a repercussão geral do tema, proferiu decisão no RE nº 760.931, em 30/03/2017, e firmou a seguinte tese jurídica contida no tema 246 de Repercussão Geral:

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

Ou seja, não é possível a condenação automática do ente público, pautada exclusivamente na mera inadimplência das verbas trabalhistas.

Em decisão de embargos declaratórios, o STF esclareceu que a matéria pertinente ao ônus da prova não foi por ele definida, ao fixar o alcance do Tema 246. Nesse contexto, permanece a possibilidade de se reconhecer a responsabilidade subsidiária do ente público, sempre de forma subjetiva, quando verificada a existência de culpa *in vigilando*.

Quanto ao ônus da prova, inegável que, como regra geral, é de responsabilidade de quem alega (art. 818, CLT). Todavia, conquanto negada a responsabilidade por inexistência de culpa, como ocorreu na hipótese em apreço, o ônus passa a ser do 2º réu.

Tal conclusão coaduna-se, ressaltado, com a **teoria da aptidão para a prova**, que se justifica para proteger o interesse da parte que teria especial dificuldade em demonstrar o seu direito, ante sua vulnerabilidade, ao contrário da Administração Pública, que tem melhores condições de produzir a prova de fiscalização.

Afinal, desnecessário afirmar que a Administração Pública detém os meios e mecanismos de controle apropriados para a escolha e vigilância das empresas com quem contrata, sendo, inclusive, sua responsabilidade funcional zelar pela correta disposição do erário público.

Aliás, o art. 67 da Lei 8.666/93 ordena que a execução do contrato deve ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração, especialmente designado, que deve demandar da prestadora de serviços contratada a comprovação do adequado recolhimento dos encargos sociais e previdenciários, avaliando, outrossim, a adequada situação dos empregados e do contrato.

Transcrevo, a propósito, referido dispositivo da Lei 8.666/93, *verbis*:

(...)

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.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

(...)

Vale ressaltar que a Colenda Corte Superior Trabalhista tem assim decidido, inferindo que *"compete ao ente público, quando pleiteada em juízo sua responsabilização pelos créditos trabalhistas inadimplidos pelo contratado, apresentar as provas necessárias à demonstração de que cumpriu a obrigação prevista em lei"*.

Adverte que, *"caso o ente público não se desvencilhe desse encargo processual, na forma dos artigos 818 da CLT e 333, II, do CPC, restará caracterizada a culpa in vigilando da Administração Pública, decorrente da omissão quanto ao dever legal de fiscalização da execução do contrato administrativo. Trata-se de hipótese em que o ônus probatório é transferido ao ente público em face do princípio da aptidão para a prova, cuja incidência, no Processo do Trabalho, resulta da maior vulnerabilidade processual e material do trabalhador"* (AIRR - 23000-17.2009.5.18.0251, Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, Data de Julgamento: 04/05/2011, 8ª Turma, Data de Publicação: 06/05/2011).

Recentemente, após o julgamento do RE nº 760.931 pelo STF, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do c. TST, no julgamento do E-RR-925-07.2016.5.05.0281, em 12/12/2019, fixou a tese de que é do Poder Público, tomador dos serviços, o ônus de demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato de prestação de serviços. Vejamos:

"RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LICITAÇÃO. DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE Nº 760.931. TEMA 246 DA REPERCUSSÃO GERAL. SÚMULA Nº 331, V, DO TST. RATIO DECIDENDI. ÔNUS DA PROVA. No julgamento do RE nº 760.931, o Supremo Tribunal Federal firmou a seguinte tese, com repercussão geral: **"O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93"**. O exame da ratio decidendi da mencionada decisão revela, ainda, que a ausência sistemática de fiscalização, quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora, autoriza a responsabilização do Poder Público. Após o julgamento dos embargos de declaração e tendo sido expressamente rejeitada a proposta de que fossem parcialmente acolhidos para se esclarecer que o ônus da prova desse fato pertencia ao empregado, pode-se concluir que cabe a esta Corte Superior a definição da matéria, diante de sua natureza eminentemente infraconstitucional. Nessa linha, a remansosa e antiga jurisprudência daquele Tribunal: AI 405738 AgR, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª T., julg. em 12/11/2002; ARE 701091 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª T., julg. em 11/09/2012; RE 783235 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª T., julg. em 24/06/2014; ARE 830441 AgR, Rel(a) Min. Rosa Weber, 1ª T., julg. em 02/12/2014; ARE 1224559 ED-AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julg. em 11/11/2019. Portanto, em sede de embargos de declaração, o Supremo Tribunal Federal deixou claro que **a matéria pertinente ao ônus da prova não foi por ele definida, ao fixar o alcance do Tema 246. Permitiu, por conseguinte que a responsabilidade subsidiária seja reconhecida, mas sempre de natureza subjetiva, ou seja, faz-se necessário verificar a existência de culpa in vigilando.** Por esse fundamento e com base no **dever ordinário de fiscalização** da execução do contrato e de obrigações outras impostas à Administração Pública por diversos dispositivos da Lei nº 8.666/1993, a exemplo, especialmente, dos artigos 58, III; 67, caput e seu § 1º; e dos artigos 54, § 1º; 55, XIII; 58, III; 66; 67, § 1º; 77 e 78, **é do Poder Público, tomador dos serviços, o ônus de demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato de prestação de serviços.** No caso, o Tribunal Regional consignou que os documentos juntados aos autos pelo ente público são insuficientes à prova de que houve diligência no cumprimento do dever de fiscalização, relativamente ao adimplemento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizada. Ou seja, não se desincumbiu do ônus que lhe cabia. A Egrégia Turma, por sua vez, atribuiu ao trabalhador o ônus da prova, razão pela qual merece reforma a decisão embargada, a fim de restabelecer o acórdão regional. **Recurso de embargos conhecido e provido"** (E-RR-925-07.2016.5.05.0281, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 22/05/2020 grifos no original).

Feitas tais considerações, passo à análise da hipótese dos autos.

É incontroverso que a 1ª ré fora contratada pelo Estado do Espírito Santo, contrato F021/2016 - ID. 8a8e743, assinado em 06/04/2016, cujo objeto era a contratação de empresa especializada na execução de serviços de conservação, asseio e limpeza; serviços de copeiragem e jardinagem, para atuação nos fóruns do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo.

Com as prorrogações contratuais celebradas entre as partes, o contrato teve sua vigência encerrada em 05/07/2021 (ID. e9818a2 - Pág. 1).

Necessário recordar que o pedido autoral se restringiu à condenação da 1ª ré ao "*pagamento do adicional de insalubridade no percentual de 20% (vinte por cento) para todos os auxiliares de serviços gerais que laboram ou laboraram no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, desde o mês de maio de 2019*" e a respectiva multa pelo descumprimento da CCT, pois o referido adicional de insalubridade fora instituído por norma coletiva.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido, condenando "*a 1ª reclamada a pagar aos substituídos que prestam ou prestaram serviços ao Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo desde o mês de maio de 2019, conforme postulado, o adicional de insalubridade em grau médio (20%), parcelas vencidas e vincendas, a ser apurado conforme determinado nas CCTs anexadas aos autos, inclusive no tocante à base de cálculo.*"

Pois bem.

A atuação do Estado do Espírito Santo quanto ao acompanhamento contratual referente ao pagamento do adicional de insalubridade aos empregados da contratada (1ª reclamada), auxiliares de serviços gerais de limpeza predial, a partir de maio de 2019, se assentou na decisão constante nos autos do processo n. 0039221-60.2016.8.08.0024, o qual tramitou na 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL, MUNICIPAL, REGISTROS PÚBLICOS, MEIO AMBIENTE E SAÚDE DE VITÓRIA/ES.

Trataram, aqueles autos, de ação ajuizada pelo Sindicato patronal (Sindicato das Empresas de Asseio e Conservação no Estado do Espírito Santo), em face do Estado do Espírito Santo, postulando fosse o ente público obrigado, ao publicar seus editais de licitações públicas para contratação de serviços de limpeza e congêneres, a incluir o adicional de insalubridade de 20% em suas planilhas de custos, tendo em vista a instituição do respectivo adicional pela Convenção Coletiva de Trabalho da categoria, em favor dos auxiliares de serviços gerais de limpeza predial.

Este o texto da CCT 2019/2019, com a citada previsão (ID. b111b38 - Pág. 4):

"ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

CLÁUSULA DÉCIMA - PAGAMENTO DA INSALUBRIDADE

Fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção Coletiva de Trabalho pagarão adicional de insalubridade, em grau máximo, ou seja, no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre a base de cálculo de R\$ 1.060,00 (Um Mil e Sessenta Reais), proporcional à jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais banheirista que realizam a limpeza de banheiros públicos de uso coletivo ou de grande circulação igual ou superior a 40 (quarenta) pessoas. O pagamento do adicional aqui previsto será pago enquanto perdurar a eficácia da súmula 448 do TST.

Parágrafo 1º - A todos os trabalhadores que exercem as funções de Auxiliar de Serviços Gerais de limpeza predial e Merendeira, fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção pagarão adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre a base de cálculo de R\$ 1.060,00 (Um Mil e Sessenta Reais), proporcional a jornada laborada, exceto os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial já enquadrados no caput desta cláusula.

Parágrafo 2º - Entende-se por limpeza predial, a limpeza realizada em escolas, comércios, shopping Center, aeroportos, portos, rodoviárias, bancos e imóveis em geral, públicos e privados, tanto na área geral como na área industrial. Grifei.

O juízo da 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL, MUNICIPAL, REGISTROS PÚBLICOS, MEIO AMBIENTE E SAÚDE DE VITÓRIA/ES proferiu sentença julgando improcedente o pedido, deixando assente que, *verbis* (ID. 5d0392e):

"Como bem salientou o Estado do Espírito Santo na contestação apresentada às fls. 1288/1305, a administração pública somente pode agir de acordo com o determinado em lei (princípio da legalidade), sendo certo que a legislação aplicável ao objeto da demanda exige a realização de perícia para aferir as atribuições do trabalhador, o eventual grau de insalubridade, bem como o enquadramento da atividade nas disposições da norma regulamentadora (art. 195 da CLT).

No caso concreto, estamos diante de insalubridade instituída por meio da CCT 2015/2016 e repetida na CCT 2017/2018, cabendo ressaltar que caberia ao Ministério do Trabalho e Emprego editar as normas regulamentadoras afetas ao tema insalubridade, conforme dispõe o art. 190 da CLT, bem como a NR-15 da Portaria MTB nº 3.214/78, restando evidente a inconstitucionalidade da Cláusula Décima da CCT 2015/2016

e sua reedição por meio da CCT 2017/2018, mormente pela incompetência dos entes sindicais para celebrar acordos coletivos relativos à saúde, higiene e segurança do trabalho.

Não por acaso, o art. 155, I, da CLT também dispõe que incumbe ao órgão de âmbito nacional, competente em matéria de segurança e medicina do trabalho, estabelecer, nos limites de sua competência, normas sobre a aplicação dos preceitos que tratam de Segurança e Medicina do Trabalho.

A implementação automática do adicional de insalubridade de 20% a todos os trabalhadores que exerçam a função de auxiliar de serviços gerais de limpeza predial, tal qual restou deferido na decisão que antecipou os efeitos da tutela de urgência requerida, afronta os dispositivos legais supracitados, principalmente pelo fato de que nem todos os empregados desenvolvem atividades consideradas nocivas à saúde ou insalubres, razão pela qual se impõe a existência de prévia norma regulamentadora e/ou a imprescindível realização de perícia técnica.

Não se discute o fato de que **a Constituição Federal reconhece as convenções coletivas como figura jurídica adequada à organização das relações individuais de trabalho, nos termos do art. 611 da CLT, concedendo autonomia às entidades representativas das categorias envolvidas para convencionarem normas, as quais serão aplicáveis à categoria ou às empresas pactuantes. Senão vejamos o que reza o citado dispositivo legal:**

"Art. 611 - Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho."

Sem dúvida, **a vontade das partes convenientes é uma fonte de criação importantíssima ao direito do trabalho e inerente à produção do direito privado como um todo. Porém, essa fonte está limitada por outras fontes do direito do trabalho, as fontes imperativas - como a Constituição e as Leis, por exemplo -, uma vez que suas normas se impõem de modo irresistível à vontade dos contraentes. A convenção coletiva encontra-se no quarto grau de hierarquia, e, conseqüentemente, deve se subordinar a todas as que lhe precedem.** (Curso de Direito do Trabalho, Orlando Gomes e Elson Gottschalk, 19ª edição, Editora Forense, p. 41 a 63).

Ao tratar sobre as fontes do Direito do Trabalho, Sérgio Pinto Martins (28ª edição, Editora Atlas, p. 37 a 47), preleciona que "temos também acordos, convenções coletivas e sentenças normativas que vão ser hierarquicamente inferiores à lei." E continua, "o art. 623 da CLT também dispõe que não terá validade o acordo ou a convenção coletiva de trabalho que contrariar a política salarial governamental, o que mostra que aquelas normas são inferiores hierarquicamente à lei."

Portanto, **norma coletiva não é fonte primária do direito do trabalho e, assim, deve observar as disposições da Lei (CLT), como condição para aferição de sua legalidade formal e material.** Aliás, reforçando a hipótese, ressaltamos que **o art. 623 da CLT (Lei Ordinária) estabelece a possibilidade de que sejam consideradas nulas as convenções ou acordos que contrariem norma concernente à política salarial vigente.** Confira-se:

Art. 623. Será nula de pleno direito disposição de Convenção ou Acordo que, direta ou indiretamente, contrarie proibição ou norma disciplinadora da política econômico-financeira do Governo ou concernente à política salarial vigente, não produzindo quaisquer efeitos perante autoridades e repartições públicas, inclusive para fins de revisão de preços e tarifas de mercadorias e serviços. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967) Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, a nulidade será declarada, de ofício ou mediante representação, pelo Ministro do Trabalho e Previdência Social, ou pela Justiça do Trabalho em processo submetido ao seu julgamento. (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, por sua vez, considera as convenções e os acordos coletivos como fontes secundárias do direito do trabalho, passíveis, por força de lei, de serem consideradas nulas por vício de legalidade. Senão vejamos:

PROC. Nº TST-RR-378.857/1997.2 REAJUSTE SALARIAL. PREVISÃO EM ACORDO COLETIVO DIVERSO DO ÍNDICE DA LEGISLAÇÃO DE POLÍTICA SALARIAL. ART. 623 DA CLT. **Os reajustes salariais previstos em norma coletiva de trabalho não prevalecem frente a legislação superveniente de política salarial. Isso porque a lei, norma de caráter imperativo, prevalece sobre as demais fontes secundárias de direito - convenção ou acordo coletivo -, sendo nula de pleno direito a disposição de acordo coletivo que contrarie proibição ou norma disciplinadora do Governo ou concernente à política salarial, conforme dispõe o art. 623 da CLT** (Orientação Jurisprudencial nº 40 d a SDI-2). Recurso de Revista conhecido e provido para julgar improcedente o pedido. (grifamos) (3788573519975025555 378857-35.1997.5.02.5555, Relator: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 06/12/2000, 5ª Turma, Data de Publicação: DJ 02/02/2001.)

Nesse mesmo sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a qual reconhece que, não obstante o disposto no art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, cláusula de acordo coletivo pode ser considerada nula por contrariar a legislação ordinária:

"Acordo coletivo de trabalho: **o art. 7º, XXVI, da CF não elide a declaração de nulidade de cláusula de acordo coletivo de trabalho à luz da legislação ordinária.**" (AI 617.006-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 2-3-2007, Plenário, DJ de 23-3-2007.) No mesmo sentido: AI 657.925-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14-8-2007, Primeira Turma, DJ de 14-9-2007."

Dos votos proferidos pelo Ministro Relator, Sepúlveda Pertence, nesses acórdãos, destacamos:

"Agravo de Instrumento nº 617.006 - No que concerne à validade de convenções e acordos coletivos firmados pela recorrente, o acórdão não deixou de reconhecê-los, pelo contrário, o que houve foi interpretação de sua validade com base na legislação infraconstitucional pertinente (...). **O preceito do art. 7º, XXVI, não confere presunção absoluta de validade aos acordos e convenções coletivos, podendo a Justiça Trabalhista revê-los caso se verifique afronta à lei.**

Agravo de Instrumento nº 657.925 - Por fim, **no que concerne à validade de convenção e acordo coletivo, o acórdão recorrido não deixou de reconhecê-lo, mas interpretou sua validade com base em suas cláusulas, cujo reexame é inadmissível em recurso extraordinário (Súmula 454); e o art. 7º, XXVI, da Constituição não impede que a Justiça Trabalhista proceda a essa análise.**"

Portanto, não pairam dúvidas de que as convenções coletivas não gozam de irrestrito campo de regulamentação, pois devem respeitar as disposições da CLT (arts. 189 a 197) quanto às condições e requisitos para a previsão de pagamento do adicional de insalubridade. Não basta a mera previsão formal em norma coletiva, é imprescindível que haja o cumprimento das disposições legais, como a exigência do laudo pericial e que a atividade conste da relação da Norma Regulamentadora NR-15 do Ministério do Trabalho, circunstâncias de fato e de direito que não foram encontradas no caso concreto.

Assim, não se deve permitir que a Administração Pública realize dispêndios de recursos públicos com adicional de insalubridade para os serviços de limpeza, sem que haja atendimento às condições legais estabelecidas expressamente na CLT, atendo-se, tão somente, no que restou pactuado entre os sindicatos representativos na Convenção Coletiva de Trabalho.

Vale consignar que cláusula de norma coletiva que não observa as disposições da CLT carece de legitimidade para gerar obrigação de pagamento pela Administração Pública. Saliente-se ainda que, em decorrência do disposto na CLT, nem mesmo perícia judicial possibilita o pagamento do adicional de insalubridade para atividade não enquadrada pelo Ministério do Trabalho entre as insalubres.

Nesse sentido é a Súmula nº 460 do Supremo Tribunal Federal:

"Para efeito do adicional de insalubridade, a perícia judicial, em reclamação trabalhista, não dispensa o enquadramento da atividade entre as insalubres, que é ato de competência do Ministro do Trabalho e Previdência Social."

Por fim, convém registrar que muito embora o SEACES tenha invocado a seu favor o art. 7º da Constituição Federal, que reconhece expressamente os acordos e convenções coletivas de trabalho, é imperioso consignar também que o art. 37 da Lei Maior impõe à administração pública a obrigação de observar o princípio da legalidade. Em função desse princípio, o gestor público não deve ficar refém de Convenção Coletiva de Trabalho que crie ônus para o erário sem o devido respaldo legal.

Pelo exposto, **REVOGO A DECISÃO QUE DEFERIU A TUTELA DE URGÊNCIA EM FAVOR DO REQUERENTE** (fls. 1277/1282 e 1371) e **JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO AUTURAL**. Fiel ao princípio da causalidade, **CONDENO O AUTOR AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS E VERBA HONORÁRIA**, a qual fixo, na forma do art. 85, §8º, do CPC, em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), observando-se o que estabelece o §2º do mesmo dispositivo legal.

Dou por resolvido o mérito, na forma do art. 487, I, do Código de Processo Civil." Grifos no original.

O Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES) manteve a decisão (ID. c6deaea), cuja ementa ficou assim redigida:

"PROCESSUAL CIVIL APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO ORDINÁRIA JUNTADA DE DOCUMENTOS AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO INEXISTÊNCIA DE NULIDADE AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - SINDICATO DE EMPRESAS DE SERVIÇO DE LIMPEZA CONVENÇÃO COLETIVA ADICIONAL DE INSALUBRIDADE PREVISÃO DE PAGAMENTO INCONDICIONADO - CONTRARIEDADE À LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NÃO VINCULAÇÃO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE RECURSO IMPROVIDO.

1. A ausência de abertura de contraditório à parte contrária para se manifestar sobre a juntada de documentos aos autos não enseja a nulidade da sentença quando o teor de tais documentos não foram considerados na formação do convencimento do magistrado, pois inexistente o prejuízo. Aplicação do princípio pas de nullité sans grief.

2. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade do interesse público, verdadeiros corolários do postulado constitucional da legalidade, consubstanciam as principais balizas que regem a Administração Pública, os quais colocam em posição mais elevada a atuação dos entes estatais em detrimento dos interesses eminentemente privados dos particulares.

3. As tratativas pactuadas em convenções coletivas do trabalho encontram limites no próprio ordenamento jurídico pátrio, consoante entendimento assentado pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, não sendo possível contrariar disposições de natureza cogente fora das hipóteses expressamente autorizadas, sobretudo quando busca-se opor os respectivos ajustes particulares à Administração Pública, a qual está adstrita ao postulado constitucional da legalidade.

4. Revela-se descabida a pretensão de imposição geral, incondicionada e abstrata à Administração Pública de inclusão do adicional de insalubridade devido aos Auxiliares de Serviços Gerais em todos os contratos licitados para prestação de serviço de limpeza, sem que haja norma legal estrita prevendo tal obrigação, sobretudo com dispensa da realização de perícia técnica, e sem que se observe as competências normativas expressamente estabelecidas na legislação de regência para dispor sobre a matéria.

5. Recurso improvido."

Essa decisão transitou em julgado em 05/05/2021.

Em resumo, o Poder Judiciário Capixaba afastou a necessidade de o Estado do Espírito Santo incluir o adicional de insalubridade de 20% em suas planilhas de custos, quando da realização de licitações para contratação de serviços de limpeza e congêneres, por entender que não é legal nem constitucional impor a ente público o pagamento de adicional de insalubridade instituído exclusivamente por norma coletiva.

Nesse quadro, considerando-se que esta demanda se assenta no pedido de pagamento de adicional de insalubridade, previsto apenas em norma coletiva, em favor dos auxiliares de serviços gerais de limpeza predial (ID. 86267a2 - Pág. 10), cujo serviço fora prestado por empresa privada terceirizada, contratada pela administração pública, não há falar responsabilidade subsidiária do ente público.

Explico.

A 1ª reclamada deixou de pagar o adicional de insalubridade aos seus empregados, auxiliares de serviços gerais de limpeza predial, no percentual de 20%, como prevê a CCT da categoria, a partir de maio de 2019, em obediência à decisão proferida nos autos do processo supracitado, n. 0039221-60.2016.8.08.0024 (vide ata de reunião sobre o assunto - ID. a1990eb - Pág. 1).

No mesmo passo, o recorrente deixou de acompanhar o pagamento desse adicional no bojo do contrato firmado com a 1ª reclamada, também em razão da decisão judicial acima citada, a qual entendeu, repito, indevido impor a ente público o pagamento de adicional de insalubridade instituído exclusivamente por norma coletiva.

Desse modo, não há falha de fiscalização nem culpa in vigilando, pois o Estado apenas seguiu a determinação judicial.

Note-se, que não é objeto desse capítulo do Acórdão o acerto ou o desacerto da decisão da Justiça Estadual. No entanto, deve-se reconhecer que o fato de a conduta do recorrente ter apoio numa decisão judicial, acertada ou não, impede que a ele seja atribuído comportamento faltoso ou omissivo quanto à fiscalização contratual, afastando sua responsabilidade subsidiária pelo pagamento do adicional de insalubridade pleiteado.

Ademais, recordo que nos autos do processo n. 0000960-84.2019.5.17.0003, movido pelo mesmo Sindicato, postulando, igualmente, o pagamento de adicional de insalubridade constante em CCT, esta C. 2ª Turma, por unanimidade, no julgamento dos embargos de declaração opostos pelo Estado do Espírito Santo, do qual participei, com relatoria da Desembargadora WANDA LÚCIA COSTA LEITE FRANÇA DECUZZI, em 26/10/201, também afastou a responsabilidade subsidiária do ente público, pelo mesmo fundamento. Vejamos:

"Não obstante, na hipótese, o único direito reconhecido na presente ação foi o adicional de insalubridade, sendo certo que, ante a decisão proferida pela Justiça Comum Estadual no proc. n.º 0039221-60.2016.8.08.0024, conforme tese apresentada em contestação pelo 2.º réu e reiterada no apelo sem qualquer impugnação do autor, não há como se atribuir ao tomador falha na fiscalização.

Nos autos da demanda 0039221-60.2016.8.08.0024, as decisões de 1.º e 2.º graus estabeleceram em mesmo sentido (ID. 6504e02 - Pág. 8 e ID. 9aa36d9 - Pág. 9):

(...)

Assim sendo, nego provimento ao apelo autoral."

Diante desse contexto, merece reforma a sentença.

Dou provimento ao apelo para afastar a responsabilidade subsidiária do Estado do Espírito Santo imposta em sentença.

Prejudicada a análise dos demais pedidos recursais, exceto aquele referente à gratuidade da justiça.

2.2.2. NULIDADE DA SENTENÇA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL

Considerando o provimento do pedido recursal para afastamento da responsabilidade subsidiária do ente público, deixo de apreciar este pedido, com fulcro no art. 488 do CPC, o qual assevera: *"Desde que*

possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485 ."

2.2.3. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Prejudicada a análise em razão do afastamento da responsabilidade subsidiária do ente público.

2.2.4. JUSTIÇA GRATUITA.

A sentença conferiu ao Sindicato o benefício da justiça gratuita, nestes termos, in verbis:

"JUSTIÇA GRATUITA:

Os §§ 3º e 4º do art.790 da CLT assim dispõem:

Art. 790. [...]

§ 3o É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

§ 4o O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo."

E a recente Súmula nº 60, deste E. Regional, aduz:

"SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. Ao sindicato, quando atua como substituto processual em defesa de interesses e direitos coletivos lato sensu, aplicam-se as normas relativas às ações coletivas, concedendo-se a gratuidade de justiça nos termos dos artigos 87 da Lei 8.078 /90 e 18 da Lei 7.347/85. A condenação ao pagamento de honorários e demais despesas processuais condiciona-se a comprovação da má-fé da entidade sindical". "

Sendo assim, defiro a justiça gratuita, com fulcro nos artigos 87 da Lei 8.078/90 e 18 da Lei 7.347/85.

Inconformado, recorre o ente público, postulando a reforma da sentença.

Alega que "Para a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita à pessoa jurídica, faz-se necessária a existência de prova subsistente da alegada miserabilidade. No vertente caso, o sindicato-autor não apresentou nenhuma prova da impossibilidade de arcar com as despesas processuais."

Assim, "requer a reforma da r. Sentença com o indeferimento da assistência judiciária gratuita."

Analiso.

Inicialmente, observo que a presente demanda foi ajuizada após a vigência da Lei 13.467/2017.

Dito isto, observa-se que a nova redação do §3º do art. 790 da CLT prevê que:

"É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social".

Destaco, ainda, o § 4º incluído pela Lei 13.467/2017, in verbis:

§ 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.

Assim, como se observa, a Reforma Trabalhista, na esteira do legislador civil, pacificou o entendimento de que o benefício da justiça gratuita pode ser concedido a qualquer parte - autor ou réu, inclusive, à pessoa jurídica -, sendo imprescindível, entretanto, a comprovação robusta quanto à insuficiência de recursos, não bastando a mera alegação.

Na hipótese dos autos, verifico que o Sindicato-autor atua na condição de **substituto processual**, na defesa dos interesses dos trabalhadores, já que postula, "a condenação das Reclamadas no pagamento do adicional de insalubridade no percentual de 20% (vinte por cento) para todos os auxiliares de serviços gerais que laboram ou laboraram no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, desde o mês de maio de 2019".

Nesse sentido, vinha considerando inaplicável a previsão do art. 18 da Lei 7.347/1985 - que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico - e do art. 87 do CDC, porquanto o processo do trabalho possui regras específicas quanto à matéria.

Contudo, este E. Regional editou a Súmula 60, a qual, por disciplina judiciária, passei a me curvar, verbis:

"SÚMULA Nº 60 DO TRT DA 17ª REGIÃO SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. Ao sindicato, quando atua como substituto processual em defesa de interesses e direitos coletivos lato sensu, aplicam-se as normas relativas às ações coletivas, concedendo-se a gratuidade de justiça nos termos dos artigos 87 da Lei 8.078/90 e 18 da Lei 7.347/85. A condenação ao pagamento de honorários e demais despesas processuais condiciona-se a comprovação da má-fé da entidade sindical".

Destarte, os artigos citados no verbete sumular n. 60 deste TRT, artigos 87 da Lei 8.078/90 e 18 da Lei 7.347/85, não vinculam a concessão da gratuidade da justiça à falta de recursos da pessoa jurídica para custear as despesas processuais. Assim, irrelevante essa discussão nos autos.

Diante do exposto, inexistindo comprovação de má-fé do ente sindical, faz jus o requerente aos benefícios da gratuidade de justiça, por força do mencionado enunciado.

Nego provimento.

ACÓRDÃO

A C O R D A M os Magistrados da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, na Sessão ordinária Virtual Eletrônica, conforme ATO PRESI nº 28/2020, com início às 13:30 horas do dia 18.05.2023 e término às 13:30 horas do dia 23.05.2023, sob a Presidência da Exma. Desembargadora Marise Medeiros Cavalcanti Chamberlian, com a participação dos Exmos. Desembargadores Cláudia Cardoso de Souza, Marcello Maciel Mancilha, Mário Ribeiro Cantarino Neto e do douto representante do Ministério Público do Trabalho, Procurador: Vitor Borges da Silva; por unanimidade, conhecer do recurso ordinário interposto pelo ente público; no mérito, dar-lhe parcial provimento para afastar a responsabilidade subsidiária do Estado do Espírito Santo imposta em sentença. Mantido o valor da condenação.

DESEMBARGADORA CLAUDIA CARDOSO DE SOUZA
Relatora

VOTOS



Assinado eletronicamente por: [CLAUDIA CARDOSO DE SOUZA] -
ba714d6

<https://pje.trt17.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>



Documento assinado pelo Shodo



PROCESSO Nº TST-AIRR-966-94.2019.5.17.0002

Agravante: **SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Advogado: Dr. Gerlis Prata Surlo
Advogado: Dr. Odilio Goncalves Dias Neto
Advogado: Dr. Poliana Firme de Oliveira

Agravado: **ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Procurador: Dr. Flávio Augusto Cruz Nogueira

Agravado: **GLOBO PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA LTDA.**

Advogado: Dr. Erik Janson Vieira Coelho

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão do Tribunal Regional que denegou seguimento ao recurso de revista da parte agravante.

Na minuta de agravo de instrumento, a parte defende o trânsito do apelo, insistindo na presença das hipóteses de admissibilidade previstas no art. 896 da CLT.

Decido.

Publicado o acórdão regional na vigência da Lei 13.467/2017, caso dos autos, incide o disposto no art. 896-A da CLT, que exige, como pressuposto ao exame do recurso de revista, a transcendência econômica, política, social ou jurídica, nos seguintes termos:

Art. 896-A - O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica.

§ 1º São indicadores de transcendência, entre outros:

- I - econômica, o elevado valor da causa;
- II - política, o desrespeito da instância recorrida à jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal;
- III - social, a postulação, por reclamante-recorrente, de direito social constitucionalmente assegurado;
- IV - jurídica, a existência de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista.



PROCESSO Nº TST-AIRR-966-94.2019.5.17.0002

No presente caso, a despeito dos esforços do nobre defensor em demonstrar o desacerto da decisão agravada, não é possível concluir que o recurso de revista cumpre o requisito da transcendência da causa.

Nesse contexto, afigura-se inviável assegurar o trânsito do apelo principal, impondo-se, assim, a negativa de seguimento ao agravo de instrumento.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 118, X, do Regimento Interno do TST, **nego provimento** ao agravo de instrumento.

Publique-se.

Brasília, 19 de fevereiro de 2024.

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

HUGO CARLOS SCHEUERMANN

Ministro Relator



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO
13ª Vara do Trabalho de Vitória
ENDEREÇO: AVENIDA CLETO NUNES, 85, 11º andar, PARQUE MOSCOSO,
VITORIA - ES - CEP: 29018-906
EMAIL: #{processo.orgaoJulgador.email}
ACum 0000968-31.2019.5.17.0013
AUTOR: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES
RÉU: SOLUCOES SERVICOS TERCEIRIZADOS- EIRELI, ESTADO DO
ESPIRITO SANTO

SENTENÇA

Relatório:

Vistos etc.

Trata-se de ação civil coletiv a ajuizada por SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES em face de SOLUCOES SERVICOS TERCEIRIZADOS- EIRELI e de ESTADO DO ESPÍRITO SANTO alegando o que consta da inicial e pleiteando as verbas elencadas no rol de pedidos.

Atribui à causa o valor de R\$ 45.000,00.

Respondendo aos termos da ação, as reclamadas suscitaram preliminares e, no mérito, pugnaram pela improcedência dos pedidos autorais.

Com a inicial e a defesa vieram documentos.

Frustrada a conciliação, foi encerrada a instrução processual, sendo que as partes reportaram-se aos elementos dos autos.

É o relatório.

Decido:

Fundamentação:

Aplicação da Lei Nº 13.467/ 2017

No tocante ao Direito Material, embora já esteja em vigor a Lei n. 13.467/2017, o marco inicial da vigência desta norma (11/11/2017) é posterior à data de celebração do contrato de trabalho objeto da lide. Assim, com o escopo de respeitar os princípios da não surpresa e da segurança jurídica, deixo de aplicar a Lei 13.467/2017, no particular.

Este também é o entendimento consignado na Instrução Normativa 41/2018 do TST, que define que a aplicação das normas processuais previstas na reforma trabalhista é imediata, sem atingir, no entanto, situações iniciadas ou consolidadas na vigência da lei revogada.

Contudo, no que respeita ao Direito Processual, perfeitamente cabível a aplicação dos dispositivos processuais da Lei 13.467/2017.

Quanto à assistência judiciária gratuita e aos honorários periciais, não verifico inconstitucionalidade.

Contudo, no que pertine aos honorários sucumbenciais, melhor analisando a Lei e compatibilizando-a com os princípios norteadores do Processo do Trabalho e com o disposto no inciso LXXIV do art. 5º da CRFB ("O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos"), modifico entendimento anterior.

Verifico que a literalidade do caput do art. 791-A trata de fixação de honorários advocatícios de sucumbência em caso de procedência total da ação, dispondo que os honorários serão calculados "sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa".

Ao fixar como base de cálculo dos honorários advocatícios sucumbenciais o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou o valor atualizado da causa, o referido art. 791-A, introduzido pela chamada Reforma Trabalhista, disciplina apenas os honorários advocatícios sucumbenciais devidos ao Patrono do empregado, pois somente a procedência de pedido do empregado pode resultar em liquidação de sentença ou em proveito econômico. O empregador não obtém proveito econômico com a ação trabalhista, sendo que a remuneração de seu advogado independe do resultado da causa, diversamente do que ocorre com o advogado do empregado.

Já o parágrafo 3º aborda a hipótese de procedência parcial dos pedidos (sucumbência recíproca), caso em que o juízo deverá se atentar ao disposto no parágrafo 2º, arbitrando honorários advocatícios ao Patrono do empregador em valor que não anule o benefício obtido pelo trabalhador em juízo, em decorrência de descumprimento legal da empresa, pois o princípio da sucumbência recíproca deve atender à garantia constitucional do amplo acesso à Justiça. Isso implica dizer que os honorários advocatícios sucumbenciais devidos ao advogado do empregador, em caso de sucumbência recíproca, não será apurado sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou o valor atualizado da causa, mas será arbitrado pelo juiz.

A previsão constante do parágrafo 4º, ao estabelecer que até mesmo o beneficiário da justiça gratuita será condenado ao pagamento de honorários advocatícios da parte contrária, colide frontalmente com a já citada previsão expressa do inciso LXXIV do art. 5º da CF: "O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".

Veja-se que nas ações relativas a acidentes do trabalho, o art. 129 da Lei n. 8.213/91 prevê que, nas ações judiciais intentadas em face do INSS, o autor é "isento do pagamento de quaisquer custas e de verbas relativas à sucumbência". Tal previsão legal é aplicável, analogicamente, às ações trabalhistas em que se busca a responsabilização civil do empregador por acidente de trabalho.

O parágrafo 1º traz previsão de cabimento de honorários advocatícios quando o acionado for a Fazenda Pública ou quando o empregado se encontra assistido ou substituído pelo sindicato de sua categoria, independentemente de ter preenchido ou não os requisitos relativos à gratuidade de justiça.

No tocante à atribuição de pagamento de custas ao Reclamante por ausência à audiência, a hipótese é tratada no art. 844 da CLT (arquivamento) e se refere apenas ao pagamento de custas processuais, silenciando quanto à sucumbência em honorários advocatícios. Tal omissão legal se deu porque o trabalhador é hipossuficiente e poderá ter o amplo acesso à justiça obstado se puder ser reiteradamente condenado ao pagamento de honorários de sucumbência ao ter arquivada sua ação ou ao ser homologada uma desistência. Observo que, no Processo Civil, a aplicação da sucumbência recíproca é feita de forma expressa (artigo 90 do CPC).

Por fim, revendo fundamentação anterior, não se pode admitir que a fixação de honorários advocatícios coíba excessos no direito de demandar, já que tal comportamento deve ser punido com aplicação de multa por litigância de má-fé, quando for o caso.

Ilegitimidade ativa do Sindicato Autor

Aos argumentos de que não cabe ao sindicato substituição processual ampla e irrestrita; sendo que os fatos narrados na inicial não ostentam natureza jurídica de interesses coletivos "stricto sensu", tampouco de direitos individuais homogêneos, mas de direitos eminentemente individuais, pugna a Reclamada pela extinção do processo sem julgamento de mérito, com base no art. 485, inciso VI, do NCP.

Sem razão.

A origem comum do direito e/ou a sua natureza individual homogênea ou heterogênea pode variar conforme o ângulo de observação, análise ou contexto fático. No caso em apreço, há um fato em comum, sendo a inexistência de pagamento do adicional de insalubridade no âmbito da Ré, recaindo a afirmação do autor quanto aos empregados dos setores de operação e produção não receberem os referidos adicionais.

Portanto, pode-se afirmar sob uma visão mais ampliativa e pretendendo garantir a coerência dos fatos à norma, que a homogeneidade do direito repousa no contexto dos fatos. Se há uma violação que atinge os trabalhadores representados por determinado sindicato, maximizando a lesão para o contexto coletivo, ainda que as questões sejam passíveis de apuração individualizada, ela não afasta a tutela coletiva em contexto genérico.

Rejeito a preliminar.

Ilegitimidade passiva ad causam.

A legitimidade para a causa não se confunde com a legitimação no campo do direito material, sendo parte legítima para figurar na demanda aquele de quem se pretende uma prestação. Assim, a aferição da existência ou não da relação jurídica invocada é matéria de mérito a ser apreciada, bastando a simples alegação do reclamante no sentido de ser credor da segunda reclamada para caracterizar a legitimidade passiva. Rejeito.

Inépcia da inicial. Valor da causa.

O proveito econômico em ações em que o Sindicato atua na condição de substituto processual, a priori, não é mensurável.

Assim, não há qualquer violação aos dispositivos processuais suscitados pela reclamada.

Rejeito a preliminar.

Suspensão.

A hipótese vertente não se insere na decisão de suspensão proferida no RR-819-71.2017.5.10.0022, pois não se suscita a nulidade da cláusula convencional, mas o seu efetivo cumprimento.

Rejeito a preliminar.

Justiça gratuita para o Sindicato

Tratando-se de ação civil coletiva, o Sindicato Autor tem direito a isenção de custas e despesas processuais na forma do art. 87 do CDC, já que nas ações coletivas predominam as regras do microsistema coletivo em detrimento da CLT.

Adicional de insalubridade.

A inicial noticia que a reclamada tem deixado de cumprir a cláusula convencional vigente a partir de 01/01/2016, que determinou o pagamento de adicional de insalubridade de 20% aos auxiliares de serviços gerais que laboram no contrato firmado com o Ente Público reclamado.

Por isso, postula a condenação da primeira reclamada ao pagamento, a partir de 01/01/2016, do adicional de insalubridade de 20%, incidente sobre o salário base, aos empregados que laboram como auxiliar de serviços gerais, em favor da segunda ré, além dos reflexos incidentes.

Pois bem, a causa de pedir do pagamento do adicional de insalubridade é a força obrigacional da norma coletiva. E as Convenções Coletivas de Trabalho vigentes nos períodos de 2017/2018, 2018/2018 e 2019/2019, firmadas entre o SINDICATO DAS EMPRESAS DE ASSEIO E CONS NO ESTADO DO ES e o SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES, entidades representativas da Primeira Ré e da Autora, respectivamente, estabelecem a obrigatoriedade de pagamento de adicional de insalubridade, nos seguintes termos:

CLÁUSULA DÉCIMA - PAGAMENTO DA INSALUBRIDADE

Fica convenionado que as empresas abrangidas por esta Convenção Coletiva de Trabalho 2017/2018, continuarão a realizar o pagamento do adicional de insalubridade, em grau máximo, ou seja, no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre o piso da categoria, já previsto nas CCTs de 2015/2016, sendo que a partir do dia 01 de Maio de 2017 o benefício será calculado com base no piso mínimo da categoria que de R\$ 1.031,82 (Um Mil Trinta e Um Reais e Oitenta e Dois Centavos), respeitando a jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais banheirista que realizam a limpeza de banheiros públicos de uso coletivo ou de grande circulação igual ou superior a 40 (quarenta) pessoas. O pagamento do adicional aqui previsto será pago enquanto perdurar a eficácia da súmula 448 do TST.

Parágrafo 1º - Especificamente na questão de efeitos pretéritos em contratos comerciais de prestação de serviços não mais existentes, bem como nos contratos ativos, como contrapartida haverá indenização pecuniária através do pagamento do adicional de insalubridade pelo percentual de 20% (vinte por cento), a todos os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial de contratos comerciais públicos e privados, sendo pago da seguinte maneira: fica convenionado que as empresas abrangidas por esta Convenção, a partir do dia 01 de Janeiro de 2015, exclusivamente para novos contratos publico, privados e comerciais, procederão ao pagamento do adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre o piso da categoria R\$ 884,92 (Oitocentos e Oitenta e Quatro Reais e Noventa e Dois Centavos), para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial. Ficando acordado o prazo limite para concessão do benefício aqui previsto a todos os trabalhadores que exercem a função de Auxiliar de Serviços Gerais de limpeza predial, a partir de 31 de Dezembro de 2015, exceto os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial já enquadrados no caput desta cláusula.

Parágrafo 2º - Fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção, a partir do dia 01 de Janeiro de 2015, exclusivamente para novos contratos comerciais publico e privados, procederão ao pagamento do adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre o piso da categoria R\$ 884,92 (Oitocentos e Oitenta e Quatro Reais e Noventa e Dois Centavos), para a função de Merendeira. Ficando acordado o prazo limite para concessão do benefício aqui previsto a todos os trabalhadores que exercem a função de Merendeira, a partir de 31 de Dezembro de 2015.

Parágrafo 3º - Entende-se por limpeza predial, a limpeza realizada em escolas, comércios, shopping Center, aeroportos, portos, rodoviárias, bancos e imóveis em geral, públicos e privados, tanto na área geral como na área industrial.

Parágrafo 4º - Com a assinatura do presente aditivo, as partes se comprometem a informarem, nos autos das ações trabalhistas coletivas, ficando ressalvadas eventuais ações trabalhistas individuais em curso, que versem sobre o adicional de insalubridade de que trata o caput desta cláusula.

Ora, entendo que, de modo geral, existindo instrumentos normativos da categoria estes devem ser observados, porque as cláusulas constantes de Acordos e Convenções Coletivas têm força obrigacional, nos termos do artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal.

O interesse individual não se sobrepõe ao interesse coletivo resultante da livre negociação entre as categorias econômicas e profissional, pelo que, estabelecidas cláusulas relativas ao pagamento de adicional de insalubridade, estas devem ser observadas para o exame da pretensão da parte autora.

Negar validade a tais pactos importaria desestímulo às negociações coletivas, o que seria prejudicial aos trabalhadores e aos empregadores, tendo em vista que tais normas refletem um equilíbrio nas relações, já que as parte interessadas, normalmente, cedem em pontos diferentes, o que se chama de "mão-dupla" na relação.

Nem se alegue que o fato de determinada norma coletiva especificar direitos diversos em relação às atividades exercidas pelos trabalhadores fere o princípio constitucional da isonomia. Diversamente, tal critério de discrimen respeita a razoabilidade.

Cuida-se de cumprir o quanto avençado pelos Sindicatos representantes das partes, de modo que não há necessidade de produção de prova técnica, nem de subsunção ao enquadramento à Portaria 3214/78 do MTb.

Diante do exposto, por adstrição ao pedido, condeno a Reclamada ao pagamento de adicional de insalubridade, em grau médio (20%), a partir de 01/01/2016, a todos os empregados da primeira ré que tenham laborado em contrato firmado com a segunda.

Quanto à base de cálculo do adicional de insalubridade, a matéria merece alguns esclarecimentos. A Súmula Vinculante nº 04 do Supremo Tribunal Federal partiu da premissa que o artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho não foi recepcionado pela Constituição de 1988. Entretanto, a eficácia de referido verbete foi suspensa, repercutindo, inclusive na suspensão da Súmula 228 do TST. Não obstante os fatos acima expostos, entendo que o trabalhador não pode ter suprimido o direito ao adicional de insalubridade enquanto não sobrevier uma norma legal e válida sobre a matéria. Assim, passo a adotar uma solução semelhante àquela esposada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal no RE nº 565.714, que ensejou a edição da Súmula Vinculante nº 4.

Nesse processo, a Suprema Corte entendeu que, até que sobrevenha norma específica sobre o tema, a base de cálculo do adicional de insalubridade deve continuar a ser aquela historicamente utilizada. Portanto, até que seja editada lei ordinária que regulamente a base de cálculo do adicional de insalubridade, essa parcela deverá ser apurada sobre o salário mínimo, salvo se lei, convenção coletiva ou sentença normativa estipularem expressamente base de cálculo mais benéfica.

No caso em tela, havendo explícita previsão normativa, a base de cálculo do adicional de insalubridade será o piso da categoria.

O adicional de insalubridade deverá compor a remuneração obreira para cálculo das seguintes parcelas: 13º salários, férias + 1/3, aviso prévio e FGTS incidente sobre essas verbas (à exceção das férias indenizadas) acrescido da respectiva indenização de 40%.

Multa convencional.

Demonstrado o descumprimento da cláusula convencional e comprovada a notificação prévia da reclamada, conforme procedimento previsto no parágrafo primeiro da cláusula quinquagésima quinta, condeno a reclamada ao pagamento da multa prevista no parágrafo terceiro da cláusula convencional em comento.

O Sindicato Autor deverá comprovar nestes autos o repasse de 50% da multa aos trabalhadores e 25% para o SEACES, conforme parágrafo 6º da cláusula quinquagésima sexta.

Parâmetros para liquidação

As parcelas deferidas serão corrigidas monetariamente a partir do vencimento, conforme entendimento contido na Súmula n.º 381, do TST, inclusive os valores relativos ao FGTS (OJ SBDI-I TST número 302).

Para os débitos trabalhistas atualizados até o dia 24/03/2015, deve ser mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TRD), e somente a partir de 25/03/2015, a correção deve ser realizada pelo IPCA-E, conforme entendimento atual do TST.

Quanto às alterações promovidas pela MP 905/2019 relativamente à atualização monetária, entendo que não se compatibilizam com a Constituição da República de 1988, havendo flagrante inconstitucionalidade formal e material, razão pela qual deixo de aplicá-la no particular.

Com efeito, a referida MP viola o disposto no artigo 62, §1º, "b", da CRFB, pois é vedada a edição de Medida Provisória sobre matéria relacionada a processo civil (observe-se que o entendimento pacificado pelo STJ e STF é de que os juros moratórios possuem natureza processual).

A previsão de atualização de débitos trabalhistas segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança viola, ainda, o direito fundamental de propriedade (art. 5º, XXII, CRFB) e o princípio constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB), já que a aplicação de juros menores incentiva o retardamento do cumprimento da decisão judicial.

Sobre o montante devidamente corrigido incidirão juros de mora, a partir da data de ajuizamento da ação, na forma do artigo 883 da CLT e da Súmula 200 do TST, à razão de 1% ao mês, não capitalizados, pro rata die, consoante artigo 39, § 1º, da Lei 8.177/91.

A compensação é o meio de extinção de obrigações entre pessoas que são, simultaneamente, credores e devedores umas das outras, o que não é o presente caso.

Tampouco há que se falar em dedução, já que não há prova de valores pagos a idêntico título da condenação.

Para os efeitos do § 3º do artigo 832 da CLT, a ré deverá recolher as contribuições previdenciárias sobre as parcelas deferidas na presente sentença que constituam salário-de-contribuição (excluídas as contribuições previdenciárias relativas aos salários pagos, ante a ausência de competência material desta Justiça Especializada), na forma do inciso I do artigo 28 da lei nº 8.212/91, com exceção daquelas descritas no § 9º do artigo 214 do decreto nº 3.048/99. A contribuição da parte reclamante será descontada de seus créditos. Observar-se-á o entendimento consignado na Súmula 368 do TST.

O imposto de renda incidente sobre os valores da condenação que constituam sua base de cálculo será calculado mês a mês (regime de competência), na forma prevista na Instrução Normativa nº 1.500/2014 da Receita Federal do Brasil com alterações posteriores. Observe-se que tal tributo não incide sobre os juros de mora (OJ-SDI1-400 do TST).

O valor do desconto de imposto de renda será suportado pela parte autora, pois é sempre devido por quem auferir renda, ficando autorizada a dedução do valor respectivo quando da liberação do crédito.

O imposto de renda incidente sobre os valores da condenação que constituam sua base de cálculo será calculado mês a mês (regime de competência), na forma prevista na Instrução Normativa nº 1.500/14 e alterações posteriores da Receita Federal do Brasil. Observe-se que tal tributo não incide sobre os juros de mora (OJ-SDI1-400 do TST).

O valor do desconto de imposto de renda será suportado pela parte autora, pois é sempre devido por quem auferir renda, ficando autorizada a dedução do valor respectivo quando da liberação do crédito.

Honorários advocatícios sucumbenciais

Devidos pelo reclamado, honorários advocatícios de 15% sobre o valor dado à causa.

Responsabilidade do ente público tomador de serviços

Considerando que o Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária realizada no dia 24 de novembro de 2010, deferiu pedido na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 16, declarando constitucional o artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666/93 (Lei das Licitações) que proíbe a transferência de responsabilidades por encargos trabalhistas para os entes públicos; bem como tendo em vista a recente cassação de quatro decisões proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho, por decisão monocrática proferida pela Exma. Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, entendendo que a Corte Trabalhista "descumpriu a Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal, pois negou a vigência do dispositivo pretensamente por ser ele incompatível com a Constituição", reformulo entendimento anterior acerca da responsabilidade subsidiária de entes públicos tomadores de serviços por verbas trabalhistas.

Com efeito, tratando-se de ente público, não subsiste culpa "in vigilando" e "in eligendo", pois houve contrato entre a primeira reclamada, empresa prestadora de serviços e empregadora da parte autora, e a segunda reclamada, ente público, contrato este resultante de licitação pública.

Consoante lição de NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, "a CF 37 § 6º estabelece regime único da responsabilidade civil da administração pública, que é objetiva pelo risco, quer se trate de conduta comissiva ou omissiva do agente ou servidor. [...] Para que a administração pública tenha o dever de indenizar devem estar presentes os seguintes requisitos: a) existência de dano patrimonial e/ou moral sofrido pelo administrado; b) conduta comissiva ou omissiva do agente ou servidor; c) nexos de causalidade entre o dano e a conduta (omissiva ou comissiva) do agente ou servidor".

Ora, não há como imputar ao ente público uma conduta comissiva ou omissiva quando o fato que gerou o dano ao empregado foi causado pelo seu empregador, a prestadora de serviço. Ausente, portanto, o elemento do nexo causal.

Ademais, o contrato de prestação de serviços que celebram entre si os entes públicos e as empresas prestadoras de serviços goza de presunção de legitimidade (atributo presente em todos os atos administrativos). Assim, enquanto não for atestado vício em algum requisito do ato, este continuará produzindo efeitos jurídicos como se válido fosse.

Importante salientar que, subjetivamente falando, a Administração Pública refere-se aos órgãos integrantes das pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), aos quais a lei confere o exercício de funções administrativas." (Direito Administrativo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, 1997, Atlas, págs. 55-56), englobando, também, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas; órgãos que se sujeitam ao disposto no art. 37 da Constituição da República.

Com base nisso, a contratação efetuada pela Administração Pública haverá de ser tida, num primeiro momento, como regular. Ademais, o contrato de prestação de serviços celebrado entre as rés originou-se de procedimento licitatório.

Seria necessário comprovar fraude na contratação, ou seja, fraude no processo licitatório, para justificar a responsabilidade subsidiária pedida. E nada foi comprovado quanto a isso nos autos.

Nesses termos, conquanto demonstrada a prestação de serviços da parte autora em prol do ente público réu, julgo improcedente o pleito autoral de responsabilização subsidiária da segunda reclamada.

Execução do título judicial

Considerando tratar-se de ação de natureza coletiva ajuizada por sindicato representante de categoria profissional e que a decisão proferida nos autos possui caráter genérico (Lei nº 8.078/90, art. 95), a liquidação/execução das parcelas de cunho pecuniário deverá ser realizada pelo trabalhador beneficiado pela decisão (substituído processual), individualmente, mediante ação executiva própria, com livre distribuição.

Publique-se edital no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, para ciência dos interessados (substituídos processuais) em promover a liquidação e execução da sentença.

Após o trânsito em julgado, terá a devedora 15 dias para o pagamento dos honorários advocatícios e recolhimento das custas, sob pena de penhora, sendo que os destinatários da

presente decisão terão prazo de um ano para o ajuizamento da ação individual de execução do título judicial.

Por fim, pagas as custas e os honorários advocatícios pela Reclamada, archive-se com baixa na distribuição.

Intimem-se.

DISPOSITIVO:

DIANTE DO EXPOSTO e de tudo o mais que dos autos consta nos autos da ação trabalhista ajuizada por SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES em face de SOLUCOES SERVICOS TERCEIRIZADOS- EIRELI e de ESTADO DO ESPIRITO SANTO,

JULGO IMPROCEDENTE o pedido de responsabilização do ESTADO DO ESPIRITO SANTO e

JULGO PROCEDENTES os pedidos autorais, para condenar a primeira reclamada ao pagamento do adicional de insalubridade de 20%, além dos reflexos, observados os parâmetros constantes da fundamentação.

Custas pela primeira reclamada, no importe de R\$900,00 calculadas sobre o valor provisoriamente arbitrado à condenação de R\$45.000,00.

Intimem-se.

Nada mais.

VITORIA, 26 de Março de 2020.

VALERIA LEMOS FERNANDES ASSAD
Juiz(iza) do Trabalho Substituto(a)



Assinado eletronicamente por: [VALERIA LEMOS FERNANDES ASSAD] -
6e13603
<https://pje.trt17.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO

PROCESSO nº 0000968-31.2019.5.17.0013 (ROT)

**Recorrentes: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES,
SOLUCOES SERVICOS TERCEIRIZADOS- EIRELI**

**Recorridos: SOLUCOES SERVICOS TERCEIRIZADOS- EIRELI, SIND TRAB EMPRESAS
ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES, ESTADO DO ESPIRITO SANTO**

Origem: 13ª VARA DO TRABALHO DE VITÓRIA/ES

Relator: DESEMBARGADOR JOSÉ CARLOS RIZK

Competência: 1ª TURMA

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO DO SINDICATO AUTOR. EXECUÇÃO DA DECISÃO NOS PRÓPRIOS AUTOS. LEGITIMIDADE SINDICAL. Este Regional, por intermédio da Súmula n. 22, alterada em razão do julgado do IAC 0294-97.2016.5.17.0000, passou a adotar o posicionamento no sentido de que o art. 100 do Código de Defesa do Consumidor não é aplicável ao processo de liquidação e execução de sentenças coletivas trabalhistas. Dessa forma, não subsiste a interpretação restritiva conferida na decisão impugnada de que apenas os trabalhadores seriam os legitimados para a liquidação e execução do título executivo, devendo ser reconhecida a legitimidade do Sindicato para tal, diante da sua qualidade de substituto processual, independentemente inclusive de qualquer prazo.

RECURSO ORDINÁRIO DA 1ª RECLAMADA. MULTA CONVENCIONAL. NATUREZA DE CLÁUSULA PENAL. LIMITAÇÃO AO VALOR DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. Entende-se, na linha do posicionamento esposado pelo C. TST, que a cláusula normativa que estabelece multa por descumprimento possui a mesma natureza jurídica da cláusula penal, devendo, portanto, limitar-se ao valor da obrigação principal, consoante prevê o art. 412, do Código Civil Brasileiro e a OJ 54, da SDBI-I, do TST.

1. RELATÓRIO

Trata-se de recursos ordinários interpostos pelo Sindicato-Autor (ID. 9d7d4a7) e pela 1ª Reclamada, SOLUCOES SERVICOS TERCEIRIZADOS - EIRELI (ID. 18a8892) em face da sentença prolatada ao ID. 6e13603, complementada pela decisão de embargos de declaração de ID. be50c50, nas quais a Origem, rejeitando as preliminares de ilegitimidade *ad causam*, inépcia da inicial e suspensão do feito, no mérito, julgou improcedentes as pretensões formuladas na exordial em face do 2º Réu (Estado do Espírito Santo) e procedentes os pedidos em face da 1ª Reclamada (SOLUCOES SERVICOS TERCEIRIZADOS - EIRELI), condenando-a no pagamento de adicional de insalubridade, multa convencional e honorários advocatícios de sucumbência.

Irresignado, em suas razões recursais, insurge-se o Sindicato-Autor quanto à possibilidade de execução da decisão nos próprios autos, ao reconhecimento da responsabilidade subsidiária do 2º Reclamado e à majoração do valor da condenação e dos honorários advocatícios.

Contrarrrazões do 2º Réu (Estado do Espírito Santo) e da 1ª Reclamada (SOLUCOES SERVICOS TERCEIRIZADOS - EIRELI) ao ID. 6879fae e ID. be50c50, respectivamente, pugnando, ambos, seja negado provimento ao apelo Sindical.

Por sua vez, em seu recurso ordinário, a 1ª Reclamada suscita preliminar de prevenção. No mérito, requer a reforma da r. sentença no tocante à ilegitimidade sindical, adicional de insalubridade, multa convencional e honorários advocatícios de sucumbência.

Junta comprovante de recolhimento de custas ao ID. d154087 e de contratação de seguro garantia judicial ao ID. 7d1d85f.

O Sindicato-Autor acosta contrarrrazões ao ID. 80563cb pedindo a manutenção da r. sentença, nos pontos atacados.

Este Relator, verificando que há ente público no polo passivo desta reclamação trabalhista (Estado do Espírito Santo), determinou a intimação ao Ministério Público do Trabalho para manifestação.

Em parecer acostado ao ID. d5f3546 oficiou o i. representante do Parquet pelo "conhecimento dos recursos, negando-se provimento ao apelo da Reclamada e dando-se provimento ao recurso do sindicato, reconhecendo-se a possibilidade de liquidação de sentença nos presentes autos (Súmula 22/TRTES) e a responsabilidade subsidiária do Estado, bem como para que os honorários advocatícios sejam apurados levando-se em consideração o proveito econômico dos substituídos".

Registre-se que a presente demanda foi ajuizada em 09/09/2019, sob a égide, portanto, da Lei 13.467/2017 - Reforma Trabalhista.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. CONHECIMENTO

Conhece-se dos recursos ordinários interpostos pelo Sindicato-Autor e pela 1ª Reclamada, porquanto presentes os pressupostos legais de admissibilidade recursal.

Registre-se que a presente demanda foi ajuizada em 09/09/2019, sob a égide, portanto, da Lei 13.467/2017 - Reforma Trabalhista.

Ressalte-se, ainda, que não houve pronúncia da prescrição pela Origem, não havendo, tampouco, recurso quanto ao tema.

2.2. PRELIMINAR

2.2.1. PREVENÇÃO. PRELIMINAR SUSCITADA PELA 1ª RECLAMADA EM RAZÕES DE RECURSO ORDINÁRIO

A 1ª Reclamada (SOLUCOES SERVICOS TERCEIRIZADOS - EIRELI) suscita, em razões recursais, preliminar de prevenção.

Explica que, quando do ajuizamento da presente demanda, houve o deferimento da Tutela Antecipatória da lide, tendo a MM. Juíza monocrática determinado o bloqueio de valores da ora Recorrente.

Em virtude disso, relata que impetrou Mandado de Segurança, que recebeu o nº 0000485-40.2019.5.17.0000, e foi provido pela Exma. Des. WANDA LÚCIA COSTA LEITE FRANÇA DECUZZI.

Destarte, em aplicação da regra processual prevista nos artigos 43 c/c 59 do CPC, pugna seja o apelo distribuído, por prevenção, àquela Exma. Magistrada.

Examina-se.

A Relatoria de mandado de segurança não implica prevenção do recurso ordinário eventualmente interposto, porquanto a situação envolve competências funcionais distintas (originária e recursal), inexistindo, tampouco, conexão entre as ações.

Rejeita-se a preliminar de prevenção suscitada pela 1ª Reclamada em razões de recurso ordinário.

Em virtude da prejudicialidade das matérias inverte-se a ordem de exame.

2.3. MÉRITO DO RECURSO ORDINÁRIO DA 1ª RECLAMADA (SOLUCOES SERVICOS TERCEIRIZADOS - EIRELI)

2.3.1. ILEGITIMIDADE SINDICAL. PRELIMINAR RENOVADA PELA 1ª RECLAMADA EM RAZÕES RECURSAIS

Trata-se de ação trabalhista interposta por Sindicato, na qualidade de substituto processual, pretendendo a condenação da Reclamada no pagamento de adicional de insalubridade, além de multa convencional e honorários advocatícios.

Registre-se que a presente demanda foi ajuizada em 09/09/2019, sob a égide, portanto, da Lei 13.467/2017 - Reforma Trabalhista.

Ressalte-se, ainda, que não houve pronúncia da prescrição pela Origem, não havendo, tampouco, recurso quanto ao tema.

Em contestação a 1ª Reclamada (SOLUCOES SERVICOS TERCEIRIZADOS - EIRELI) levantou preliminar de ilegitimidade sindical, sob o argumento de que a presente demanda versa acerca de interesses individuais heterogêneos, o que não autorizaria a substituição processual.

A Origem assim se pronunciou:

A origem comum do direito e/ou a sua natureza individual homogênea ou heterogênea pode variar conforme o ângulo de observação, análise ou contexto fático. No caso em apreço, há um fato em comum, sendo a inexistência de pagamento do adicional de insalubridade no âmbito da Ré, recaindo a afirmação do autor quanto aos empregados dos setores de operação e produção não receberem os referidos adicionais.

Portanto, pode-se afirmar sob uma visão mais ampliativa e pretendendo garantir a coerência dos fatos à norma, que a homogeneidade do direito repousa no contexto dos fatos. Se há uma violação que atinge os trabalhadores representados por determinado sindicato, maximizando a lesão para o contexto coletivo, ainda que as questões sejam passíveis de apuração individualizada, ela não afasta a tutela coletiva em contexto genérico.

Rejeito a preliminar.

Em razões de recurso ordinário renova a 1ª Reclamada a preliminar, ressaltando que os colaboradores se ativam em locais diferente, ou seja, em escolas municipais diversas, portanto nem mesmo o local de

trabalho seria homogêneo.

Pugna seja o presente feito extinto com julgamento do mérito, nos termos do art. 485, I, do CPC.

Examina-se.

A Constituição da República, em seu art. 8º, inciso III, elevou os sindicatos ao patamar de legítimos defensores dos direitos e dos interesses coletivos ou individuais dos membros da respectiva categoria profissional, em questões administrativas ou judiciais, ampliando a atuação anterior limitada pelo artigo 513, da CLT.

Essa legitimação, consoante se depreende da redação do dispositivo constitucional em comento, afigura-se ampla, ou seja, independe de norma infraconstitucional que a preveja, da outorga de mandato pelos substituídos ou da juntada de rol dos substituídos.

Na realidade, é o próprio substituto que possui legitimação anômala (no caso de interesses difusos ou coletivos) ou extraordinária (no caso de interesses individuais homogêneos) para a ação, sendo que o alcance subjetivo dela não mais se restringe aos associados da entidade sindical ou a eventuais substituídos arrolados, mas, ao contrário, alcança todos os integrantes da categoria profissional dentro da base territorial do sindicato.

Logo, o sindicato da categoria profissional tem legitimidade para propor qualquer espécie de ação para, em nome próprio, resguardar os interesses da categoria que representa, sejam coletivos, difusos ou individuais homogêneos.

In casu, o Sindicato-Autor pretende a condenação da Ré no pagamento de adicional de insalubridade, previsto em instrumentos coletivos, aos substituídos.

Inegável, portanto, que os direitos reivindicados têm origem comum e afetam vários indivíduos da categoria, devendo ser considerados direitos individuais homogêneos.

Com efeito, o art. 81, parágrafo único, III, do CDC, que veicula a definição legal de "direitos individuais homogêneos", traz tão somente a origem comum como critério de aferição da homogeneidade empolgante da judicialização coletiva desses direitos, senão vejamos:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

(...)

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Nesse passo, incluir requisitos outros além daquele disposto na legislação significa obstaculizar, de forma injustificada, o pleno acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB/88), indo de encontro à toda sistemática adotada pelo microssistema de processo coletivo brasileiro, e aos princípios fundamentais da universalidade, amplitude e máxima efetividade da jurisdição coletiva.

Sublinhe-se que mesmo que a demanda envolva discussão acerca de direitos que podem variar conforme situações específicas e pessoais dos empregados, tal circunstância não é suficiente, por si, para alterar a natureza jurídica da pretensão, pois, repise-se, a homogeneidade do direito relaciona-se com a sua origem e com a titularidade em potencial dos interesses, e não com a sua quantificação e expressão monetária.

Ressalte-se que E. TST possui entendimento pacífico acerca da legitimidade sindical para atuar como substituto processual na pretensão de pagamento de adicional de insalubridade, explicitado em sua OJ 121, *in verbis*:

121. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DIFERENÇA DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. LEGITIMIDADE. (nova redação) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

O sindicato tem legitimidade para atuar na qualidade de substituto processual para pleitear diferença de adicional de insalubridade.

No mesmo sentido citem-se os recentes arestos da Superior Corte Trabalhista:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. LEI 13.015/2014. SINDICATO. SUBSTITUTO PROCESSUAL. LEGITIMIDADE ATIVA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. O Tribunal Regional manteve a sentença a qual reconheceu a legitimidade do Sindicato dos Trabalhadores para figurar como substituto processual na postulação de adicional de insalubridade e reflexos em favor dos empregados substituídos que laboraram no período imprescrito até dezembro/2012 exclusivamente no setor fabril da reclamada (exceto expedição e recebimento), concluindo tratar-se a hipótese da legítima "defesa de interesses coletivos e direitos individuais homogêneos". A legitimidade do sindicato para postular diferença de adicional de insalubridade está pacificada mediante o entendimento concentrado na Orientação Jurisprudencial 121 da SDI-1 desta Corte. Registre-se ainda que a SBDI-1 desta Corte consignou entendimento no sentido de que há legitimidade ad causam do sindicato em sua atuação como substituto processual em casos como o dos autos, cujo direito é proveniente de causa comum, afetos a uma gama de trabalhadores na mesma condição. Precedentes. A decisão regional encontra-se em harmonia com a jurisprudência desta Corte. Incide, portanto, o óbice da Súmula 333 do TST e do art. 896, § 7.º, da CLT. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (AIRR-3338-70.2013.5.02.0090, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 05/06/2020).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. LEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM" DO SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. A discussão gravita em torno de direitos individuais homogêneos (concessão de adicional de insalubridade aos empregados que exercem a função de "auxiliar de engomagem") e, nessa hipótese, esta Corte tem entendido pela legitimidade ad causam do sindicato em sua atuação como substituto processual. A individualização dos substituídos em particular, para fins de quantificação do valor devido, não obsta a substituição processual, na medida em que a SBDI-1 do TST já firmou entendimento de que a homogeneidade diz respeito ao direito, e não à sua quantificação ou forma de apuração, nos termos do art. 81, item III, da Lei 8.078/90, a qual conceitua interesse individual homogêneo como os "decorrentes de origem comum". Precedentes. Incidência da Súmula nº 333 do TST como óbice ao prosseguimento da revista Agravo de instrumento não provido. (AIRR-515-10.2013.5.08.0106, 5ª Turma, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 11/05/2018).

Conclui-se, portanto, que os direitos pretendidos pelo Sindicato-Autor em nome de seus substituídos são homogêneos e têm origem comum, o que configura a legitimidade ativa do ente sindical profissional, nos termos do supracitado art. 8º, III, da Constituição da República e do entendimento sedimentado do C. TST.

No mesmo sentido é o parecer do d. MPT (ID. d5f3546), que ressaltou que: "resta claro que a lesão indicada na inicial (não observância de adicional de insalubridade em norma coletiva), a despeito de individualmente aferível, tem origem comum. Pelo não provimento do apelo".

Nega-se provimento.

2.3.2. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Trata-se de ação trabalhista interposta por Sindicato, na qualidade de substituto processual, pretendendo a condenação da Reclamada no pagamento de adicional de insalubridade, além de multa convencional e honorários advocatícios.

Registre-se que a presente demanda foi ajuizada em 09/09/2019, sob a égide, portanto, da Lei 13.467/2017 - Reforma Trabalhista.

Ressalte-se, ainda, que não houve pronúncia da prescrição pela Origem, não havendo, tampouco, recurso quanto ao tema.

Na peça de ingresso narrou o Sindicato-Autor que 1ª Reclamada é detentora de contrato de prestação de serviços de limpeza e conservação predial com o Estado do Espírito Santo, por intermédio da Secretaria de Estado da Educação, sendo que o contrato celebrado entre as Reclamadas teve início no dia 30/06/2019.

Relatou que os substituídos exercem a função de auxiliar de serviços gerais, realizando a limpeza predial e conservação das Unidades Escolares e Superintendências Regionais de Educação da Região Norte e Noroeste do Estado do Espírito Santo.

Informou que, em que pese haver previsão de pagamento de adicional de insalubridade aos substituídos conforme Cláusula 10ª, § 1º, da CCT, a 1ª Reclamada não realiza tal quitação desde o início do contrato.

Em razão disso, pretendeu a condenação das Rés no pagamento da parcela, desde a data de 30/06/2019.

O d. Juízo de Primeiro Grau, verificando a presença, nas CCT's de 2017/2018, 2018/2018 e 2019/2019 de cláusula prevendo o pagamento de adicional de insalubridade, condenou a Reclamada no pagamento da parcela, a partir de 01/01/2016, com relação a todos os substituídos que tenham laborado na função de auxiliares gerais em virtude do contrato de prestação de serviços firmado entre os Réus.

Em razões de recurso ordinário pretende a 1ª Reclamada seja excluída a condenação no pagamento do adicional.

Alega que sempre forneceu os EPI's adequados, o que a isenta do pagamento imposto pela CCT.

Destaca que não há prova nos autos no sentido de que os substituídos laborem ou tenham laborado em ambiente insalubre, não tendo sido realizada qualquer perícia.

Sustenta que as cláusulas da CCT não são absolutas, devendo guardar a segurança da lei e o respeito as normas legais específicas, nos moldes do artigo 37, caput da CR/88.

Aponta que a cláusula em questão foi declarada inconstitucional em ação interposta pela SEACES perante a 3ª Vara da Fazenda Pública (0039211-60-2016-8-08-0024).

Examina-se.

Conforme as CCT's 2017/2018, 2018/2018 e 2019/2019:

CLÁUSULA DÉCIMA - PAGAMENTO DA INSALUBRIDADE

Fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção Coletiva de Trabalho 2017/2018, continuarão a realizar o pagamento do adicional de insalubridade, em grau máximo, ou seja, no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre o piso da categoria, já previsto nas CCTs de 2015/2016, sendo que a partir do dia 01 de Maio de 2017 o benefício será calculado com base no piso mínimo da categoria que de R\$ 1.031,82 (Um Mil Trinta e Um Reais e Oitenta e Dois Centavos), respeitando a jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais banheirista que realizam a limpeza de banheiros públicos de uso coletivo ou de grande circulação igual ou superior a 40 (quarenta) pessoas. O pagamento do adicional aqui previsto será pago enquanto perdurar a eficácia da súmula 448 do TST.

Parágrafo 1º - Especificamente na questão de efeitos pretéritos em contratos comerciais de prestação de serviços não mais existentes, bem como nos contratos ativos, como contrapartida haverá indenização pecuniária através do pagamento do adicional de insalubridade pelo percentual de 20% (vinte por cento), a todos os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial de contratos comerciais públicos e privados, sendo pago da seguinte maneira: fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção, a partir do dia 01 de Janeiro de 2015, exclusivamente para novos contratos publico, privados e comerciais, procederão ao pagamento do adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre o piso da categoria R\$ 884,92 (Oitocentos e Oitenta e Quatro Reais e Noventa e Dois Centavos), para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial. Ficando acordado o prazo limite para concessão do benefício aqui previsto a todos os trabalhadores que exercem a função de Auxiliar de Serviços Gerais de limpeza predial, a partir de 31 de Dezembro de 2015, exceto os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial já enquadrados no caput desta cláusula.

(...)

Parágrafo 3º - Entende-se por limpeza predial, a limpeza realizada em escolas, comércio, shopping Center, aeroportos, portos, rodoviárias, bancos e imóveis em geral, públicos e privados, tanto na área geral como na área industrial.

Parágrafo 4º - Com a assinatura do presente aditivo, as partes se comprometem a informarem, nos autos das ações trabalhistas coletivas, ficando ressalvadas eventuais ações trabalhistas individuais em curso, que versem sobre o adicional de insalubridade de que trata o caput desta cláusula.

Da simples leitura da norma supratranscrita exsurge, de forma cristalina, o direito dos substituídos ao adicional de insalubridade, consoante reconhecido pela Origem.

Lado outro, deve ser rechaçado o argumento defensivo no sentido de que a ausência de perícia afasta a alegada insalubridade.

Isso porque, tendo sido o pagamento da parcela encetado por meio de livre negociação coletiva, torna-se prescindível a realização de perícia, porquanto tal situação equivale ao pagamento realizado de forma espontânea, que, nos termos da jurisprudência iterativa, atual e notória do C. TST, dispensa a prova técnica.

Na mesma linha, refuta-se a suposta invalidade de tal cláusula, sob a fundamentação de que "as cláusulas da CCT não são absolutas, devendo guardar a segurança da lei e o respeito as normas legais específicas, nos moldes do artigo 37, caput da CR/88".

Ora, a negociação coletiva trabalhista configura-se como importante instrumento para garantir melhorias nas condições empregatícias e sociais dos trabalhadores, tendo sido, por isso, fortemente incentivada pela Constituição da República de 1988 (a exemplo das previsões contidas no art. 7º, incisos VI, XIII e XXVI).

Nos dizeres de Maurício Godinho Delgado:

(...) negociação coletiva trabalhista consiste em um instrumento de democratização do poder e da riqueza no âmbito da sociedade civil; é importante veículo institucionalizado para a busca da maior democratização e inclusão socioeconômica das pessoas humanas na sociedade civil. (Delgado, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16ª Ed. São Paulo: LTr, 2017).

Nesse contexto, não há falar em invalidade da cláusula que prevê o pagamento de adicional de insalubridade aos auxiliares gerais, por se tratar de norma fruto de regular negociação coletiva, que prestigia os mandamentos constitucionais e celetistas acerca da proteção à saúde e à segurança do trabalhador, permitindo efetivar os princípios e garantias fundamentais sobre o tema, previstos na Carta Magna.

Tampouco merece guarida a tese Patronal no sentido de inaplicabilidade da cláusula da CCT, por ter sido reconhecida sua inconstitucionalidade em ação interposta pela SEACES perante a 3ª Vara da Fazenda Pública (0039211-60-2016-8-08-0024), uma vez que a nulidade incidental não perfaz coisa julgada material.

Por fim, não prospera a alegação de que o fornecimento de EPIs excluiria o direito à percepção da parcela.

A uma, porque a própria CCT prevê o pagamento em grau médio (independentemente dos equipamentos de proteção utilizados). A duas, porquanto este Relator entende que os artigos de proteção apenas minimizam os efeitos devastadores dos agentes nocivos, não tendo o condão de neutralizá-los completamente, o que implica dizer que o obreiro, ainda que faça uso de EPI's, continua submetido a situações que lhe causam danos à saúde e integridade física, ensejando o recebimento do adicional em questão.

Irretocável, pois, a r. sentença, que condenou a Reclamada no pagamento de adicional de insalubridade, nos termos previstos nas CCT's da categoria.

Nessa mesma linha é parecer do d. MPT (ID. d5f3546):

Revedo posicionamento anterior, e sobretudo porque a CLT agora contempla a possibilidade de que normas coletivas disponham sobre a concessão de adicional de insalubridade (e não somente o enquadramento do grau, como quer fazer crer a empresa), passo a desconsiderar obrigatória a realização de perícia, quando cumpridos os requisitos previstos no instrumento coletivo:

(...)

Assim, considerando-se que não há controvérsia nos autos acerca das funções exercidas pelos substituídos e o enquadramento na norma coletiva discutida nos presentes autos, não há ilegalidade a ser reconhecida devendo prevalecer a condenação imposta aos reclamados, independentemente da questão afeta ao uso de EPI's.

Ressalte-se, outrossim, que a existência de decisão definitiva proferida pela Justiça Comum acerca da aplicabilidade da convenção coletiva para fixação dos preços do contrato administrativo firmado entre as reclamadas não gera efeitos no processo do trabalho.

Nega-se provimento.

2.3.3. MULTA CONVENCIONAL. NATUREZA DE CLÁUSULA PENAL. LIMITAÇÃO AO VALOR DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL

Trata-se de ação trabalhista interposta por Sindicato, na qualidade de substituto processual, pretendendo a condenação da Reclamada no pagamento de adicional de insalubridade, além de multa convencional e

honorários advocatícios.

Registre-se que a presente demanda foi ajuizada em 09/09/2019, sob a égide, portanto, da Lei 13.467/2017 - Reforma Trabalhista.

Ressalte-se, ainda, que não houve pronúncia da prescrição pela Origem, não havendo, tampouco, recurso quanto ao tema.

Diante do alegado descumprimento da CCT pela ausência de regular quitação do adicional de insalubridade nela previsto, pugnou o Sindicato-Autor, na peça de ingresso, pela condenação das Rés no pagamento de multa convencional (Cláusula 55, §3º, da CCT).

O d. Juízo *a quo* deferiu o pedido, nos seguintes termos:

Demonstrado o descumprimento da cláusula convencional e comprovada a notificação prévia da reclamada, conforme procedimento previsto no parágrafo primeiro da cláusula quinquagésima quinta, condeno a reclamada ao pagamento da multa prevista no parágrafo terceiro da cláusula convencional em comento.

O Sindicato Autor deverá comprovar nestes autos o repasse de 50% da multa aos trabalhadores e 25% para o SEACES, conforme parágrafo 6º da cláusula quinquagésima sexta.

Em sede recursal, alega a 1ª Reclamada que o valor da multa deve ser limitado, nos moldes da OJ 54, do C. TST e 412, CC.

Examina-se.

Entende-se, na linha do posicionamento esposado pelo C. TST, que a cláusula normativa que estabelece multa por descumprimento possui a mesma natureza jurídica da cláusula penal, devendo, portanto, limitar-se ao valor da obrigação principal, consoante prevê o art. 412, do Código Civil Brasileiro e a OJ 54, da SDBI-I, do TST, *in verbis*:

54. MULTA. CLÁUSULA PENAL. VALOR SUPERIOR AO PRINCIPAL (título alterado, inserido dispositivo e atualizada a legislação)- Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

O valor da multa estipulada em cláusula penal, ainda que diária, não poderá ser superior à obrigação principal corrigida, em virtude da aplicação do artigo 412 do Código Civil de 2002 (art. 920 do Código Civil de 1916).

Nesse sentido:

RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 13.015/2014. AÇÃO DE CUMPRIMENTO. MULTA NORMATIVA. LIMITAÇÃO DO VALOR AO MONTANTE DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. O debate sobre a possibilidade de limitação do valor da multa normativa ao valor da obrigação principal, ainda que decorrente de norma coletiva, vem sendo solucionado no âmbito desta Subseção sob o entendimento de que a cláusula normativa que estabelece multa por descumprimento do ajustado coletivamente tem a mesma natureza jurídica de cláusula penal, isto é, obrigação acessória pela qual as partes acordam indenização no caso de descumprimento da obrigação, o que atrai a incidência da diretriz firmada na Orientação Jurisprudencial 54 desta Subseção. Recurso de embargos conhecido e provido. (TST-E-ARR-12481-66.2014.5.14.0041. SBDI-I. Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho. Data de Julgamento: 12/11/2018, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 30/11/2018.

"(...) B) AGRAVO DE INSTRUMENTO DO SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DA ALIMENTAÇÃO DO ESTADO DE RONDÔNIA - SINTRA - INTRA. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. 1. MULTANORMATIVA. LIMITAÇÃO AO VALOR DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. 2. REAJUSTES SALARIAIS. CONCEDIDOS POR ACT 2014/2015 FORA DA VIGÊNCIA DA CCT 2014/2014. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. 3. SINDICATO. SUBSTITUTO PROCESSUAL. BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA. REQUISITOS. Esta Corte Superior possui o entendimento de que a multa convencional tem natureza jurídica

de cláusula penal, sendo aplicável o Código Civil, por força do art. 8o da CLT. Registre-se que a ampla liberdade que a lei confere às partes para acordarem sobre o valor da multa, fixando-a no limite que entendam ser justo, não é absoluta, isso porque, em defesa da ordem pública, a norma coletiva ficou delimitada pela legislação civil, ao não permitir que os sujeitos da relação convençam cláusula penal em valor superior ao da obrigação principal. Agravo de instrumento desprovido." (AIRR-964-74.2015.5.14.0091, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 22/03/2017, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/03/2017)

"RECURSO DE EMBARGOS DO SINDICATO. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. NORMA COLETIVA. DESCUMPRIMENTO. MULTA NORMATIVA. NATUREZA JURÍDICA. CLÁUSULA PENAL. LIMITAÇÃO AO VALOR DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. OJ 54 DESTA SUBSEÇÃO. CONTRARIEDADE NÃO CARACTERIZADA. 1. Trata-se de recurso de embargos interposto sob a égide da Lei 13.015/2014, mediante a qual conferida nova redação ao art. 894, II, da CLT, no sentido de que o recurso de embargos apenas é cabível quando demonstrada divergência entre decisões proferidas por Turmas desta Corte superior, destas com julgados da Seção de Dissídios Individuais, ou contrárias a súmula ou orientação jurisprudencial do TST ou súmula vinculante do STF. Nesse contexto, inviável a indicada violação dos arts. 7º, XXIX, da CF e 412 do CCB. 2. Aresto oriundo da mesma Turma prolatora do acórdão embargado é inservível ao aparelhamento do recurso de embargos, por falta de previsão no art. 894 da CLT. 3. A e. Turma analisou a questão pelo enfoque da natureza jurídica da cláusula normativa, em que concluiu que „a multa estipulada em norma coletiva possui natureza de cláusula penal, por se tratar de indenização facultativa estipulada contratualmente. Nesse contexto, os arestos válidos apresentados, que decidem pelo enfoque do reconhecimento da autonomia da vontade coletiva são inespecíficos, à luz da Súmula 296/TST. 4. No mais, esta Subseção já se manifestou no sentido de que cláusula normativa que estabelece multa por descumprimento do que ajustado coletivamente tem a mesma natureza jurídica de cláusula penal, razão por que a Turma, ao determinar a limitação da multa ao valor da obrigação principal não incorreu em contrariedade à OJ 54 da SBDI-1 desta Corte. Recurso de embargos não conhecido." (grifos nossos - E-RR-365-77.2012.5.05.0193 , Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 29/09/2016, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 07/10/2016)

Destarte, merece guarida a irresignação da Reclamada.

Dá-se provimento para determinar que a multa convencional devida pela Reclamada seja limitada ao valor da obrigação principal.

2.3.4. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA

Trata-se de ação trabalhista interposta por Sindicato, na qualidade de substituto processual, pretendendo a condenação da Reclamada no pagamento de adicional de insalubridade, além de multa convencional e honorários advocatícios.

Registre-se que a presente demanda foi ajuizada em 09/09/2019, sob a égide, portanto, da Lei 13.467/2017 - Reforma Trabalhista.

Ressalte-se, ainda, que não houve pronúncia da prescrição pela Origem, não havendo, tampouco, recurso quanto ao tema.

A Origem condenou a 1ª Reclamada no pagamento de honorários advocatícios de sucumbência no percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor dado à causa.

Em recurso, pugna a 1ª Ré seja o Sindicato-Autor condenado no pagamento de honorários advocatícios, com arrimo no art. 791-A, da CLT.

Examina-se.

Em casos como o presente, em que o sindicato atua como substituto processual, na defesa de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, o sistema processual aplicável não é o do processo trabalhista individual e sim o microsistema do processo coletivo, consubstanciado nas normas da CRFB/88, na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.747/85) e no CDC (Lei nº 8.078/90).

A evolução das relações interindividuais no contexto da sociedade de massa tornou evidente a insuficiência do Direito Processual Civil para lidar com as situações de megaconflitos.

Com efeito, os institutos processuais clássicos, de cunho essencialmente patrimonialistas (herança do histórico Código de Napoleão), mostram-se ineficazes para tutelar interesses que, umbilicalmente atrelados à dignidade da pessoa humana, não aceitam a mera convolação em perdas e danos.

É nesse contexto que desponta o processo coletivo, que, na esteira da fase instrumentalista experimentada atualmente pelo processo civil pós CPC/2015, volta-se à efetividade do processo, guiado por princípios como o devido processo social, interesse jurisdicional no conhecimento do mérito, máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva, socialização do processo, dentre outros.

Nesses termos, aplica-se à espécie o disposto no art. 18 da LACP e art. 87 do CPC, que dispõem, respectivamente, o seguinte:

Art. 18 da Lei 7.347/85. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais.

Art. 87 da Lei 8.078/90. Nas ações coletivas de que trata este código não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

Assim, considerando que o sindicato é espécie do gênero associação civil, forçoso concluir que, ao atuar na defesa dos interesses da categoria, a condenação no pagamento de honorários advocatícios, quando sucumbente, está restrita à comprovação de má-fé - o que não é o caso da presente demanda.

Nessa linha é o posicionamento do E. TST, senão vejamos:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SINDICATO SUCUMBENTE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. Reconhecida a legitimidade ampla para atuar na defesa coletiva da categoria, como substituto processual, e, diante da sua constituição na forma de associação nos termos do artigo 53 e seguintes do Código Civil, aplicam-se ao sindicato, quando autor de demandas coletivas, as disposições do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública, inclusive quanto aos honorários advocatícios, por força de disposição expressa nessas leis de regência que autorizam a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil no que for cabível. Assim, havendo sucumbência do sindicato, tanto o artigo 87 do Código de Defesa do Consumidor, assim como o artigo 18 da Lei 7.374/85, dispõem que a condenação da associação autora em honorários advocatícios está restrita à comprovação de má-fé. No caso em apreço, contudo, não se observa qualquer registro de ter havido má-fé comprovada do sindicato. Essa ausência de má-fé mais se reforça quando se constata que a Turma reconheceu a legitimidade ativa do Sindicato para a causa e determinou o retorno dos autos ao Tribunal de origem para o exame dos pedidos constantes do recurso ordinário do reclamante. De tal modo, a condenação do sindicato sucumbente ao pagamento de honorários advocatícios não se justifica porque ausente comprovada má-fé. Recurso de embargos conhecido e provido (E-ED-RR-1218-27.2010.5.09.0652, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, DEJT 27/10/2017).

A) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA DO SINDICATO RECLAMANTE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. O presente agravo de instrumento merece provimento, com conseqüente processamento do recurso de revista, haja vista que o reclamante logrou demonstrar possível má aplicação da Súmula nº 219, III, do TST. Agravo de instrumento conhecido e provido. B) RECURSO DE REVISTA . HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA DO SINDICATO RECLAMANTE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. Nos termos da jurisprudência desta Corte, nas ações coletivas em que o Sindicato atue como substituto processual, os honorários advocatícios somente serão devidos nos casos em que comprovada a sua má-fé, nos termos dos artigos 87, parágrafo único, do CDC e 18 da LACP, não evidenciada na hipótese. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido (RR-815-97.2017.5.10.0001, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 08/11/2019).

Na mesma direção o parecer do *Parquet* (ID. d5f3546).

Não há falar, portanto, em condenação do Sindicato-Autor no pagamento de honorários advocatícios.

Nega-se provimento.

2.4. MÉRITO DO RECURSO ORDINÁRIO DO SINDICATO-AUTOR

2.4.1. EXECUÇÃO DA DECISÃO NOS PRÓPRIOS AUTOS

Trata-se de ação trabalhista interposta por Sindicato, na qualidade de substituto processual, pretendendo a condenação da Reclamada no pagamento de adicional de insalubridade, além de multa convencional e honorários advocatícios.

Registre-se que a presente demanda foi ajuizada em 09/09/2019, sob a égide, portanto, da Lei 13.467/2017 - Reforma Trabalhista.

Ressalte-se, ainda, que não houve pronúncia da prescrição pela Origem, não havendo, tampouco, recurso quanto ao tema.

Acerca da execução da sentença, a Origem assim determinou:

Considerando tratar-se de ação de natureza coletiva ajuizada por sindicato representante de categoria profissional e que a decisão proferida nos autos possui caráter genérico (Lei nº 8.078/90, art. 95), a liquidação/execução das parcelas de cunho pecuniário deverá ser realizada pelo trabalhador beneficiado pela decisão (substituído processual), individualmente, mediante ação executiva própria, com livre distribuição.

Publique-se edital no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, para ciência dos interessados (substituídos processuais) em promover a liquidação e execução da sentença.

Inconformado, requer o Sindicato-Autor, em sede recursal, seja facultada a execução coletiva da r. sentença.

Alega que a execução nos autos da demanda evita inúmeros ações individuais para liquidar o julgado, gera economia processual, eficiência, garante o acesso à ordem jurídica justa e contribui para o desafogamento do Judiciário Trabalhista.

Examina-se.

Entende-se que a execução de sentença de natureza coletiva pode ser promovida tanto individualmente pelos empregados beneficiados, assistidos processualmente pelo sindicato da categoria, como pela entidade sindical que ajuizou a ação coletiva.

Isso porque a legitimidade conferida aos sindicatos pela Constituição Federal, em seu art. 8º, III, não induz interpretação restritiva, no sentido de que tais entidades, em substituição processual, não poderiam atuar também durante a execução do julgado.

Ou seja, a legitimidade para a execução individual pelo empregado beneficiado não exclui a legitimidade do Sindicato-Autor para mover a execução da sentença coletiva.

Por outro lado, a legitimidade do Sindicato-Autor para mover a execução da sentença coletiva tampouco exclui a legitimidade do empregado beneficiado para promover a execução individual.

Como se trata de direitos individuais homogêneos postulados em ação coletiva, este Relator vinha entendendo que, aplicando-se o disposto no art. 100 da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), a entidade sindical poderia promover a demanda executiva apenas se os substituídos permanecessem inertes após um ano do trânsito em julgado.

Ocorre que este Regional, por intermédio da Súmula n. 22, alterada em razão do julgado do IAC 0294-97.2016.5.17.0000, passou a adotar o posicionamento no sentido de que o art. 100 do Código de Defesa do Consumidor não é aplicável ao processo de liquidação e execução de sentenças coletivas trabalhistas. Vejamos:

Legitimidade extraordinária do sindicato para liquidação e execução trabalhista. O artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor é incompatível com o processo de liquidação e execução de sentenças coletivas trabalhistas. O edital do art. 94 do CDC deve ser publicado pelo sindicato apenas para conhecimento dos beneficiários da sentença coletiva.

Dentre outras razões, tal posicionamento está fundamentado no fato de que conferir legitimidade ao sindicato para executar diretamente as ações coletivas significa assegurar a despersonalização da demanda, notadamente quando não há qualquer garantia no emprego daqueles trabalhadores substituídos, que permanecem submetidos à subordinação jurídica de seus empregadores.

Também se justifica em razão da natureza alimentar dos créditos trabalhistas e à luz dos princípios da proteção e da celeridade, porquanto não é razoável exigir o decurso do prazo de um ano para que o ente sindical possa dar início à liquidação e execução coletiva.

Outrossim, o Supremo Tribunal Federal submeteu a matéria à sistemática da repercussão geral (Tema n. 823) e, reafirmando a jurisprudência dominante, reconheceu a ampla legitimidade dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria, inclusive na liquidação e execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ART. 8º, III, DA LEI MAIOR. SINDICATO. LEGITIMIDADE. SUBSTITUTO PROCESSUAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.

I - Repercussão geral reconhecida e reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da ampla legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam, inclusive nas liquidações e execuções de sentença, independentemente de autorização dos substituídos.

Dessa forma, não subsiste a interpretação restritiva conferida na decisão impugnada de que apenas os trabalhadores seriam os legitimados para a liquidação e execução do título executivo, devendo ser reconhecida a legitimidade do Sindicato para tal, diante da sua qualidade de substituto processual.

Nessa linha é o parecer do d. MPT (ID. d5f3546):

Com razão o autor.

Nos termos da súmula 22 do E. TRT " o artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor é incompatível com o processo de liquidação e execução de sentenças coletivas trabalhistas. O edital do art. 4 do CDC deve ser publicado pelo sindicato apenas para conhecimento dos beneficiários da sentença coletiva".

Logo, é possível que a execução se processe nos próprios autos da ação coletiva, sendo perfeitamente possível a aplicação do §2º do artigo 85 do NCPC, o qual dispõe que os honorários advocatícios devem ser fixados sobre o valor do proveito econômico obtido, com prevalência sobre o arbitramento da condenação e/ou o valor da causa.

Pelo provimento do apelo.

Assim sendo, dá-se provimento para, sem prejuízo da legitimidade de cada trabalhador, declarar a legitimidade do Sindicato-Autor para, na qualidade de substituto processual, proceder à liquidação e execução do título executivo.

2.4.2. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO 2º RECLAMADO (ESTADO DO ESPÍRITO SANTO)

Trata-se de ação trabalhista interposta por Sindicato, na qualidade de substituto processual, pretendendo a condenação da Reclamada no pagamento de adicional de insalubridade, além de multa convencional e honorários advocatícios.

Registre-se que a presente demanda foi ajuizada em 09/09/2019, sob a égide, portanto, da Lei 13.467/2017 - Reforma Trabalhista.

Ressalte-se, ainda, que não houve pronúncia da prescrição pela Origem, não havendo, tampouco, recurso quanto ao tema.

Na peça de entrada narrou o Sindicato-Autor que 1ª Reclamada é detentora de contrato de prestação de serviços de limpeza e conservação predial com o Estado do Espírito Santo, por intermédio da Secretaria de Estado da Educação, sendo que o contrato celebrado entre as Reclamadas teve início no dia 30/06/2019.

Relatou que os substituídos exercem a função de auxiliar de serviços gerais, realizando a limpeza predial e conservação das Unidades Escolares e Superintendências Regionais de Educação da Região Norte e Noroeste do Estado do Espírito Santo.

Diante disso, pretendeu a responsabilidade subsidiária do 2º Reclamado (Estado do Espírito Santo) pelo pagamento das verbas devidas.

A Origem indeferiu o pedido Sindical, adotando as seguintes razões de decidir:

(...) Ora, não há como imputar ao ente público uma conduta comissiva ou omissiva quando o fato que gerou o dano ao empregado foi causado pelo seu empregador, a prestadora de serviço. Ausente, portanto, o elemento do nexu causal.

Ademais, o contrato de prestação de serviços que celebram entre si os entes públicos e as empresas prestadoras de serviços goza de presunção de legitimidade (atributo presente em todos os atos administrativos). Assim, enquanto não for atestado vício em algum requisito do ato, este continuará produzindo efeitos jurídicos como se válido fosse.

Importante salientar que, subjetivamente falando, a Administração Pública refere-se aos órgãos integrantes das pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), aos quais a lei confere o exercício de

funções administrativas." (Direito Administrativo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, 1997, Atlas, págs. 55-56), englobando, também, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas; órgãos que se sujeitam ao disposto no art. 37 da Constituição da República.

Com base nisso, a contratação efetuada pela Administração Pública haverá de ser tida, num primeiro momento, como regular. Ademais, o contrato de prestação de serviços celebrado entre as rés originou-se de procedimento licitatório.

Seria necessário comprovar fraude na contratação, ou seja, fraude no processo licitatório, para justificar a responsabilidade subsidiária pedida. E nada foi comprovado quanto a isso nos autos.

Nesses termos, conquanto demonstrada a prestação de serviços da parte autora em prol do ente público réu, julgo improcedente o pleito autoral de responsabilização subsidiária da segunda reclamada.

Em razões recursais requer o Sindicato-Autor seja reconhecida a responsabilidade subsidiária do 2º Reclamado (Estado do Espírito Santo).

Explica que a partir da Lei 13.429/17 a responsabilidade subsidiária da contratante incide sobre contrato lícito de prestação de serviço e vigora enquanto perdurar a higidez dessa contratação, independentemente de configuração de culpa in elegendo ou in vigilando da empresa contratante.

Destaca que, ao julgar a validade da terceirização em todas as etapas do processo produtivo, o STF, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324 e no Recurso Extraordinário (RE) 958252, com repercussão geral reconhecida, confirmou a responsabilidade subsidiária da contratante pelo descumprimento das normas trabalhistas.

Sublinha que é incontroverso que o ente público contratou a empregadora para execução de obras e serviços sem fiscalizar devidamente a realização das atividades.

Ressalta que houve descumprimento de norma coletiva durante todo o período laborado e não há nenhum elemento nos autos que demonstre fiscalização por parte do órgão público.

Examina-se.

No âmbito do Judiciário Trabalhista era pacífico o entendimento de que os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas inadimplidas por parte dos contratados, conforme dispunha a antiga redação do item IV da Súmula n. 331 do TST. Assim, bastava o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador para que os entes públicos, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista fossem responsabilizados subsidiariamente por essas parcelas.

Todavia, os entes da Administração Pública questionavam a legalidade do item IV da Súmula n. 331 do TST, pois, segundo eles, contrariava a norma do art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/93, que, ao tratar dos contratos administrativos, estabelece que "a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento".

O Pleno do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, no dia 11-03-2009, ao julgar incidente de inconstitucionalidade nos autos do processo n. 0080900-06.2007.5.17.0008, reconheceu a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/93, mas dispôs que referido dispositivo legal não desobriga o ente público da responsabilidade pelo pagamento das verbas que vierem a ser reconhecidas, uma vez que ele simplesmente atribui responsabilidades primárias ao contratado. Com efeito, assentou-se que "referida norma não exclui a responsabilidade, apenas atribui obrigações primárias, não havendo transferência da responsabilidade final pelas obrigações trabalhistas assumidas pelo empregador".

Dessa forma, no âmbito deste Regional, adotava-se o entendimento de que, em que pese a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/93, as pessoas jurídicas integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pelo contratado.

Entretanto, sobreveio decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em 24-11-2010, na Ação Direta de Constitucionalidade n. 16, que gerou a alteração da Súmula n. 331 pelo TST.

O Supremo Tribunal Federal, na sessão do dia 24-11-2010, julgou procedente pedido formulado pelo Governador do Distrito Federal na Ação Direta de Constitucionalidade n. 16 para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93. Entendeu-se naquele julgamento que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade.

Diante da decisão do STF na ADC n. 16, o Tribunal Superior do Trabalho alterou a redação da Súmula n. 331, retirando a referência aos entes da Administração Pública direta e indireta constante no item "IV", e acrescentando o item "V", verbis:

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 decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Destarte, pela nova redação da Súmula n. 331 do TST, os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta somente respondem de forma subsidiária pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador quando estiver comprovada sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, principalmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora (culpa in vigilando).

A partir de então, este Relator vinha entendendo, à luz da decisão proferida pelo STF na ADC n. 16 e do item V da Súmula n. 331 do TST, que para responsabilizar subsidiariamente a Administração Pública, nos casos de terceirização de mão de obra, seria necessário investigar com mais rigor se houve falha ou falta de fiscalização pelo ente público contratante, competindo ao tomador de serviços comprovar a efetiva fiscalização do contrato.

Com efeito, ao firmar um contrato de prestação de serviços ou de empreitada, a contratante tem o dever de fiscalizar a idoneidade financeira da contratada, já que é a beneficiária direta dos serviços prestados, sob pena de ser responsabilizada subsidiariamente pelos danos causados aos trabalhadores, por ocorrência de culpa in vigilando e de culpa in eligendo, nos termos dos arts. 186 e 927, ambos do Código Civil.

Nesse prisma, determina o art. 67 da Lei n. 8.666/93 que "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". O § 1º desse dispositivo legal estabelece, ainda, que 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".

Ou seja, a Lei n. 8.666/93 determina que o administrador fiscalize o cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias, cabendo à Administração Pública anotar em livro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, e, quando houver irregularidades, aplicar sanções à contratada, como a suspensão provisória ou temporária do direito de participar de licitação, o impedimento de contratar com a Administração e a declaração de sua inidoneidade (art. 87, III e IV, da Lei de Licitações).

Frisa-se que foi sumulado no âmbito deste Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região o seguinte entendimento:

SÚMULA Nº 21 DO TRT DA 17ª REGIÃO.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. A declaração, pelo STF, de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 não obsta que seja reconhecida a responsabilidade de ente público, quando esse último não comprovar a efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações legais e contratuais do prestador de serviços como empregador.

Todavia, o Pleno do STF, nos autos do RE 760931, em julgamento realizado sob a sistemática de repercussão geral e com efeito vinculante realizado em 30/03/2017, decidiu por apertada maioria (6 a 5) que a administração pública não pode ser responsabilizada automaticamente pelos encargos trabalhistas decorrentes de inadimplência da prestadora de serviço (empresa terceirizada), só cabendo condenação se houver prova inequívoca em casos de conduta omissiva na fiscalização dos contratos.

Em 26/04/2017, foi fixada a seguinte tese para efeito de repercussão geral:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio, fixou a seguinte tese de repercussão geral: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93".

Da análise dos fundamentos expendidos pelo pretório excelso no julgamento do RE 760931, extrai-se que a responsabilidade da Administração Pública somente poderá ser declarada se existente prova nos autos de sua culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.

Desta forma, modificando seu entendimento anterior, este Relator curva-se à decisão com efeito vinculante tomada pelo E. STF e passa a adotar o entendimento de que para a caracterização da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, deve restar comprovada nos autos a sua culpa *lato sensu*.

Noutro giro, mostra-se necessário um exame mais aprofundado acerca da questão da distribuição do *onus probandi*.

Isso porque, no exame do RE 760931, o Excelso Supremo Tribunal Federal apenas determinou que a responsabilização da Administração Pública não se dá de forma automática, não adentrando, contudo, na questão da distribuição do ônus probatório - fato que restou confirmado pelo próprio STF, no julgamento dos embargos relativos ao Tema 246 da Repercussão Geral.

Nada obstante, o C. TST, por meio de sua SDI-1, após a supracitada decisão do STF, cuidou de apreciar especificamente a questão, entendendo que, em virtude do princípio da aptidão para a prova, nas hipóteses em que o prestador de serviços descumpra obrigações trabalhistas cabe ao tomador (ente público) demonstrar a adequada fiscalização.

Sobre o assunto, é relevante destacar alguns trechos do voto do Min. Relator Cláudio Brandão, que explicitam os motivos do posicionamento da Superior Corte trabalhista:

Quanto ao tema em discussão, a tese fixada não é suficiente para externar, de maneira clara, a essência da decisão da Corte Suprema, já que enuncia, de forma genérica, a impossibilidade de condenação automática do Poder Público, como já dito, não é esse o conteúdo da Súmula nº 331, V, desta Corte, que norteava a jurisdição trabalhista.

(...)

Nesse contexto, quando o Supremo Tribunal Federal definiu, no julgamento da ADC nº 16, a constitucionalidade do artigo 71, § 1º da Lei nº 8.666/93, não significou a vedação absoluta ao reconhecimento da responsabilidade subsidiária do Poder Público. Aliás, a ementa do julgado foi expressa ao consignar que a vedação dizia - e diz -

respeito à transferência automática da responsabilidade, o que não alcança e não se confunde com a condenação fundamentada na culpa in vigilando.

(...)

Portanto, em sede de embargos de declaração, o Supremo Tribunal Federal deixou claro que a matéria pertinente ao ônus da prova não foi por ele definida, ao fixar o alcance do Tema 246. Permite, assim, que a responsabilidade subsidiária seja reconhecida, mas sempre de natureza subjetiva, ou seja, faz-se necessário verificar a existência de culpa in vigilando.

Certamente assim o fez motivado pelo fato de ser matéria infraconstitucional, na linha de remansosa e antiga jurisprudência revelada pelos julgados que ora transcrevo, com destaques inseridos:

(...)

Em consequência, ficará a cargo de definição por esta Corte, o que autoriza a revisão de sua jurisprudência, até porque muitos votos proferidos desde então consignam ressalvas de entendimentos dos Ministros que a integram, por considerarem que o dever de fiscalização também é consequência direta da aplicação da citada Lei, que a prevê de modo expresso nos artigos 58, III, e 67, caput.

Além dessas, outras regras impõem obrigações ao Poder Público contratante, consoante disposto nos artigos 54, § 1º; 55, XIII; 66; 67, § 1º; 77 e 78 da mesma Lei, o que atrai, assim, a aplicação também dos artigos 186 e 927 do Código Civil e exige que a questão jurídica posta à apreciação desta Justiça seja analisada a partir de todo esse conjunto normativo, e não apenas do invocado artigo 71, § 1.º, isoladamente.

Portanto, a interpretação sistemática do quadro normativo regente da celebração de contratos pela Administração Pública revela ser dela a obrigação ordinária em fiscalizar a sua regular execução, inclusive no que diz respeito ao cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo vencedor da licitação, entre as quais se inclui, por lógica e óbvia dedução, as decorrentes da legislação laboral, motivo pelo qual caberá ao Poder Judiciário verificar, em cada caso concreto e diante da postulação posta ao seu exame, a real situação fática e as consequentes responsabilidades.

(...)

É, portanto, dever ordinário imposto à Administração Pública, a partir da própria Lei por ela invocada. Contudo, ainda que se tratasse de fato constitutivo, como se poderia depreender do voto proferido pelo Ministro Luiz Fux, a distribuição dinâmica do ônus da prova a vincula a quem possui mais e melhores condições de fazê-lo, tal como expressamente previsto no artigo 818, § 1º, da CLT ("excessiva dificuldade de cumprir o encargo"), o que certamente não é o trabalhador, que sequer consegue ter acesso à documentação relativa à regularização das obrigações regulares decorrentes do contrato. Em apoio a essa afirmação, não se pode transferir para o empregado essa obrigação, nem mesmo sob o fundamento de que poderia ter acesso à documentação por meio de requerimento dirigido ao ente público contratante, com fundamento na Lei de Acesso à Informação - Lei nº 12.527/2011.

Segue a ementa do julgado em referência:

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LICITAÇÃO. DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE Nº 760.931. TEMA 246 DA REPERCUSSÃO GERAL. SÚMULA Nº 331, V, DO TST. RATIO DECIDENDI. ÔNUS DA PROVA. No julgamento do RE nº 760.931, o Supremo Tribunal Federal firmou a seguinte tese, com repercussão geral: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93". O exame da ratio decidendi da mencionada decisão revela, ainda, que a ausência sistemática de fiscalização, quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora, autoriza a responsabilização do Poder Público. Após o julgamento dos embargos de declaração e tendo sido expressamente rejeitada a proposta de que fossem parcialmente acolhidos para se esclarecer que o ônus da prova desse fato pertencia ao empregado, pode-se concluir que cabe a esta Corte Superior a definição da matéria, diante de sua natureza eminentemente infraconstitucional. Nessa linha, a remansosa e antiga jurisprudência daquele Tribunal: AI 405738 AgR, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª T., julg. em 12/11/2002; ARE 701091 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª T., julg. em 11/09/2012; RE 783235 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª T., julg. em 24/06/2014; ARE 830441 AgR, Rel(a) Min. Rosa Weber, 1ª T., julg. em 02/12/2014; ARE 1224559 ED-AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julg. em 11/11/2019. Portanto, em sede de embargos de declaração, o Supremo Tribunal Federal deixou claro que a matéria pertinente ao ônus da prova não foi por ele definida, ao fixar o alcance do Tema 246. Permitiu, por conseguinte que a responsabilidade subsidiária seja reconhecida, mas sempre de natureza subjetiva, ou seja, faz-se necessário verificar a existência de culpa in vigilando. Por esse fundamento e com base no dever ordinário de fiscalização da execução do contrato e de obrigações outras impostas à Administração Pública por diversos dispositivos da Lei nº 8.666/1993, a exemplo, especialmente, dos artigos 58, III; 67, caput e seu § 1º; e dos artigos 54, § 1º; 55, XIII; 58, III;

66; 67, § 1º; 77 e 78, é do Poder Público, tomador dos serviços, o ônus de demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato de prestação de serviços. No caso, o Tribunal Regional consignou que os documentos juntados aos autos pelo ente público são insuficientes à prova de que houve diligência no cumprimento do dever de fiscalização, relativamente ao adimplemento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizada. Ou seja, não se desincumbiu do ônus que lhe cabia. A Egrégia Turma, por sua vez, atribuiu ao trabalhador o ônus da prova, razão pela qual merece reforma a decisão embargada, a fim de restabelecer o acórdão regional. Recurso de embargos conhecido e provido. TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281. Relação de emprego: Min. Cláudio Brandão. DJe: 22/05/2020.

Inarredável, portanto, a conclusão no sentido de que deve ser atribuído à Administração Pública o ônus da prova acerca da efetiva fiscalização do contrato, de modo a afastar sua responsabilidade pela culpa *in vigilando*.

Pois bem.

É incontroverso nos autos que o Reclamante laborou em favor do 2º Reclamado (Estado do Espírito Santo) na execução do contrato de prestação de serviços celebrado entre as ele e a 1ª Reclamada (SOLUCOES SERVICOS TERCEIRIZADOS- EIRELI) para realização de serviços de "limpeza e conservação, bem como, serviços de desinfecção de reservatórios de água potável (caixa d'água e cisterna), inclusive com fornecimento de materiais de consumo (exceto materiais de higiene pessoal) e equipamentos de limpeza, para manutenção nas dependências internas e externas das Unidades Escolares e Superintendências Regionais de Educação da Região Norte e Noroeste do Espírito Santo".

Caberia, portanto, ao 2º Réu (Estado do Espírito Santo) acompanhar a execução do contrato e exigir da contratada todos os comprovantes de quitação dos encargos trabalhistas e previdenciários, bem como juntá-los ao processo, como prova do exercício fiscalizatório que a ela incumbia.

No entanto, percebe-se que, durante todo o contrato de prestação de serviços entre os Réus, os substituídos tiveram o direito ao recebimento do adicional de insalubridade negado, e que indubitavelmente ficaram à margem da fiscalização pela tomadora dos serviços.

Por conseguinte, verifica-se que tal situação poderia ter sido evitada se o Ente Público exigisse a comprovação, pela empresa prestadora, dos pagamentos dos haveres trabalhistas, o que inclui o recebimento do adicional em questão, expressamente previsto na Convenção Coletiva de Trabalho da categoria.

Com efeito, o dever de fiscalização do ente público está esculpido no art. 67 da Lei nº 8.666/93 que assim dispõe: "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". O § 1º desse dispositivo legal estabelece, ainda, que o "representante da Administração anotar em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados".

Observe-se, ademais, que a Lei nº 8.666/93 impõe à Administração Pública anotar em livro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato e, quando houver irregularidades, aplicar sanções à contratada, a exemplo da suspensão provisória ou temporária do direito de participar de licitação, o impedimento de contratar com a Administração e a declaração de sua inidoneidade (art. 87, III e IV, da Lei de Licitações), medidas que, nada obstante o descumprimento de obrigações trabalhistas no caso ora em comento, não foram adotadas por parte do 2º Reclamado.

Nesse esteio, não pode servir o art. 71 da Lei nº 8.666/93 de escudo para as entidades públicas se esquivarem das suas responsabilidades, ressaltando-se que a fiscalização idônea a afastar a conduta culposa,

consoante a Súmula n. 331 do TST, é aquela realizada em conformidade com a lei e o contrato que rege a relação entre prestador e tomador de serviços.

Todavia, ao contrário do que preceitua o dispositivo em comento, *in casu*, restou evidente que o 2º Réu (Estado do Espírito Santo) não cumpriu com seu dever de acompanhamento efetivo da prestação de serviços, porquanto, repise-se, o adicional de insalubridade expressamente previsto em CCT não foi quitado durante toda a duração do contrato de prestação de serviços.

Lado outro, registre-se que este Relator entende que, como beneficiário do trabalho humano, o tomador de serviços não se desvincula das consequências produzidas pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo prestador de serviços, sendo responsável por estas, ainda que de forma subsidiária (arts. 186 e 927, ambos do Código Civil).

Portanto, a responsabilidade subsidiária está calcada no proveito que o tomador de serviço absorve do trabalho executado pelo obreiro (teoria do risco-proveito). Esse mesmo benefício do trabalho prestado é o que sustenta a condenação subsidiária prevista na Súmula n. 331 do Egrégio TST.

Também não se pode olvidar que o 2º Reclamado exercia, em virtude do contrato pactuado com a 1ª Ré, poder diretivo dos serviços prestados - o que incluía, naturalmente, fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas, o que não ocorreu.

Nessa linha é também o parecer do d. MPT (ID. d5f3546):

Com razão o sindicato.

Não se ignora que o princípio constitucional da eficiência, que rege a atuação da administração pública, reclama a adoção de posturas responsáveis, sobretudo no que concerne aos gastos de verba pública.

Contudo, não se pode perder de vista que tal diretriz constitucional deve ser compatibilizada com outras garantias de mesma envergadura, a exemplo do valor social do trabalho.

Bem por isso, a terceirização de serviços perpetrada pelo ente público deve ser adotada com todas as cautelas, seja no momento da escolha da prestadora de serviços, seja no tocante ao respeito das posições jurídicas advindas da contratação, notadamente a do trabalhador que presta sua força de trabalho para a consecução de uma atividade que, em tese, deveria ser realizada pelo poder público.

Note-se que, ao delinear as cláusulas que devem se fazer presentes nos contratos administrativos pactuados em decorrência de procedimento licitatório, o inciso XIII do artigo 55 da Lei 8.666/93, exige que, em todas as avenças, esteja consignada a obrigação de o contratado manter, durante toda a execução do contrato, as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, em compatibilidade com as obrigações assumidas.

Referido dispositivo atrai o dever de fiscalização do ente público contratante, nos moldes previstos nos artigos 66 e 67 do mesmo diploma legislativo (...)

No julgamento da ADC 16/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei Nº8.666/93, reconhecendo, porém, a possibilidade de responsabilização da Administração Pública em caso de falha no dever de fiscalização do cumprimento do contrato administrativo pactuado com a prestadora de serviços.

Frise-se que, recentemente, a tese foi reforçada pelo STF, por ocasião do julgamento do RE 760931, em que novamente se pos em discussão a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, restando fixada a seguinte tese de repercussão geral: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não

transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93".

As convenções coletivas de trabalho constituem notória fonte de direitos vinculados aos contratos empregatícios, logo, a sua observância cabe a todos os atores envolvidos na relação laboral, inclusive o tomador de serviços.

Portanto, o simples fato de não haver participado das negociações não exime o contratante de zelar pela observância do instrumento, sob pena de, não o fazendo, incorrer em omissão, justamente como no caso presente.

Portanto, dever arcar com as consequências de sua ação culposa, respondendo subsidiariamente pelos débitos trabalhistas reconhecidos em sentença.

Pela reforma da sentença.

Nesse diapasão, merece reforma a r. sentença, com vistas a reconhecer a responsabilidade subsidiária do 2º Reclamado (Estado do Espírito Santo).

Registre-se que a extensão da responsabilidade subsidiária abrange todas as verbas rescisórias, porque a Súmula nº 331 do TST não faz distinção entre verbas salariais, indenizatórias ou multas.

Ademais, no tocante à ordem das responsabilidades, deve ser aplicado o disposto na Súmula nº 04, deste Regional, a qual dispõe que: "(...) a responsabilidade patrimonial do devedor subsidiário na execução precede a dos sócios do devedor principal, salvo manifestação do credor em sentido contrário. A desconsideração da personalidade jurídica do devedor principal se faz em caráter excepcional, sendo possível após frustradas as medidas executórias contra os devedores expressos no título executivo".

Dá-se provimento para reconhecer a responsabilidade subsidiária do 2º Reclamado (Estado do Espírito Santo).

2.4.3. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BASE DE CÁLCULO

Trata-se de ação trabalhista interposta por Sindicato, na qualidade de substituto processual, pretendendo a condenação da Reclamada no pagamento de adicional de insalubridade, além de multa convencional e honorários advocatícios.

Registre-se que a presente demanda foi ajuizada em 09/09/2019, sob a égide, portanto, da Lei 13.467/2017 - Reforma Trabalhista.

Ressalte-se, ainda, que não houve pronúncia da prescrição pela Origem, não havendo, tampouco, recurso quanto ao tema.

O d. Juízo a quo arbitrou à condenação o valor de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), fixando tal importe como base de cálculo à incidência dos honorários advocatícios de sucumbência.

Em sede de recurso ordinário, o Sindicato-Autor requer reforma da decisão de Origem para que o valor da condenação seja fixado sobre o valor líquido da condenação.

Alega que a Súmula 18 do TRT da 17ª Região está em consonância com a Súmula 219, III e V, do TST, estabelecendo que são devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como

substituto processual entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (art. 85, §2º NCPC).

Examina-se.

Conforme o art. 791-A, da CLT, os honorários advocatícios sucumbenciais trabalhistas devem ser fixados "sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa", sendo devidos inclusive "nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria".

O que se verifica, pois, é que, não sendo possível mensurar o valor da condenação ou o proveito econômico obtido, a verba honorária deve ser arbitrada tendo como parâmetro o valor da causa.

Na espécie, cuida-se de sentença genérica, que apenas fixa a responsabilidade da Reclamada pelos danos causados (art. 95, CDC). A liquidação da sentença se fará em uma segunda fase, de forma individual ou pelo legitimado coletivo (art. 97, CDC).

Destarte, deve ser utilizado, como base de cálculo dos honorários advocatícios, o valor da causa ou o valor da condenação arbitrado para fins fiscais, não havendo falar em incidência sobre o valor a ser apurado em liquidação.

Nega-se provimento.

3. ACÓRDÃO

Acordam os Magistrados da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, na 10ª Sessão Ordinária Virtual, com início em 25 de agosto de 2020, às 13h30min, e encerramento em 28 de agosto de 2020, às 13h30min, sob a Presidência do Exmo. Desembargador Gerson Fernando da Sylveira Novais, com a participação do Exmo. Desembargador José Carlos Rizk, do Exmo. Desembargador Cláudio Armando Couce de Menezes, e do Procurador Regional do Trabalho, Dr. Levi Scatolin, por unanimidade, conhecer dos recursos ordinários interpostos pelo Sindicato-Autor e pela 1ª Reclamada (SOLUCOES SERVICOS TERCEIRIZADOS - EIRELI); rejeitar a preliminar de prevenção suscitada pela 1ª Reclamada em razões de recurso ordinário; em virtude da prejudicialidade das matérias, inverter a ordem de exame; no mérito, dar parcial provimento ao apelo Patronal, para determinar que a multa convencional seja limitada ao valor da obrigação principal; e dar parcial provimento ao apelo Sindical para, sem prejuízo da legitimidade de cada trabalhador, declarar a legitimidade do Sindicato-Autor para, na qualidade de substituto processual, proceder à liquidação e execução do título executivo e para reconhecer a responsabilidade subsidiária do 2º Reclamado (Estado do Espírito Santo). Mantido o valor da condenação.

DESEMBARGADOR JOSÉ CARLOS RIZK
Relator



Assinado eletronicamente por: [JOSE CARLOS RIZK] - c823dec
<https://pje.trt17.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>





ACÓRDÃO
(6ª Turma)
GMAcc/L/hta

PROCESSO Nº TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. RECURSO DE REVISTA SOB A ÉGIDE DA LEI 13.467/2017. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, V, DO TST. CONDUTA CULPOSA. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA.

No caso em tela, o debate acerca do reconhecimento da responsabilidade subsidiária, tema objeto de decisão em ação declaratória de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, ADC 16/DF, e da Súmula 331 do TST, detém transcendência jurídica. Transcendência reconhecida.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, V, DO TST. CONDUTA CULPOSA EXPRESSAMENTE CONSIGNADA PELO TRIBUNAL REGIONAL. REQUISITOS DO ART. 896, § 1º-A, ATENDIDOS.

Ao reconhecer a constitucionalidade do artigo 71 da Lei 8.666/93 (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. A despeito de o § 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93 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



PROCESSO Nº TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013

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. **No caso**, o reconhecimento da culpa *in vigilando* da Administração Pública tem relação com a natureza continuada das parcelas comprovadamente devidas, em razão do descumprimento das normas coletivas que estabeleceram o pagamento do adicional de insalubridade aos auxiliares de limpeza. Assim, conforme fixou a SBDI-I ao julgar o E-RR-992-25.2014.5.04.0101, DEJT de 07/08/2020, a comprovada tolerância da Administração Pública quanto ao não cumprimento de obrigações trabalhistas devidas ao longo da relação laboral, mantendo o curso do contrato administrativo como se estivesse cumprido o seu conteúdo obrigacional e fosse irrelevante a apropriação de energia de trabalho sem a justa e digna contraprestação, não se confunde com o mero inadimplemento de dívida trabalhista porventura controvertida, episódica ou resilitória, que não gera, como visto e em atenção ao entendimento do STF, responsabilidade subsidiária. Logo, não sendo o caso de condenação subsidiária com base no mero inadimplemento da empresa contratante, e em atenção à diretriz preconizada na Súmula 126 do TST, entende-se que a decisão regional, ao manter a responsabilização subsidiária, está em sintonia com o item V da Súmula 331 do TST. **Agravo de instrumento não provido.**



PROCESSO Nº TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013

II - AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA SOLUÇÕES SERVIÇOS TERCEIRIZADOS - EIRELI. RECURSO DE REVISTA SOB A ÉGIDE DA LEI 13.467/2017. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PAGAMENTO FIXADO EM NORMA COLETIVA. DESNECESSIDADE DE PROVA PERICIAL. TRANSCENDÊNCIA NÃO RECONHECIDA. No caso em tela, quanto ao direito ao adicional de insalubridade dos auxiliares de limpeza, o Tribunal Regional decidiu que “tendo sido o pagamento da parcela encetado por meio de livre negociação coletiva, torna-se prescindível a realização de perícia”. O exame prévio dos critérios de transcendência do recurso de revista revela a inexistência de qualquer deles a possibilitar o exame do apelo no TST. A par disso, irrelevante perquirir a respeito do acerto ou desacerto da decisão agravada, dada a inviabilidade de processamento, por motivo diverso, do apelo anteriormente obstaculizado. Agravo de instrumento não provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº **TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013**, em que são Agravantes **ESTADO DO ESPÍRITO SANTO** e **SOLUÇÕES SERVIÇOS TERCEIRIZADOS - EIRELI** e Agravado **SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**.

Trata-se de agravos de instrumento interpostos contra decisão mediante a qual se denegou seguimento aos recursos de revista.

Procura-se demonstrar a satisfação dos pressupostos para o processamento do recurso obstado.



PROCESSO Nº TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013

Contraminuta ao agravo de instrumento e contrarrazões ao recurso de revista não foram apresentadas.

O Ministério Público do Trabalho preconiza pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

VOTO

1 - CONHECIMENTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, **conheço** do agravo de instrumento.

2 - MÉRITO

O Tribunal *a quo* denegou seguimento ao recurso de revista, por meio da seguinte decisão, *in verbis*:

Recurso de: SOLUCOES SERVICOS TERCEIRIZADOS- EIRELI

PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Tempestivo o recurso (ciência da decisão em 02/09/2020 - fl(s)./ld ; petição recursal apresentada em 11/09/2020 - fl(s)./ld ffec968).

Regular a representação processual - Id b84b33d.

Satisfeito o preparo - fl(s)./ld 6e13603, d154087, 7d1d85f, bb2ed7d, c823dec e bf04f13, 71f0658, nos termos do § 11º do art. 899 da CLT.

PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios / Adicional / Adicional de Insalubridade.

Alegação(ões):

- divergência jurisprudencial.
- artigo 190 da CLT
- sumula 448 do TST
- artigo 195, parágrafo 2º da CLT
- OJ 278 do SDI desta E. Corte
- Anexo 13 da da NR 15 da Portaria do MTE
- art. 5º, XXXV, 37, *caput*, da CR
- art. 8º, §3º, CLT
- artigo 611-A da CLT



PROCESSO Nº TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013

Insurge-se contra a condenação ao pagamento do adicional de insalubridade. Afirma que a inclusão do adicional na CCT, sem qualquer prova ou perícia, é nula, havendo nulidade da cláusula 10 da CCT.

A C. Turma manifestou entendimento de que da simples leitura da norma supratranscrita exsurge, de forma cristalina, o direito dos substituídos ao adicional de insalubridade, devendo ser rechaçado o argumento defensivo no sentido de que a ausência de perícia afasta a alegada insalubridade, pois tendo sido o pagamento da parcela encetado por meio de livre negociação coletiva, torna-se prescindível a realização de perícia, porquanto tal situação equivale ao pagamento realizado de forma espontânea, que, nos termos da jurisprudência iterativa, atual e notória do C. TST, dispensa a prova técnica, bem como que, refuta-se a suposta invalidade de tal cláusula, sob a fundamentação de que "as cláusulas da CCT não são absolutas, devendo guardar a segurança da lei e o respeito as normas legais específicas, nos moldes do artigo 37, *caput* da CR/88", pois a negociação coletiva trabalhista configura-se como importante instrumento para garantir melhorias nas condições empregatícias e sociais dos trabalhadores, tendo sido, por isso, fortemente incentivada pela Constituição da República de 1988 (a exemplo das previsões contidas no art. 7º, incisos VI, XIII e XXVI), ou ainda que não há falar em invalidade da cláusula que prevê o pagamento de adicional de insalubridade aos auxiliares gerais, por se tratar de norma fruto de regular negociação coletiva, que prestigia os mandamentos constitucionais e celetistas acerca da proteção à saúde e à segurança do trabalhador, permitindo efetivar os princípios e garantias fundamentais sobre o tema, previstos na Carta Magna e tampouco merece guarida a tese Patronal no sentido de inaplicabilidade da cláusula da CCT, por ter sido reconhecida sua inconstitucionalidade em ação interposta pela SEACES perante a 3ª Vara da Fazenda Pública (0039211-60-2016-8-08-0024), uma vez que a nulidade incidental não perfaz coisa julgada material. Assim, ante os fundamentos expostos, não se verifica, em tese, a alegada violação, conforme exige a alínea "c" do artigo 896 Consolidado.

A alegação de violação a norma veiculada em Decretos e Portarias não autoriza a admissibilidade do recurso de revista, porque tal hipótese não se encontra prevista no artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, que na alínea "c" exige que a violação se dê em relação a preceito de lei federal ou à Constituição da República.

Impossível aferir a contrariedade com a Súmula e a OJ citadas, pois não trazem dado fático constante dos autos, qual seja, existência de cláusula de CCT que determina pagamento do adicional de insalubridade.

A análise de divergência jurisprudencial se restringe aos arestos oriundos dos órgãos elencados na alínea "a" do art. 896, da CLT. Tal comando não foi observado pela parte recorrente (arestos de RR, AIRR), , impossibilitando o pretendido confronto de teses e, conseqüentemente, inviabilizando o prosseguimento do recurso, no aspecto.



PROCESSO Nº TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013

A parte não realizou o confronto analítico entre a tese adotada no acórdão recorrido e cada ementa transcrita em suas razões recursais, deixando de atender ao exigido pelo artigo 896, §8º, da CLT, impedindo o seguimento do apelo, nesse aspecto.

Com efeito, segundo a sistemática imposta pela Lei 13.015/2014, cabe à parte demonstrar especificamente onde se situa a alegada divergência de teses entre o acórdão recorrido e os arestos apresentados, no exame de casos concretos idênticos ou semelhantes, ônus do qual não se desincumbiu a parte recorrente. Vale ressaltar que não atende a essa finalidade a mera transcrição de arestos em bloco ou a simples apresentação de tabela contendo o trecho do acórdão recorrido e o julgado trazido a confronto.

Quanto à necessidade do confronto analítico, vale mencionar os seguintes julgados do TST: E-ED-RR - 552-07.2013.5.06.0231, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, SBDI-I, DEJT 17/06/2016; AIRR - 1124-32.2015.5.11.0011, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, DEJT 30/06/2017; AIRR - 10077-02.2014.5.15.0110, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, 2ª Turma, DEJT 03/07/2017; AIRR - 220-86.2015.5.11.0051, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/07/2017; AIRR - 20027-78.2013.5.04.0012, Relatora Desembargadora Convocada: Cilene Ferreira Amaro Santos, 4ª Turma, DEJT 30/06/2017; AIRR - 909-49.2015.5.08.0008, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 5ª Turma, DEJT 30/06/2017; AIRR - 47700-21.2005.5.01.0041, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 30/03/2016, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/04/2016; AIRR - 10565-26.2013.5.03.0077, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 09/03/2016, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/03/2016; AIRR - 1452-29.2015.5.14.0091, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 10/05/2017, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/05/2017.

CONCLUSÃO

DENEGO seguimento ao recurso de revista.

Recurso de: ESTADO DO ESPIRITO SANTO

PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Tempestivo o recurso (ciência da decisão em 11/12/2020 - fl(s)/ld ; petição recursal apresentada em 13/01/2021 - fl(s)/ld cb87d68).

Regular a representação processual, nos termos da Súmula 436, I, do TST - Id. cb87d68

A parte recorrente está isenta de preparo, conforme CLT, artigo 790-A, I, e DL 779/69, artigo 1.º, IV.

PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

Responsabilidade Solidária / Subsidiária

Alegação(ões):

- divergência jurisprudencial.



PROCESSO Nº TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013

- artigo 71, §1º da Lei 8.666/93
- art. 186 do Código Civil
- art. 374, IV, do CPC
- art. 373, I, §2º, 926, 927, I,V do CPC
- art. 818, §1º da CLT
- art. 37, §6º, 97 da CR
- art. 331, IV, V, do TST
- decisão do STF na ADC 16
- art. 5º, II, XLV, da CR

Insurge-se contra a condenação subsidiária.

Sucessivamente, requer que seja limitada ao período de vigência do Contrato de Prestação de Serviço celebrado entre as Reclamadas, que teve início em 30/06/2019 e requer o não pagamento da multa convencional.

A C. Turma entendeu ser cabível a responsabilidade subsidiária do 2º Reclamado, ao fundamento de que é do ente público o ônus de provar a ação fiscalizatória sobre o cumprimento das obrigações trabalhistas pela empregadora direta.

Tal decisão, por sua vez, está de acordo com entendimento iterativo do TST no sentido de caracterizar a culpa *in vigilando* da Administração Pública tomadora de serviços, quando esta não tiver se desincumbido do seu ônus da prova acerca da efetiva fiscalização da empresa prestadora de serviços, quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas, conforme decisão exarada pela SDI-I no E-RR-925-07.2016.5.05.0281 (Relator: Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, acórdão publicado em 25/05/2020).

No mesmo sentido: E-ED-RR-163-15.2014.5.05.0134, SBDI-I, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 29/01/2021; E-RR-11640-74.2016.5.03.0181, SBDI-I, Relator: Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 29/01/2021; E-ED-RR-1952-06.2015.5.08.0110, SBDI-I, Relator: Claudio Mascarenhas Brandão, DEJT 29/01/2021; E-ED-RR-1146-34.2016.5.20.0002, SBDI-I, Relator: Hugo Carlos Scheuermann, DEJT 29/01/2021; E-ED-RR-49-77.2010.5.02.0303, SBDI-I, Relator: Breno Medeiros; DEJT 29/01/2021.

Assim, verifica-se que a C. Turma decidiu em consonância com o atual posicionamento da Corte Revisora acerca da Súmula 331, V, do TST, o que inviabiliza o recurso, nos termos do disposto no artigo 896, §7º, da CLT e na Súmula 333 do TST.

Outrossim, no que tange à restrição da condenação ao período de vigência do contrato de prestação de serviços, a parte limita-se a propugnar pela reforma da decisão, sem trazer arestos, súmulas ou orientações jurisprudenciais para confronto ou indicar, expressamente, dispositivos legais ou constitucionais que entenda violados. Não enquadra sua inconformidade, pois, em nenhuma das hipóteses de cabimento previstas no artigo 896 da CLT, o que obsta o processamento do recurso de revista, no aspecto.



PROCESSO Nº TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013

Por fim, quanto à multa convencional, tendo a C. Turma decidido no sentido de que não se está aplicando multa diretamente ao segundo reclamado, pois como constou no v. acórdão, a responsabilidade é subsidiária e a Súmula 331, do TST, não faz distinção entre verbas salariais, indenizatórias ou multas, verifica-se que a decisão se encontra consonante com a Súmula 331, VI, do Eg. TST, o que novamente inviabiliza o recurso, nos termos do disposto no artigo 896, § 7º, da CLT e Súmula nº 333, do Eg. TST.

Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios / Adicional / Adicional de Insalubridade

Alegação(ões):

- divergência jurisprudencial.

- arts. 1º, III, 5º, II, LV, 8º, III, 37, *caput*, 7º, XXII, XXIII, XXVI, 22, I, 170, *caput*,

da Constituição Federal

- arts. 155, I, 156, 189, 190, *caput*, 195, 196, 611-A, XII, 611-B, 623,

parágrafo único da CLT

- Súmula 448 do C. TST

- OJ 278 do C. TST

- Súmulas 194, 460, do STF

- anexos 1 a 14 da NR 15 da Portaria do MTE

Insurge-se contra a condenação ao pagamento de adicional de insalubridade.

A C. Turma manifestou entendimento de que da simples leitura da norma supratranscrita exsurge, de forma cristalina, o direito dos substituídos ao adicional de insalubridade, devendo ser rechaçado o argumento defensivo no sentido de que a ausência de perícia afasta a alegada insalubridade, pois tendo sido o pagamento da parcela encetado por meio de livre negociação coletiva, torna-se prescindível a realização de perícia, porquanto tal situação equivale ao pagamento realizado de forma espontânea, que, nos termos da jurisprudência iterativa, atual e notória do C. TST, dispensa a prova técnica, bem como que, refuta-se a suposta invalidade de tal cláusula, sob a fundamentação de que "as cláusulas da CCT não são absolutas, devendo guardar a segurança da lei e o respeito as normas legais específicas, nos moldes do artigo 37, *caput* da CR/88", pois a negociação coletiva trabalhista configura-se como importante instrumento para garantir melhorias nas condições empregatícias e sociais dos trabalhadores, tendo sido, por isso, fortemente incentivada pela Constituição da República de 1988 (a exemplo das previsões contidas no art. 7º, incisos VI, XIII e XXVI), ou ainda que não há falar em invalidade da cláusula que prevê o pagamento de adicional de insalubridade aos auxiliares gerais, por se tratar de norma fruto de regular negociação coletiva, que prestigia os mandamentos constitucionais e celetistas acerca da proteção à saúde e à segurança do trabalhador, permitindo efetivar os princípios e garantias fundamentais sobre o tema, previstos na Carta Magna e tampouco merece guarida a tese Patronal no sentido de inaplicabilidade da cláusula da CCT, por ter sido reconhecida sua



PROCESSO Nº TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013

inconstitucionalidade em ação interposta pela SEACES perante a 3ª Vara da Fazenda Pública (0039211-60-2016-8-08-0024), uma vez que a nulidade incidental não perfaz coisa julgada material. Assim, ante os fundamentos expostos, não se verifica, em tese, a alegada violação, conforme exige a alínea "c" do artigo 896 Consolidado.

A alegação de violação a norma veiculada em Decretos e Portarias não autoriza a admissibilidade do recurso de revista, porque tal hipótese não se encontra prevista no artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, que na alínea "c" exige que a violação se dê em relação a preceito de lei federal ou à Constituição da República.

Registre-se que eventual contrariedade a Súmula do Supremo Tribunal Federal não se encontra entre as hipóteses de cabimento do recurso de revista previstas no artigo 896, alínea "a", da Consolidação das Leis do Trabalho.

A análise de divergência jurisprudencial se restringe aos arestos oriundos dos órgãos elencados na alínea "a" do art. 896, da CLT. Tal comando não foi observado pela parte recorrente (arestos de AIRR), impossibilitando o pretendido confronto de teses e, conseqüentemente, inviabilizando o prosseguimento do recurso, no aspecto.

Impossível aferir a divergência com a Súmula 448, OJ 278 e arestos das 1ª, 18ª, 7ª, 23ª regiões, pois não trazem dado fático existente nos autos, qual seja, cláusula de CCT que confere aos empregados o adicional em questão.

A parte não realizou o confronto analítico entre a tese adotada no acórdão recorrido e cada ementa transcrita em suas razões recursais, deixando de atender ao exigido pelo artigo 896, §8º, da CLT, impedindo o seguimento do apelo, nesse aspecto.

Com efeito, segundo a sistemática imposta pela Lei 13.015/2014, cabe à parte demonstrar especificamente onde se situa a alegada divergência de teses entre o acórdão recorrido e os arestos apresentados, no exame de casos concretos idênticos ou semelhantes, ônus do qual não se desincumbiu a parte recorrente. Vale ressaltar que não atende a essa finalidade a mera transcrição de arestos em bloco ou a simples apresentação de tabela contendo o trecho do acórdão recorrido e o julgado trazido a confronto.

Quanto à necessidade do confronto analítico, vale mencionar os seguintes julgados do TST: E-ED-RR - 552-07.2013.5.06.0231, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, SBDI-I, DEJT 17/06/2016; AIRR - 1124-32.2015.5.11.0011, Relator Ministro: Waldir Oliveira da Costa, 1ª Turma, DEJT 30/06/2017; AIRR - 10077-02.2014.5.15.0110, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, 2ª Turma, DEJT 03/07/2017; AIRR - 220-86.2015.5.11.0051, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/07/2017; AIRR - 20027-78.2013.5.04.0012, Relatora Desembargadora Convocada: Cilene Ferreira Amaro Santos, 4ª Turma, DEJT 30/06/2017; AIRR - 909-49.2015.5.08.0008, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 5ª Turma, DEJT 30/06/2017; AIRR -



PROCESSO Nº TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013

47700-21.2005.5.01.0041 , Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 30/03/2016, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/04/2016; AIRR - 10565-26.2013.5.03.0077 , Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 09/03/2016, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/03/2016; AIRR - 1452-29.2015.5.14.0091 , Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 10/05/2017, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/05/2017.

CONCLUSÃO

DENEGO seguimento ao recurso de revista.

Na decisão proferida em recurso ordinário, ficou consignado:

2.3.2. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Trata-se de ação trabalhista interposta por Sindicato, na qualidade de substituto processual, pretendendo a condenação da Reclamada no pagamento de adicional de insalubridade, além de multa convencional e honorários advocatícios.

Registre-se que a presente demanda foi ajuizada em 09/09/2019, sob a égide, portanto, da Lei 13.467/2017 - Reforma Trabalhista.

Ressalte-se, ainda, que não houve pronúncia da prescrição pela Origem, não havendo, tampouco, recurso quanto ao tema.

Na peça de ingresso narrou o Sindicato-Autor que 1ª Reclamada é detentora de contrato de prestação de serviços de limpeza e conservação predial com o Estado do Espírito Santo, por intermédio da Secretaria de Estado da Educação, sendo que o contrato celebrado entre as Reclamadas teve início no dia 30/06/2019.

Relatou que os substituídos exercem a função de auxiliar de serviços gerais, realizando a limpeza predial e conservação das Unidades Escolares e Superintendências Regionais de Educação da Região Norte e Noroeste do Estado do Espírito Santo.

Informou que, em que pese haver previsão de pagamento de adicional de insalubridade aos substituídos conforme Cláusula 10ª, § 1º, da CCT, a 1ª Reclamada não realiza tal quitação desde o início do contrato.

Em razão disso, pretendeu a condenação das Rés no pagamento da parcela, desde a data de 30/06/2019.

O d. Juízo de Primeiro Grau, verificando a presença, nas CCT's de 2017/2018, 2018/2018 e 2019/2019 de cláusula prevendo o pagamento de adicional de insalubridade, condenou a Reclamada no pagamento da parcela, a partir de 01/01/2016, com relação a todos os substituídos que tenham laborado na função de auxiliares gerais em virtude do contrato de prestação de serviços firmado entre os Réus.

Em razões de recurso ordinário pretende a 1ª Reclamada seja excluída a condenação no pagamento do adicional.



PROCESSO Nº TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013

Alega que sempre forneceu os EPI's adequados, o que a isenta do pagamento imposto pela CCT.

Destaca que não há prova nos autos no sentido de que os substituídos laborem ou tenham laborado em ambiente insalubre, não tendo sido realizada qualquer perícia.

Sustenta que as cláusulas da CCT não são absolutas, devendo guardar a segurança da lei e o respeito as normas legais específicas, nos moldes do artigo 37, *caput* da CR/88.

Apona que a cláusula em questão foi declarada inconstitucional em ação interposta pela SEACES perante a 3ª Vara da Fazenda Pública (0039211-60-2016-8-08-0024).

Examina-se.

Conforme as CCT's 2017/2018, 2018/2018 e 2019/2019:

CLÁUSULA DÉCIMA - PAGAMENTO DA INSALUBRIDADE

Fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção Coletiva de Trabalho 2017/2018, continuarão a realizar o pagamento do adicional de insalubridade, em grau máximo, ou seja, no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre o piso da categoria, já previsto nas CCTs de 2015/2016, sendo que a partir do dia 01 de Maio de 2017 o benefício será calculado com base no piso mínimo da categoria que de R\$ 1.031,82 (Um Mil Trinta e Um Reais e Oitenta e Dois Centavos), respeitando a jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais banheirista que realizam a limpeza de banheiros públicos de uso coletivo ou de grande circulação igual ou superior a 40 (quarenta) pessoas. O pagamento do adicional aqui previsto será pago enquanto perdurar a eficácia da súmula 448 do TST.

Parágrafo 1º - Especificamente na questão de efeitos pretéritos em contratos comerciais de prestação de serviços não mais existentes, bem como nos contratos ativos, como contrapartida haverá indenização pecuniária através do pagamento do adicional de insalubridade pelo percentual de 20% (vinte por cento), a todos os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial de contratos comerciais públicos e privados, sendo pago da seguinte maneira: fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção, a partir do dia 01 de Janeiro de 2015, exclusivamente para novos contratos publico, privados e comerciais, procederão ao pagamento do adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre o piso da categoria R\$ 884,92 (Oitocentos e Oitenta e Quatro Reais e Noventa e Dois Centavos), para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial. Ficando acordado o prazo limite para concessão do benefício aqui previsto a todos os trabalhadores que exercem a função de Auxiliar de Serviços Gerais de limpeza predial, a partir de 31 de Dezembro de 2015, exceto os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial já enquadrados no caput desta cláusula.

(...)



PROCESSO Nº TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013

Parágrafo 3º - Entende-se por limpeza predial, a limpeza realizada em escolas, comércios, shopping Center, aeroportos, portos, rodoviárias, bancos e imóveis em geral, públicos e privados, tanto na área geral como na área industrial.

Parágrafo 4º - Com a assinatura do presente aditivo, as partes se comprometem a informarem, nos autos das ações trabalhistas coletivas, ficando ressalvadas eventuais ações trabalhistas individuais em curso, que versem sobre o adicional de insalubridade de que trata o caput desta cláusula.

Da simples leitura da norma supratranscrita exsurge, de forma cristalina, o direito dos substituídos ao adicional de insalubridade, consoante reconhecido pela Origem.

Lado outro, deve ser rechaçado o argumento defensivo no sentido de que a ausência de perícia afasta a alegada insalubridade.

Isso porque, tendo sido o pagamento da parcela encetado por meio de livre negociação coletiva, torna-se prescindível a realização de perícia, porquanto tal situação equivale ao pagamento realizado de forma espontânea, que, nos termos da jurisprudência iterativa, atual e notória do C. TST, dispensa a prova técnica.

Na mesma linha, refuta-se a suposta invalidade de tal cláusula, sob a fundamentação de que "as cláusulas da CCT não são absolutas, devendo guardar a segurança da lei e o respeito as normas legais específicas, nos moldes do artigo 37, *caput* da CR/88".

Ora, a negociação coletiva trabalhista configura-se como importante instrumento para garantir melhorias nas condições empregatícias e sociais dos trabalhadores, tendo sido, por isso, fortemente incentivada pela Constituição da República de 1988 (a exemplo das previsões contidas no art. 7º, incisos VI, XIII e XXVI).

Nos dizeres de Maurício Godinho Delgado:

(...) negociação coletiva trabalhista consiste em um instrumento de democratização do poder e da riqueza no âmbito da sociedade civil; é importante veículo institucionalizado para a busca da maior democratização e inclusão socioeconômica das pessoas humanas na sociedade civil. (Delgado, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16ª Ed. São Paulo: LTr, 2017).

Nesse contexto, não há falar em invalidade da cláusula que prevê o pagamento de adicional de insalubridade aos auxiliares gerais, por se tratar de norma fruto de regular negociação coletiva, que prestigia os mandamentos constitucionais e celetistas acerca da proteção à saúde e à segurança do trabalhador, permitindo efetivar os princípios e garantias fundamentais sobre o tema, previstos na Carta Magna.

Tampouco merece guarida a tese Patronal no sentido de inaplicabilidade da cláusula da CCT, por ter sido reconhecida sua inconstitucionalidade em ação interposta pela SEACES perante a 3ª Vara da Fazenda Pública (0039211-60-2016-8-08-0024), uma vez que a nulidade incidental não perfaz coisa julgada material.



PROCESSO Nº TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013

Por fim, não prospera a alegação de que o fornecimento de EPIs excluiria o direito à percepção da parcela.

A uma, porque a própria CCT prevê o pagamento em grau médio (independentemente dos equipamentos de proteção utilizados). A duas, porquanto este Relator entende que os artigos de proteção apenas minimizam os efeitos devastadores dos agentes nocivos, não tendo o condão de neutralizá-los completamente, o que implica dizer que o obreiro, ainda que faça uso de EPI's, continua submetido a situações que lhe causam danos à saúde e integridade física, ensejando o recebimento do adicional em questão.

Irretocável, pois, a r. sentença, que condenou a Reclamada no pagamento de adicional de insalubridade, nos termos previstos nas CCT's da categoria.

Nessa mesma linha é parecer do d. MPT (ID. d5f3546):

Revedo posicionamento anterior, e sobretudo porque a CLT agora contempla a possibilidade de que normas coletivas disponham sobre a concessão de adicional de insalubridade (e não somente o enquadramento do grau, como quer fazer crer a empresa), passo a desconsiderar obrigatória a realização de perícia, quando cumpridos os requisitos previstos no instrumento coletivo:

(...)

Assim, considerando-se que não há controvérsia nos autos acerca das funções exercidas pelos substituídos e o enquadramento na norma coletiva discutida nos presentes autos, não há ilegalidade a ser reconhecida devendo prevalecer a condenação imposta aos reclamados, independentemente da questão afeta ao uso de EPI's.

Ressalte-se, outrossim, que a existência de decisão definitiva proferida pela Justiça Comum acerca da aplicabilidade da convenção coletiva para fixação dos preços do contrato administrativo firmado entre as reclamadas não gera efeitos no processo do trabalho.

Nega-se provimento.

[...]

2.4.2. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO 2º RECLAMADO (ESTADO DO ESPÍRITO SANTO)

Trata-se de ação trabalhista interposta por Sindicato, na qualidade de substituto processual, pretendendo a condenação da Reclamada no pagamento de adicional de insalubridade, além de multa convencional e honorários advocatícios.

Registre-se que a presente demanda foi ajuizada em 09/09/2019, sob a égide, portanto, da Lei 13.467/2017 - Reforma Trabalhista.

Ressalte-se, ainda, que não houve pronúncia da prescrição pela Origem, não havendo, tampouco, recurso quanto ao tema.

Na peça de entrada narrou o Sindicato-Autor que 1ª Reclamada é detentora de contrato de prestação de serviços de limpeza e conservação predial com o Estado do Espírito Santo, por intermédio da Secretaria de



PROCESSO Nº TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013

Estado da Educação, sendo que o contrato celebrado entre as Reclamadas teve início no dia 30/06/2019.

Relatou que os substituídos exercem a função de auxiliar de serviços gerais, realizando a limpeza predial e conservação das Unidades Escolares e Superintendências Regionais de Educação da Região Norte e Noroeste do Estado do Espírito Santo.

Diante disso, pretendeu a responsabilidade subsidiária do 2º Reclamado (Estado do Espírito Santo) pelo pagamento das verbas devidas.

A Origem indeferiu o pedido Sindical, adotando as seguintes razões de decidir:

(...) Ora, não há como imputar ao ente público uma conduta comissiva ou omissiva quando o fato que gerou o dano ao empregado foi causado pelo seu empregador, a prestadora de serviço. Ausente, portanto, o elemento do nexo causal.

Ademais, o contrato de prestação de serviços que celebram entre si os entes públicos e as empresas prestadoras de serviços goza de presunção de legitimidade (atributo presente em todos os atos administrativos). Assim, enquanto não for atestado vício em algum requisito do ato, este continuará produzindo efeitos jurídicos como se válido fosse.

Importante salientar que, subjetivamente falando, a Administração Pública refere-se aos órgãos integrantes das pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), aos quais a lei confere o exercício de funções administrativas." (Direito Administrativo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, 1997, Atlas, págs. 55-56), englobando, também, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas; órgãos que se sujeitam ao disposto no art. 37 da Constituição da República.

Com base nisso, a contratação efetuada pela Administração Pública haverá de ser tida, num primeiro momento, como regular. Ademais, o contrato de prestação de serviços celebrado entre as rés originou-se de procedimento licitatório.

Seria necessário comprovar fraude na contratação, ou seja, fraude no processo licitatório, para justificar a responsabilidade subsidiária pedida. E nada foi comprovado quanto a isso nos autos.

Nesses termos, conquanto demonstrada a prestação de serviços da parte autora em prol do ente público réu, julgo improcedente o pleito autoral de responsabilização subsidiária da segunda reclamada.

Em razões recursais requer o Sindicato-Autor seja reconhecida a responsabilidade subsidiária do 2º Reclamado (Estado do Espírito Santo).

Explica que a partir da Lei 13.429/17 a responsabilidade subsidiária da contratante incide sobre contrato lícito de prestação de serviço e vigora enquanto perdurar a higidez dessa contratação, independentemente de configuração de culpa *in elegendo* ou *in vigilando* da empresa contratante.

Destaca que, ao julgar a validade da terceirização em todas as etapas do processo produtivo, o STF, na Arguição de Descumprimento de Preceito



PROCESSO Nº TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013

Fundamental (ADPF) 324 e no Recurso Extraordinário (RE) 958252, com repercussão geral reconhecida, confirmou a responsabilidade subsidiária da contratante pelo descumprimento das normas trabalhistas.

Sublinha que é incontroverso que o ente público contratou a empregadora para execução de obras e serviços sem fiscalizar devidamente a realização das atividades.

Ressalta que houve descumprimento de norma coletiva durante todo o período laborado e não há nenhum elemento nos autos que demonstre fiscalização por parte do órgão público.

Examina-se.

No âmbito do Judiciário Trabalhista era pacífico o entendimento de que os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas inadimplidas por parte dos contratados, conforme dispunha a antiga redação do item IV da Súmula n. 331 do TST. Assim, bastava o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador para que os entes públicos, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista fossem responsabilizados subsidiariamente por essas parcelas.

Todavia, os entes da Administração Pública questionavam a legalidade do item IV da Súmula n. 331 do TST, pois, segundo eles, contrariava a norma do art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/93, que, ao tratar dos contratos administrativos, estabelece que "a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento".

O Pleno do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, no dia 11-03-2009, ao julgar incidente de inconstitucionalidade nos autos do processo n. 0080900-06.2007.5.17.0008, reconheceu a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/93, mas dispôs que referido dispositivo legal não desobriga o ente público da responsabilidade pelo pagamento das verbas que vierem a ser reconhecidas, uma vez que ele simplesmente atribui responsabilidades primárias ao contratado. Com efeito, assentou-se que "referida norma não exclui a responsabilidade, apenas atribui obrigações primárias, não havendo transferência da responsabilidade final pelas obrigações trabalhistas assumidas pelo empregador".

Dessa forma, no âmbito deste Regional, adotava-se o entendimento de que, em que pese a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/93, as pessoas jurídicas integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pelo contratado.

Entretanto, sobreveio decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em 24-11-2010, na Ação Direta de Constitucionalidade n. 16, que gerou a alteração da Súmula n. 331 pelo TST.

O Supremo Tribunal Federal, na sessão do dia 24-11-2010, julgou procedente pedido formulado pelo Governador do Distrito Federal na Ação



PROCESSO Nº TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013

Direta de Constitucionalidade n. 16 para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93. Entendeu-se naquele julgamento que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade.

Diante da decisão do STF na ADC n. 16, o Tribunal Superior do Trabalho alterou a redação da Súmula n. 331, retirando a referência aos entes da Administração Pública direta e indireta constante no item "IV", e acrescentando o item "V", *verbis*:

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 decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Destarte, pela nova redação da Súmula n. 331 do TST, os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta somente respondem de forma subsidiária pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador quando estiver comprovada sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, principalmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora (culpa *in vigilando*).

A partir de então, este Relator vinha entendendo, à luz da decisão proferida pelo STF na ADC n. 16 e do item V da Súmula n. 331 do TST, que para responsabilizar subsidiariamente a Administração Pública, nos casos de terceirização de mão de obra, seria necessário investigar com mais rigor se houve falha ou falta de fiscalização pelo ente público contratante, competindo ao tomador de serviços comprovar a efetiva fiscalização do contrato.

Com efeito, ao firmar um contrato de prestação de serviços ou de empreitada, a contratante tem o dever de fiscalizar a idoneidade financeira da contratada, já que é a beneficiária direta dos serviços prestados, sob pena de ser responsabilizada subsidiariamente pelos danos causados aos trabalhadores, por ocorrência de culpa *in vigilando* e de culpa *in eligendo*, nos termos dos arts. 186 e 927, ambos do Código Civil.

Nesse prisma, determina o art. 67 da Lei n. 8.666/93 que "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". O § 1º desse dispositivo legal estabelece, ainda, que o "representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas



PROCESSO Nº TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013

com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados".

Ou seja, a Lei n. 8.666/93 determina que o administrador fiscalize o cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias, cabendo à Administração Pública anotar em livro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, e, quando houver irregularidades, aplicar sanções à contratada, como a suspensão provisória ou temporária do direito de participar de licitação, o impedimento de contratar com a Administração e a declaração de sua inidoneidade (art. 87, III e IV, da Lei de Licitações).

Frisa-se que foi sumulado no âmbito deste Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região o seguinte entendimento:

SÚMULA Nº 21 DO TRT DA 17ª REGIÃO.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. A declaração, pelo STF, de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 não obsta que seja reconhecida a responsabilidade de ente público, quando esse último não comprovar a efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações legais e contratuais do prestador de serviços como empregador.

Todavia, o Pleno do STF, nos autos do RE 760931, em julgamento realizado sob a sistemática de repercussão geral e com efeito vinculante realizado em 30/03/2017, decidiu por apertada maioria (6 a 5) que a administração pública não pode ser responsabilizada automaticamente pelos encargos trabalhistas decorrentes de inadimplência da prestadora de serviço (empresa terceirizada), só cabendo condenação se houver prova inequívoca em casos de conduta omissiva na fiscalização dos contratos.

Em 26/04/2017, foi fixada a seguinte tese para efeito de repercussão geral:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio, fixou a seguinte tese de repercussão geral: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93".

Da análise dos fundamentos expendidos pelo pretório excelso no julgamento do RE 760931, extrai-se que a responsabilidade da Administração Pública somente poderá ser declarada se existente prova nos autos de sua culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.

Desta forma, modificando seu entendimento anterior, este Relator curva-se à decisão com efeito vinculante tomada pelo E. STF e passa a adotar o entendimento de que para a caracterização da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, deve restar comprovada nos autos a sua culpa *lato sensu*.

Noutro giro, mostra-se necessário um exame mais aprofundado acerca da questão da distribuição do *onus probandi*.



PROCESSO Nº TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013

Isso porque, no exame do RE 760931, o Excelso Supremo Tribunal Federal apenas determinou que a responsabilização da Administração Pública não se dá de forma automática, não adentrando, contudo, na questão da distribuição do ônus probatório - fato que restou confirmado pelo próprio STF, no julgamento dos embargos relativos ao Tema 246 da Repercussão Geral.

Nada obstante, o C. TST, por meio de sua SDI-1, após a supracitada decisão do STF, cuidou de apreciar especificamente a questão, entendendo que, em virtude do princípio da aptidão para a prova, nas hipóteses em que o prestador de serviços descumpra obrigações trabalhistas cabe ao tomador (ente público) demonstrar a adequada fiscalização.

Sobre o assunto, é relevante destacar alguns trechos do voto do Min. Relator Cláudio Brandão, que explicitam os motivos do posicionamento da Superior Corte trabalhista:

Quanto ao tema em discussão, a tese fixada não é suficiente para externar, de maneira clara, a essência da decisão da Corte Suprema, já que enuncia, de forma genérica, a impossibilidade de condenação automática do Poder Público, como já dito, não é esse o conteúdo da Súmula nº 331, V, desta Corte, que norteava a jurisdição trabalhista.

(...)

Nesse contexto, quando o Supremo Tribunal Federal definiu, no julgamento da ADC nº 16, a constitucionalidade do artigo 71, § 1º da Lei nº 8.666/93, não significou a vedação absoluta ao reconhecimento da responsabilidade subsidiária do Poder Público. Aliás, a ementa do julgado foi expressa ao consignar que a vedação dizia - e diz - respeito à transferência automática da responsabilidade, o que não alcança e não se confunde com a condenação fundamentada na culpa *in vigilando*.

(...)

Portanto, em sede de embargos de declaração, o Supremo Tribunal Federal deixou claro que a matéria pertinente ao ônus da prova não foi por ele definida, ao fixar o alcance do Tema 246. Permite, assim, que a responsabilidade subsidiária seja reconhecida, mas sempre de natureza subjetiva, ou seja, faz-se necessário verificar a existência de culpa *in vigilando*.

Certamente assim o fez motivado pelo fato de ser matéria infraconstitucional, na linha de remansosa e antiga jurisprudência revelada pelos julgados que ora transcrevo, com destaques inseridos:

(...)

Em consequência, ficará a cargo de definição por esta Corte, o que autoriza a revisão de sua jurisprudência, até porque muitos votos proferidos desde então consignam ressalvas de entendimentos dos Ministros que a integram, por consideraram que o dever de fiscalização também é consequência direta da aplicação da citada Lei, que a prevê de modo expresso nos artigos 58, III, e 67, *caput*.



PROCESSO Nº TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013

Além dessas, outras regras impõem obrigações ao Poder Público contratante, consoante disposto nos artigos 54, § 1º; 55, XIII; 66; 67, § 1º; 77 e 78 da mesma Lei, o que atrai, assim, a aplicação também dos artigos 186 e 927 do Código Civil e exige que a questão jurídica posta à apreciação desta Justiça seja analisada a partir de todo esse conjunto normativo, e não apenas do invocado artigo 71, § 1.º, isoladamente.

Portanto, a interpretação sistemática do quadro normativo regente da celebração de contratos pela Administração Pública revela ser dela a obrigação ordinária em fiscalizar a sua regular execução, inclusive no que diz respeito ao cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo vencedor da licitação, entre as quais se inclui, por lógica e óbvia dedução, as decorrentes da legislação laboral, motivo pelo qual caberá ao Poder Judiciário verificar, em cada caso concreto e diante da postulação posta ao seu exame, a real situação fática e as consequentes responsabilidades.

(...)

É, portanto, dever ordinário imposto à Administração Pública, a partir da própria Lei por ela invocada. Contudo, ainda que se tratasse de fato constitutivo, como se poderia depreender do voto proferido pelo Ministro Luiz Fux, a distribuição dinâmica do ônus da prova a vincula a quem possui mais e melhores condições de fazê-lo, tal como expressamente previsto no artigo 818, § 1º, da CLT ("excessiva dificuldade de cumprir o encargo"), o que certamente não é o trabalhador, que sequer consegue ter acesso à documentação relativa à regularização das obrigações regulares decorrentes do contrato. Em apoio a essa afirmação, não se pode transferir para o empregado essa obrigação, nem mesmo sob o fundamento de que poderia ter acesso à documentação por meio de requerimento dirigido ao ente público contratante, com fundamento na Lei de Acesso à Informação - Lei nº 12.527/2011.

Segue a ementa do julgado em referência:

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LICITAÇÃO. DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE Nº 760.931. TEMA 246 DA REPERCUSSÃO GERAL. SÚMULA Nº 331, V, DO TST. RATIO DECIDENDI. ÔNUS DA PROVA. No julgamento do RE nº 760.931, o Supremo Tribunal Federal firmou a seguinte tese, com repercussão geral: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93". O exame da ratio decidendi da mencionada decisão revela, ainda, que a ausência sistemática de fiscalização, quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora, autoriza a responsabilização do Poder Público. Após o julgamento dos embargos de declaração e tendo sido expressamente rejeitada a proposta de que fossem parcialmente acolhidos para se esclarecer que o ônus da



PROCESSO Nº TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013

prova desse fato pertencia ao empregado, pode-se concluir que cabe a esta Corte Superior a definição da matéria, diante de sua natureza eminentemente infraconstitucional. Nessa linha, a remansosa e antiga jurisprudência daquele Tribunal: AI 405738 AgR, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª T., julg. em 12/11/2002; ARE 701091 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª T., julg. em 11/09/2012; RE 783235 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª T., julg. em 24/06/2014; ARE 830441 AgR, Rel(a) Min. Rosa Weber, 1ª T., julg. em 02/12/2014; ARE 1224559 ED-AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julg. em 11/11/2019. Portanto, em sede de embargos de declaração, o Supremo Tribunal Federal deixou claro que a matéria pertinente ao ônus da prova não foi por ele definida, ao fixar o alcance do Tema 246. Permitiu, por conseguinte que a responsabilidade subsidiária seja reconhecida, mas sempre de natureza subjetiva, ou seja, faz-se necessário verificar a existência de culpa in vigilando. Por esse fundamento e com base no dever ordinário de fiscalização da execução do contrato e de obrigações outras impostas à Administração Pública por diversos dispositivos da Lei nº 8.666/1993, a exemplo, especialmente, dos artigos 58, III; 67, caput e seu § 1º; e dos artigos 54, § 1º; 55, XIII; 58, III; 66; 67, § 1º; 77 e 78, é do Poder Público, tomador dos serviços, o ônus de demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato de prestação de serviços. No caso, o Tribunal Regional consignou que os documentos juntados aos autos pelo ente público são insuficientes à prova de que houve diligência no cumprimento do dever de fiscalização, relativamente ao adimplemento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizada. Ou seja, não se desincumbiu do ônus que lhe cabia. A Egrégia Turma, por sua vez, atribuiu ao trabalhador o ônus da prova, razão pela qual merece reforma a decisão embargada, a fim de restabelecer o acórdão regional. Recurso de embargos conhecido e provido. TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281. Relação de emprego: Min. Cláudio Brandão. Dje: 22/05/2020.

Inarredável, portanto, a conclusão no sentido de que deve ser atribuído à Administração Pública o ônus da prova acerca da efetiva fiscalização do contrato, de modo a afastar sua responsabilidade pela culpa *in vigilando*.

Pois bem.

É incontroverso nos autos que o Reclamante laborou em favor do 2º Reclamado (Estado do Espírito Santo) na execução do contrato de prestação de serviços celebrado entre as ele e a 1ª Reclamada (SOLUCOES SERVICOS TERCEIRIZADOS- EIRELI) para realização de serviços de "limpeza e conservação, bem como, serviços de desinfecção de reservatórios de água potável (caixa d'água e cisterna), inclusive com fornecimento de materiais de consumo (exceto materiais de higiene pessoal) e equipamentos de limpeza, para manutenção nas dependências internas e externas das Unidades Escolares e Superintendências Regionais de Educação da Região Norte e Noroeste do Espírito Santo".

Caberia, portanto, ao 2º Réu (Estado do Espírito Santo) acompanhar a execução do contrato e exigir da contratada todos os comprovantes de



PROCESSO Nº TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013

quitação dos encargos trabalhistas e previdenciários, bem como juntá-los ao processo, como prova do exercício fiscalizatório que a ela incumbia.

No entanto, **percebe-se que, durante todo o contrato de prestação de serviços entre os Réus, os substituídos tiveram o direito ao recebimento do adicional de insalubridade negado, e que indubitavelmente ficaram à margem da fiscalização pela tomadora dos serviços.**

Por conseguinte, verifica-se que tal situação poderia ter sido evitada se o Ente Público exigisse a comprovação, pela empresa prestadora, dos pagamentos dos haveres trabalhistas, o que inclui o recebimento do adicional em questão, expressamente previsto na Convenção Coletiva de Trabalho da categoria.

Com efeito, o dever de fiscalização do ente público está esculpido no art. 67 da Lei nº 8.666/93 que assim dispõe: "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". O § 1º desse dispositivo legal estabelece, ainda, que 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".

Observe-se, ademais, que a Lei nº 8.666/93 impõe à Administração Pública anotar em livro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato e, quando houver irregularidades, aplicar sanções à contratada, a exemplo da suspensão provisória ou temporária do direito de participar de licitação, o impedimento de contratar com a Administração e a declaração de sua inidoneidade (art. 87, III e IV, da Lei de Licitações), medidas que, nada obstante o descumprimento de obrigações trabalhistas no caso ora em comento, não foram adotadas por parte do 2º Reclamado.

Nesse esteio, não pode servir o art. 71 da Lei nº 8.666/93 de escudo para as entidades públicas se esquivarem das suas responsabilidades, ressaltando-se que a fiscalização idônea a afastar a conduta culposa, consoante a Súmula n. 331 do TST, é aquela realizada em conformidade com a lei e o contrato que rege a relação entre prestador e tomador de serviços.

Todavia, ao contrário do que preceitua o dispositivo em comento, in casu, restou evidente que o 2º Réu (Estado do Espírito Santo) não cumpriu com seu dever de acompanhamento efetivo da prestação de serviços, porquanto, repise-se, o adicional de insalubridade expressamente previsto em CCT não foi quitado durante toda a duração do contrato de prestação de serviços.

Lado outro, registre-se que este Relator entende que, como beneficiário do trabalho humano, o tomador de serviços não se desvincula das consequências produzidas pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas



PROCESSO Nº TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013

pelo prestador de serviços, sendo responsável por estas, ainda que de forma subsidiária (arts. 186 e 927, ambos do Código Civil).

Portanto, a responsabilidade subsidiária está calcada no proveito que o tomador de serviço absorve do trabalho executado pelo obreiro (teoria do risco-proveito). Esse mesmo benefício do trabalho prestado é o que sustenta a condenação subsidiária prevista na Súmula n. 331 do Egrégio TST.

Também não se pode olvidar que o 2º Reclamado exercia, em virtude do contrato pactuado com a 1ª Ré, poder diretivo dos serviços prestados - o que incluía, naturalmente, fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas, o que não ocorreu.

Nessa linha é também o parecer do d. MPT (ID. d5f3546):

Com razão o sindicato.

Não se ignora que o princípio constitucional da eficiência, que rege a atuação da administração pública, reclama a adoção de posturas responsáveis, sobretudo no que concerne aos gastos de verba pública.

Contudo, não se pode perder de vista que tal diretriz constitucional deve ser compatibilizada com outras garantias de mesma envergadura, a exemplo do valor social do trabalho.

Bem por isso, a terceirização de serviços perpetrada pelo ente público deve ser adotada com todas as cautelas, seja no momento da escolha da prestadora de serviços, seja no tocante ao respeito das posições jurídicas advindas da contratação, notadamente a do trabalhador que presta sua força de trabalho para a consecução de uma atividade que, em tese, deveria ser realizada pelo poder público.

Note-se que, ao delinear as cláusulas que devem se fazer presentes nos contratos administrativos pactuados em decorrência de procedimento licitatório, o inciso XIII do artigo 55 da Lei 8.666/93, exige que, em todas as avenças, esteja consignada a obrigação de o contratado manter, durante toda a execução do contrato, as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, em compatibilidade com as obrigações assumidas.

Referido dispositivo atrai o dever de fiscalização do ente público contratante, nos moldes previstos nos artigos 66 e 67 do mesmo diploma legislativo (...)

No julgamento da ADC 16/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei Nº8.666/93, reconhecendo, porém, a possibilidade de responsabilização da Administração Pública em caso de falha no dever de fiscalização do cumprimento do contrato administrativo pactuado com a prestadora de serviços.

Frise-se que, recentemente, a tese foi reforçada pelo STF, por ocasião do julgamento do RE 760931, em que novamente se pos em discussão a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, restando fixada a seguinte tese de repercussão geral: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público



PROCESSO Nº TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013

contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93".

As convenções coletivas de trabalho constituem notória fonte de direitos vinculados aos contratos empregatícios, logo, a sua observância cabe a todos os atores envolvidos na relação laboral, inclusive o tomador de serviços.

Portanto, o simples fato de não haver participado das negociações não exime o contratante de zelar pela observância do instrumento, sob pena de, não o fazendo, incorrer em omissão, justamente como no caso presente.

Portanto, dever arcar com as consequências de sua ação culposa, respondendo subsidiariamente pelos débitos trabalhistas reconhecidos em sentença.

Pela reforma da sentença.

Nesse diapasão, merece reforma a r. sentença, com vistas a reconhecer a responsabilidade subsidiária do 2º Reclamado (Estado do Espírito Santo).

Registre-se que a extensão da responsabilidade subsidiária abrange todas as verbas rescisórias, porque a Súmula nº 331 do TST não faz distinção entre verbas salariais, indenizatórias ou multas.

Ademais, no tocante à ordem das responsabilidades, deve ser aplicado o disposto na Súmula nº 04, deste Regional, a qual dispõe que: "(...) a responsabilidade patrimonial do devedor subsidiário na execução precede a dos sócios do devedor principal, salvo manifestação do credor em sentido contrário. A desconsideração da personalidade jurídica do devedor principal se faz em caráter excepcional, sendo possível após frustradas as medidas executórias contra os devedores expressos no título executivo".

Dá-se provimento para reconhecer a responsabilidade subsidiária do 2º Reclamado (Estado do Espírito Santo). **(destaquei)**

A decisão regional foi publicada após iniciada a eficácia da Lei 13.467/2017, em 11/11/2017, que alterou o art. 896-A da CLT, passando a dispor:

"Art.896-A - O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica.

§ 1º São indicadores de transcendência, entre outros:

I - econômica, o elevado valor da causa;

II - política, o desrespeito da instância recorrida à jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal;

III - social, a postulação, por reclamante-recorrente, de direito social constitucionalmente assegurado;

IV - jurídica, a existência de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista.



PROCESSO Nº TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013

§ 2º Poderá o relator, monocraticamente, denegar seguimento ao recurso de revista que não demonstrar transcendência, cabendo agravo desta decisão para o colegiado.

§ 3º Em relação ao recurso que o relator considerou não ter transcendência, o recorrente poderá realizar sustentação oral sobre a questão da transcendência, durante cinco minutos em sessão.

§ 4º Mantido o voto do relator quanto à não transcendência do recurso, será lavrado acórdão com fundamentação sucinta, que constituirá decisão irrecorrível no âmbito do tribunal.

§ 5º É irrecorrível a decisão monocrática do relator que, em agravo de instrumento em recurso de revista, considerar ausente a transcendência da matéria.

§ 6º O juízo de admissibilidade do recurso de revista exercido pela Presidência dos Tribunais Regionais do Trabalho limita-se à análise dos pressupostos intrínsecos e extrínsecos do apelo, não abrangendo o critério da transcendência das questões nele veiculadas."

Insta frisar que o Tribunal Superior do Trabalho editou novo Regimento Interno - RITST, em 20/11/2017, adequando-o às alterações jurídico-processuais dos últimos anos, estabelecendo em relação ao critério da transcendência, além dos parâmetros já fixados em lei, o marco temporal para observância dos comandos inseridos pela Lei 13.467/2017:

"Art. 246. As normas relativas ao exame da transcendência dos recursos de revista, previstas no art. 896-A da CLT, somente incidirão naqueles interpostos contra decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho publicadas a partir de 11/11/2017, data da vigência da Lei n.º 13.467/2017."

Evidente, portanto, a subsunção dos presentes agravos de instrumento e dos recursos de revista respectivos aos termos da referida lei.

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO



PROCESSO Nº TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013

No caso em tela, o debate acerca do reconhecimento da responsabilidade subsidiária, tema objeto de decisão em ação declaratória de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, ADC 16, e da Súmula 331 do TST, detém transcendência política, nos termos do art. 896-A, § 1º, II, da CLT. Ademais, houve mudança de entendimento sobre a questão, mormente após o julgamento dos embargos de declaração opostos no RE 760.931 pelo Supremo Tribunal Federal, bem como do E-ED-RR-62-40.2017.5.20.0009, em sessão Plenária realizada pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST, quórum completo em 10/09/2020, cuja decisão definiu competir à Administração Pública o ônus probatório (acórdão publicado em 29/10/2020). Essa circunstância está apta a demonstrar a presença, também, do indicador de transcendência jurídica.

Ainda em razões iniciais, é de se frisar que o recurso de revista obstaculizado é regido pela Lei 13.015/2014; logo, o reexame de sua admissibilidade torna necessário analisar o cumprimento dos requisitos do art. 896, § 1º-A, incisos I, II e III, da CLT, inseridos pela aludida lei.

In casu, o recorrente indicou o trecho do acórdão regional que consubstancia o prequestionamento da controvérsia; apresentou impugnação fundamentada mediante cotejo analítico entre a decisão recorrida e o teor da jurisprudência desta Corte, além de divergência jurisprudencial. Satisfeitos, portanto, os requisitos do art. 896, § 1º-A, da CLT, com a redação dada pela Lei 13.015/2014.

Passo ao exame da questão de fundo.

Controvérsia sobre o ônus da prova, relacionado à culpa *in vigilando*, exigível para se atribuir responsabilidade subsidiária à Administração Pública, quando terceiriza serviços.

É fato que a e. 6ª Turma, com o meu voto inclusive, vem atribuindo tal encargo probatório ao trabalhador terceirizado porque assim se manifestou o e. STF em várias ocasiões nas quais foi instado sobre o TST estar a cumprir o que aquela excelsa corte decidiu no âmbito da ADC 16 (Rcl 37035/MA, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Julgamento: 27/09/2019; Rcl 26291/GO, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 24/09/2019; Rcl 36569/MA, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Julgamento: 03/09/2019).

Em rigor, não bastou o TST haver modificado o verbete da Súmula 331 de sua jurisprudência para, crescendo-lhe o item V logo após o STF decidir



PROCESSO Nº TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013

a ADC 16, e em cumprimento a essa decisão, afirmar o Tribunal Superior do Trabalho que somente pode ser responsabilizada a Administração Pública – que terceiriza – quando incorre em culpa *in vigilando*. Reclamações constitucionais foram acolhidas, porém, sob o fundamento de estar o TST a presumir tal culpa ao atribuir ao poder público o ônus de provar que teria fiscalizado o cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa terceira.

Deu-se que, em março de 2017, o STF pôs em julgamento o Recurso Extraordinário 760931 e a relatora, Ministra Rosa Weber, sustentou, na mesma linha do que sempre afirmou a Justiça do Trabalho, que não se pode exigir dos terceirizados o ônus de provar o descumprimento do dever legal por parte da Administração Pública, beneficiada diretamente pela força de trabalho. Seu voto foi seguido pelos ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, mas ao final ficou vencido por votos outros que não pareceram enfrentar o tema concernente ao ônus da prova e se limitaram a anunciar, como de resto já anunciara o STF ao julgar a ADC 16, que está vedada a responsabilização automática da Administração Pública, só cabendo sua condenação quando houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos.

Adiante, ao decidir monocraticamente a Reclamação 26947/RS, a Ministra Rosa Weber pontuou essa omissão do STF quanto à distribuição da carga probatória, sendo elucidativa:

"Limitado, outrossim, o julgamento da ADC 16 a obstaculizar a responsabilização subsidiária automática da Administração Pública – como mera decorrência do inadimplemento da prestadora de serviços –, não resultou enfrentada a questão da distribuição do ônus probatório, tampouco estabelecidas balizas para a apreciação da prova ao julgador, a inviabilizar o manejo da reclamação com espreque em alegada afronta à ADC 16 sob tais enfoques, conforme já decidido em várias reclamações: Rcl 14832/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 19.11.2012, Rcl 15194/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 18.3.2013, Rcl 15385/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 15.3.2013. [...]. No ponto, cumpre igualmente assentar que, ao julgamento do RE 760.931, esta Suprema Corte, muito embora tenha debatido aspectos acerca das regras de distribuição do ônus da prova na espécie, culminou por não fixar balizas, respeitada, a meu juízo, a soberania das instâncias ordinárias no exame do acervo fático-probatório, cujo revolvimento é de todo vedado na instância extraordinária, assim como no bojo da reclamação constitucional."



PROCESSO Nº TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013

Em respeito às posições desavindas dos eméritos membros do Supremo Tribunal Federal acerca da carga probatória – referimo-nos à prova de culpa *in vigilando* da Administração Pública – a Subseção I de Dissídios Individuais, órgão uniformizador da jurisprudência no âmbito interno do TST, suspendeu as dezenas de milhares de recursos que desafiavam esse tema na expectativa de o STF, provocado porventura mediante embargos declaratórios, definir se havia decidido sobre essa matéria e, se sim, como decidira.

Eis que o e. STF, ao início de agosto de 2019, é instado a decidir embargos declaratórios opostos contra a decisão que exarara no RE 760931, sensibilizando-se o relator original, o Ministro Luiz Fux, ante a necessidade de esclarecer sobre o ônus da prova da culpa *in vigilando* atribuível à Administração Pública (e também quanto à possibilidade de a responsabilidade do Estado ser solidária, não apenas subsidiária). Sua Excelência, após se referir a fragmentos dos votos dos Ministros Alexandre de Moraes, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Dias Toffoli, concluiu que a maioria dos que integram a corte, no julgamento do RE 760931, havia adotado a tese seguinte:

"O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, salvo, em caráter subsidiário e excepcional, quando cabalmente comprovada conduta culposa da Administração causadora de dano ao empregado, vedada em qualquer hipótese a sua responsabilização solidária e a presunção de culpa, nos termos do art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/93."

Em aparte, a Ministra Cármen Lúcia interveio de modo a pôr em questão a posição majoritária esboçada pelo então relator, interpelando-o ao argumentar:

"Então, parece-me que o que estamos discutindo é o art. 71 da Lei n. 8.666, que proíbe a interpretação que vinha prevalecendo, a responsabilidade subsidiária que acabou sendo aplicada muitas vezes como sendo solidária. E, por uma questão de proteção ao trabalhador – que teria que, muitas vezes, produzir uma prova diabólica e não conseguia provar, é que se inverteu na



PROCESSO Nº TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013

jurisprudência, e nós, então, no julgamento, dissemos: 'Não, nós temos uma lei e a lei proíbe e nós dissemos que essa lei era constitucional'.

Porém, quando uma empresa é contratada, o empregado vem e trabalha, e a Administração Pública, pela mesma Lei n. 8.666, tem o dever, a obrigação, a imposição de seguir esse contrato e ver se está sendo devidamente pago, até porque ela repassa esse dado. Vamos dar o exemplo do Supremo Tribunal Federal: nós temos mais de 200 gestores de contratos -, com número também significativo; então, houve omissão da Administração que não cumpriu o seu dever, e com isso, a empresa não pagou, e o ônus fica em cima do trabalhador, e ele não tem..."

Houve seguidas intervenções, merecendo relevo a do Ministro Ricardo Lewandowski que pede a palavra para endossar manifestação da Defensoria Pública da União quanto a haver o STF optado por um posicionamento minimalista e não dever "entrar em pormenores, tais como condições da ação que autorizariam a transferência de responsabilidade, qual ato comissivo, omissivo ou ilícito do Estado que ensejaria a sua responsabilidade, o ônus da prova".

A intervenção decisiva é a do Ministro Edson Fachin que, na mesma linha do Ministro Lewandowski, arremata: "Basta a leitura do que foi assentado ao longo de um exaustivo julgamento para compreender-se precisamente em que limites e possibilidades essa responsabilidade restou estatuída. Resolver esse debate, no meu modo de ver, significa, a rigor, reiniciar, em sede de embargos de declaração, o julgamento".

O e. STF decidiu então, por maioria (vencidos os Ministros Luiz Fux, Roberto Barroso, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes), que não haveria contradição ou obscuridade a sanar. O comando decisório que sobrevém reitera a tese minimalista de que "a responsabilização subsidiária do poder público não é automática, dependendo de comprovação de culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando*, o que decorre da inarredável obrigação da Administração Pública de fiscalizar os contratos administrativos firmados sob os efeitos da estrita legalidade".

Sem embargo de a comunidade jurídica, inclusive a SBDI I do Tribunal Superior do Trabalho, aguardarem com ansiedade o que estaria a decidir o Supremo Tribunal Federal acerca do ônus da prova, o cuidado de não se imiscuir em tema infraconstitucional, como é o da distribuição da carga probatória, sempre esteve presente na tradição do STF. É possível ilustrar:



PROCESSO Nº TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5º, 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. AUSÊNCIA DE PRELIMINAR FORMAL E FUNDAMENTADA DE REPERCUSSÃO GERAL. EXIGÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. A parte recorrente não apresentou preliminar, formal e fundamentada, de repercussão geral das questões constitucionais discutidas no recurso extraordinário. A peça de recurso, portanto, não atende ao disposto no art. 543-A, § 2º, do CPC. As questões constitucionais alegadas no recurso extraordinário não foram objeto de análise pelo Tribunal de origem. Incidência das Súmulas 282 e 356/STF. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afasta o cabimento de recurso extraordinário para o questionamento de alegadas violações à legislação infraconstitucional sem que se discuta o seu sentido à luz da Constituição. Não há matéria constitucional a ser dirimida em processo no qual se questiona a inversão de ônus da prova. Precedente. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento." (STF - ARE: 794671 MG, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 19/08/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO Dje-170 DIVULG 02-09-2014 PUBLIC 03-09-2014.)

Em concreto, atribuir ao trabalhador terceirizado o ônus de provar que a autoridade gestora de seu contrato teria sido diligente na fiscalização do cumprimento de obrigações trabalhistas pela empresa terceira corresponde, com vênia, a fazer tábula rasa do princípio consagrado – em favor do consumidor e, por desdobramento, de outras pessoas ou grupos vulneráveis – pelo art. 6º, VIII, da Lei 8.078/90, qual seja, o direito "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências".

O princípio da aptidão para a prova resultou inclusive absorvido e ritualizado pelo art. 818, § 1º, da CLT. Como esboçamos em tantos votos nos quais reverenciávamos aquela que nos parecia ser a orientação do STF, a prova que recai sobre o trabalhador terceirizado, no tocante a nuances do negócio jurídico que se desenvolve entre as empresas que se beneficiam de seu trabalho (pois é disso que estamos a tratar quando aludimos à fiscalização de uma empresa sobre a conduta de



PROCESSO Nº TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013

outra empresa), é prova diabólica, insusceptível de atendimento por diligência do empregado.

Noutro ângulo, vê-se que o encargo de fiscalizar o cumprimento do contrato administrativo não deriva de construção doutrinária ou jurisprudencial, sendo, antes, imposição da Lei 8.666/93 (a mesma lei que imuniza o poder público que age sem culpa):

"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.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

Art. 68. O contratado deverá manter preposto, aceito pela Administração, no local da obra ou serviço, para representá-lo na execução do contrato."

E quando a efetividade de qualquer direito fundamental – ilustrativamente, o direito à tutela judicial em vista de lesão a direitos sociais – reclama o concurso de garantias que completam o desígnio constitucional, a tutela jurisdicional que retorna assim à competência do e. Supremo Tribunal Federal não tem frustrado expectativas, como se pode ilustrar com julgado recente:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DE FUNDAÇÃO PÚBLICA. IPTU. DESTINAÇÃO DO IMÓVEL. PRETENSÃO CUJO ACOLHIMENTO DEMANDARIA REEXAME DE FATOS E DO MATERIAL PROBATÓRIO. SÚMULA 279/STF. PRECEDENTES. A jurisprudência da Corte vem consolidando o entendimento de que não cabe ao ente imune demonstrar que utiliza o bem de acordo com suas finalidades institucionais. Ao contrário, cabe à Administração tributária demonstrar a eventual tredestinação do bem gravado pela imunidade. Esta inversão circunstancial do ônus da prova justifica-se pelo fato da imunidade não ser concedida por ato do Fisco. Trata-se de uma garantia que se reveste do caráter de regra supressiva da competência tributária, cujos efeitos decorrem diretamente da Constituição Federal. Nos termos dos precedentes assentados



PROCESSO Nº TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013

por este colegiado, o debate relativo à ausência de comprovação da destinação do imóvel para fins de imunidade demanda o reexame de fatos e provas. Agravo regimental a que se nega provimento." (STF - AgR ARE: 796191 RJ - RIO DE JANEIRO, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 10/02/2015, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-044 09-03-2015.)

São essas as razões pelas quais entendo que o Supremo Tribunal Federal reservou à Justiça do Trabalho decidir acerca do ônus da prova, no tocante à fiscalização do cumprimento de obrigações trabalhistas pela empresa que a Administração Pública contrata para a intermediação de serviços, cabendo ao poder público tal encargo.

Na convicção de que a matéria pertinente ao ônus da prova não foi decidida no Tema 246, a douta maioria da Subseção de Dissídios Individuais I, em composição plenária, concluiu ser do Poder Público contratante o ônus de provar que fiscalizou o contrato de prestação de serviços, conforme julgado assim ementado, *in verbis*:

"RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LICITAÇÃO. DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE Nº 760.931. TEMA 246 DA REPERCUSSÃO GERAL. SÚMULA Nº 331, V, DO TST. *RATIO DECIDENDI*. ÔNUS DA PROVA. No julgamento do RE nº 760.931, o Supremo Tribunal Federal firmou a seguinte tese, com repercussão geral: 'O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93'. O exame da *ratio decidendi* da mencionada decisão revela, ainda, que a ausência sistemática de fiscalização, quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora, autoriza a responsabilização do Poder Público. Após o julgamento dos embargos de declaração e tendo sido expressamente rejeitada a proposta de que fossem parcialmente acolhidos para se esclarecer que o ônus da prova desse fato pertencia ao empregado, pode-se concluir que cabe a esta Corte Superior a definição da matéria, diante de sua natureza eminentemente infraconstitucional. Nessa linha, a remansosa e antiga jurisprudência daquele Tribunal: AI 405738 AgR, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª T., julg. em 12/11/2002; ARE 701091 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª T., julg. em 11/09/2012; RE 783235 AgR, Re. Min. Teori Zavascki, 2ª T., julg. em 24/06/2014; ARE 830441 AgR, Rel(a) Min. Rosa Weber, 1ª T., julg. em 02/12/2014; ARE 1224559 ED-AgR, Relator(a):



PROCESSO Nº TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013

Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julg. em 11/11/2019. Portanto, em sede de embargos de declaração, o Supremo Tribunal Federal deixou claro que a matéria pertinente ao ônus da prova não foi por ele definida, ao fixar o alcance do Tema 246. Permitiu, por conseguinte que a responsabilidade subsidiária seja reconhecida, mas sempre de natureza subjetiva, ou seja, faz-se necessário verificar a existência de culpa *in vigilando*. Por esse fundamento e com base no dever ordinário de fiscalização da execução do contrato e de obrigações outras impostas à Administração Pública por diversos dispositivos da Lei nº 8.666/1993, a exemplo, especialmente, dos artigos 58, III; 67, *caput* e seu § 1º; e dos artigos 54, § 1º; 55, XIII; 58, III; 66; 67, § 1º; 77 e 78, é do Poder Público, tomador dos serviços, o ônus de demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato de prestação de serviços. No caso, o Tribunal Regional consignou que os documentos juntados aos autos pelo ente público são insuficientes à prova de que houve diligência no cumprimento do dever de fiscalização, relativamente ao adimplemento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizada. Ou seja, não se desincumbiu do ônus que lhe cabia. A Egrégia Turma, por sua vez, atribuiu ao trabalhador o ônus da prova, razão pela qual merece reforma a decisão embargada, a fim de restabelecer o acórdão regional. Recurso de embargos conhecido e provido." (E-RR-925-07.2016.5.05.0281, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 22/05/2020.)

A corroborar esse entendimento julgados outros foram proferidos recentemente pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais deste Tribunal, em composição plenária, nos autos dos Processos TST-E-RR-903-90.2017.5.11.0007, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT de 06/03/2020, decisão por unanimidade; TST-E-ED-RR-62-40.2017.5.20.0009, Rel. Min. Márcio Eurico, sessão de 10 de setembro de 2020, decisão por maioria; TST-E-ED-RR-58-26.2010.5.10.0009, Rel. Min. Brito Pereira, sessão de 10 de setembro de 2020, decisão por maioria; TST-Ag-E-ED-RR-713-21.2016.5.20.0005, Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, sessão de 10 de setembro de 2020, decisão por maioria; E-Ag-RR-1439-74.2015.5.05.0222, Rel. Min. Breno Medeiros, sessão de 10 de setembro de 2020, decisão por maioria.

O Supremo Tribunal Federal não constitucionalizou a matéria relacionada a ônus da prova, seguindo na senda de que o debate sobre tal tema se esgota na instância especial.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal confirma a possibilidade de atribuição do ônus probatório à entidade pública, com base nas



PROCESSO Nº TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013

peculiaridades do caso concreto, sem que tal implique em contrariedade à jurisprudência daquela Corte. Transcreve-se a ementa do julgado:

"EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. TEMA 246 DA REPERCUSSÃO GERAL. AUSÊNCIA DE ADERÊNCIA ESTRITA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Quando do julgamento do RE 760.931, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 11.09.2017, não se fixou regra sobre a distribuição do ônus probatório nas ações que debatem a responsabilidade subsidiária da Administração Pública em decorrência da culpa *in vigilando* nos contratos de terceirização. Não destoia desse entendimento acórdão que, ante as peculiaridades do caso concreto, impõe à Administração a prova de diligência. 2. Agravo regimental a que se nega provimento." (STF - Rcl 35907 AgR. Relator(a): Min. EDSON FACHIN. Data do julgamento: 29/11/2019, Segunda Turma. Data da publicação: DJe de 19/12/2019.)

No caso concreto, o Regional consignou expressamente a culpa da Administração Pública por ausência de fiscalização no cumprimento das obrigações regulares do contrato, a exemplo, do pagamento devido mês a mês do adicional de insalubridade, previsto nas normas coletivas para os auxiliares de limpeza.

Assim, conforme fixou a SBDI-I ao julgar o E-RR-992-25.2014.5.04.0101, DEJT de 7/8/2020, a comprovada tolerância da Administração Pública quanto ao não cumprimento de obrigações trabalhistas devidas ao longo da relação laboral, mantendo o curso do contrato administrativo como se estivesse cumprido o seu conteúdo obrigacional e fosse irrelevante a apropriação de energia de trabalho sem a justa e digna contraprestação, não se confunde com o mero inadimplemento de dívida trabalhista porventura controvertida, episódica ou resilitória, que não gera, como visto, e em atenção ao entendimento do STF, responsabilidade subsidiária.

Portanto, em havendo afirmação pelo Tribunal Regional que o Ente Público contratante foi omissivo na fiscalização do contrato administrativo, no tocante ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços, premissa fática não passível de análise em recurso de natureza extraordinária (Súmula 126 do TST), entende-se configurada a culpa *in vigilando*, exatamente nos moldes da tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, o que



PROCESSO Nº TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013

impede o acolhimento *in totum* da tese sustentada nas razões do agravo pela reclamada.

Nesse contexto, em face da existência da culpa *in vigilando*, em decorrência da não fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços, e em respeito ao comando extraído do julgamento da ADC 16 do STF, a decisão agravada, no tocante à interpretação do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93, entendo estar o acórdão regional em consonância com a Súmula 331, V e VI, do TST, sendo inviável o conhecimento do recurso de revista, nos termos da Súmula 333 do TST e do § 7º do artigo 896 da CLT.

Portanto, confirmada a ordem de obstaculização do recurso de revista, **nego provimento** ao agravo de instrumento.

II - AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA SOLUÇÕES SERVIÇOS TERCEIRIZADOS - EIRELI.

Inconformado, o recorrente interpõe o presente agravo de instrumento às fls. 1077-1088, em que ataca os fundamentos da decisão denegatória quanto ao tema "prova pericial – adicional de insalubridade".

Ao exame.

A Corte *a quo* decidiu em relação ao tema:

"Da simples leitura da norma supratranscrita exsurge, de forma cristalina, o direito dos substituídos ao adicional de insalubridade, consoante reconhecido pela Origem.

Lado outro, deve ser rechaçado o argumento defensivo no sentido de que a ausência de perícia afasta a alegada insalubridade.

Isso porque, tendo sido o pagamento da parcela encetado por meio de livre negociação coletiva, torna-se prescindível a realização de perícia, porquanto tal situação equivale ao pagamento realizado de forma espontânea, que, nos termos da jurisprudência iterativa, atual e notória do C. TST, dispensa a prova técnica.

Na mesma linha, refuta-se a suposta invalidade de tal cláusula, sob a fundamentação de que "as cláusulas da CCT não são absolutas, devendo guardar a segurança da lei e o respeito as normas legais específicas, nos moldes do artigo 37, *caput* da CR/88".

Ora, a negociação coletiva trabalhista configura-se como importante instrumento para garantir melhorias nas condições empregatícias e sociais dos trabalhadores, tendo sido, por isso, fortemente incentivada pela



PROCESSO Nº TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013

Constituição da República de 1988 (a exemplo das previsões contidas no art. 7º, incisos VI, XIII e XXVI).

Nos dizeres de Maurício Godinho Delgado:

(...) negociação coletiva trabalhista consiste em um instrumento de democratização do poder e da riqueza no âmbito da sociedade civil; é importante veículo institucionalizado para a busca da maior democratização e inclusão socioeconômica das pessoas humanas na sociedade civil. (Delgado, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16ª Ed. São Paulo: LTr, 2017).

Nesse contexto, não há falar em invalidade da cláusula que prevê o pagamento de adicional de insalubridade aos auxiliares gerais, por se tratar de norma fruto de regular negociação coletiva, que prestigia os mandamentos constitucionais e celetistas acerca da proteção à saúde e à segurança do trabalhador, permitindo efetivar os princípios e garantias fundamentais sobre o tema, previstos na Carta Magna.

Tampouco merece guarida a tese Patronal no sentido de inaplicabilidade da cláusula da CCT, por ter sido reconhecida sua inconstitucionalidade em ação interposta pela SEACES perante a 3ª Vara da Fazenda Pública (0039211-60-2016-8-08-0024), uma vez que a nulidade incidental não perfaz coisa julgada material.

Por fim, não prospera a alegação de que o fornecimento de EPIs excluiria o direito à percepção da parcela.

A uma, porque a própria CCT prevê o pagamento em grau médio (independentemente dos equipamentos de proteção utilizados). A duas, porquanto este Relator entende que os artigos de proteção apenas minimizam os efeitos devastadores dos agentes nocivos, não tendo o condão de neutralizá-los completamente, o que implica dizer que o obreiro, ainda que faça uso de EPI's, continua submetido a situações que lhe causam danos à saúde e integridade física, ensejando o recebimento do adicional em questão.

Irretocável, pois, a r. sentença, que condenou a Reclamada no pagamento de adicional de insalubridade, nos termos previstos nas CCT's da categoria.

Nessa mesma linha é parecer do d. MPT (ID. d5f3546):

Revedo posicionamento anterior, e sobretudo porque a CLT agora contempla a possibilidade de que normas coletivas disponham sobre a concessão de adicional de insalubridade (e não somente o enquadramento do grau, como quer fazer crer a empresa), passo a desconsiderar obrigatória a realização de perícia, quando cumpridos os requisitos previstos no instrumento coletivo:

(...)

Assim, considerando-se que não há controvérsia nos autos acerca das funções exercidas pelos substituídos e o enquadramento na norma coletiva discutida nos presentes autos, não há ilegalidade a ser reconhecida devendo prevalecer a condenação imposta aos reclamados, independentemente da questão afeta ao uso de EPI's.



PROCESSO Nº TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013

Ressalte-se, outrossim, que a existência de decisão definitiva proferida pela Justiça Comum acerca da aplicabilidade da convenção coletiva para fixação dos preços do contrato administrativo firmado entre as reclamadas não gera efeitos no processo do trabalho.

Nega-se provimento."

Fixadas tais premissas gerais, observa-se que o recurso de revista que se pretende processar não está qualificado, em seus temas, pelos indicadores de transcendência em comento.

Tratando-se de apelo empresarial e não de empregado, está ausente a transcendência social.

Também não se discute questão inédita acerca da legislação trabalhista, não havendo de se falar em transcendência jurídica.

Não bastasse isso, não está configurada qualquer dissonância entre a decisão regional e a jurisprudência sumulada ou vinculante do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal que configure a transcendência política. Na verdade, conforme se depreende do acórdão recorrido, verifica-se ter a Corte *a quo*, ao analisar a pretensão recursal de afastamento da rescisão indireta, procedido ao escorreito enquadramento jurídico dos fatos apurados.

Ademais, minha compreensão, em relação à transcendência econômica, seja para o empregador ou para o empregado, é a de que não deve ser estabelecido um determinado valor a partir do qual todas as causas teriam transcendência.

A transcendência concerne, por definição, a algum aspecto da causa que supera o espectro dos interesses individuais e reporta-se ao interesse coletivo. Mas essa coletividade não pode, por justiça, corresponder a toda a sociedade brasileira como se empresários e trabalhadores pertencessem, indistintamente, ao mesmo estrato social e econômico.

O interesse alimentar, ou de sobrevivência, é compartilhado por toda imensa parcela da sociedade sem emprego ou renda, malgrado a ele sejam indiferentes, não raro, os trabalhadores cuja sorte ou talento os fez inseridos no mercado de trabalho. Também, do outro lado, as pequenas e médias empresas ocupam nicho econômico em que o interesse de subsistir pode transcender mais que o de ser competitiva ou de constituir monopólio, o contrário se dando no *front* em que se digladiam as grandes corporações econômicas.



PROCESSO Nº TST-AIRR-968-31.2019.5.17.0013

São coletividades diferentes, tanto no caso dos empregadores quanto no dos empregados.

Todavia, não havendo indicação clara acerca de qual fração do valor da causa que corresponderia à pretensão recursal, resulta inviável, ou mesmo anódino, o reconhecimento de transcendência econômica.

Nada obstante esse entendimento, a sexta Turma tem entendido, com ressalva de meu entendimento, que, a despeito dos valores da causa e da condenação, não é possível o seu reconhecimento quando os demais critérios de transcendência estão ausentes e não se faz presente matéria a ser uniformizada por esta Corte.

Em suma, ausente qualquer um dos indicadores de transcendência aptos a autorizar o exame do apelo nesta Corte.

Ante o exposto, não reconhecida a transcendência, mantenho a ordem de obstaculização do recurso de revista, muito embora por fundamento diverso, e **nego provimento** ao agravo de instrumento do segundo reclamado.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: I) preliminarmente, determinar a reatuação dos autos para incluir a reclamada SOLUCOES SERVICOS TERCEIRIZADOS- EIRELI também como agravante e II) reconhecer a transcendência jurídica do recurso de revista do Estado de Espírito Santo; III) Não reconhecer a transcendência do agravo de instrumento da reclamada SOLUCOES SERVICOS TERCEIRIZADOS- EIRELI IV) negar provimento aos agravos de instrumento.

Brasília, 19 de junho de 2024.

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

AUGUSTO CÉSAR LEITE DE CARVALHO
Ministro Relator



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO
12ª Vara do Trabalho de Vitória
ENDEREÇO: AVENIDA CLETO NUNES, 85, 10º andar, PARQUE MOSCOSO,
VITORIA - ES - CEP: 29018-906
EMAIL: vitv12@trtes.jus.br
ACum 0000747-51.2019.5.17.0012
AUTOR: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES
RÉU: VIX SERVICOS - ES LTDA, ESTADO DO ESPIRITO SANTO

Processo nº 0000747-51.2019.5.17.0012

Vistos e examinados os presentes autos, passo a proferir a seguinte

SENTENÇA

SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL

ES ajuíza reclamação trabalhista, pelos fatos e fundamentos que aponta em inicial instruída com procuração e documentos, postulando a condenação das reclamadas, a segunda a título subsidiário, ao pagamento, em favor dos substituídos não identificados nos autos, de indenização substitutiva referente ao abono anual do PIS de 2016, além de honorários advocatícios e assistência judiciária gratuita.

Resposta do **ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, por meio da qual aduz a ilegitimidade ativa e passiva *ad causam* e, no mérito, refuta a responsabilidade que lhe é atribuída, pugnando pela improcedência dos pleitos autorais.

Ainda que regularmente citada, a reclamada **VIX SERVICOS - ES LTDA** deixou de opor resistência ao pedido vestibular e de se fazer presente em Juízo na oportunidade que lhe foi assinada.

Conciliação prejudicada.

Alçada arbitrada em R\$ 45.000,00.

Encerrada a instrução processual, tendo sido remissivas aos elementos dos autos as razões finais aduzidas pelas partes presentes ao ato, sem êxito no esforço derradeiro de conciliação.

É o relatório.

ISTO POSTO

ILEGITIMIDADE PASSIVA "AD CAUSAM"

A legitimidade passiva se revela na pertinência subjetiva da ação, vale dizer, quando a parte indicada como devedora na relação jurídica processual pode estar, abstratamente, vinculada à relação jurídica de direito material.

No caso, a parte autora pretende ver reconhecida a responsabilidade das reclamadas, razão pela qual elas devem figurar no pólo passivo da ação, até mesmo para que exerçam seu amplo direito de defesa assegurado Constitucionalmente.

Cumprе mencionar que o direito de ação não se atrela ao direito material, razão pela qual, mesmo que julgada improcedente a ação em face de alguma ré, ainda assim persiste o direito de ação da parte autora.

Portanto, rejeito a preliminar arguida.

ILEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM"

No que concerne à legitimidade *ad causam* da entidade autora, é bem de ver que, superado o ineditismo do texto da Constituição Federal de 1988, não há mais espaço para que se questione a atuação dos sindicatos em Juízo para tutela de interesses individuais e coletivos da categoria de sua representação. Cuida-se nos autos do esforço de salvaguardar o direito dos empregados da área de limpeza das rés ao recebimento do adicional de insalubridade previsto em norma coletiva, típico interesse transindividual da classe individual homogênea, decorrente de origem comum, preconizado no art. 81 da Lei nº 8.078/90, a justificar plenamente que possam dela fazer uso associações sindicais constituídas há mais de um ano, independentemente de rol ou lista de substituídos, consoante disposição do art. 82 da referida lei. Há que aduzir, outrossim, que a legitimidade dessas entidades sindicais está contemplada na regra matriz do art. 8º, III, da Carta Federal, a lhes outorgar a defesa judicial de tais interesses coletivos, sem maiores peias ou restrições, nos moldes da jurisprudência pacificada do Excelso Pretório. É, desse modo, manifesta a legitimidade "*ad causam*" do sindicato autor para o exercício da presente *actio*, ao que rejeito esta prefacial.

PRESCRIÇÃO

Considerando que inexistem parcelas vindicadas anteriores a 22/07/2014, afasto a prejudicial.

RESPONSABILIDADE DO SEGUNDO RECLAMADO

Não há que se falar, *in casu*, de responsabilidade subsidiária do segundo réu, nos termos da súmula 331, V do C.TST. O réu comprovou a fiscalização das obrigações trabalhistas no decorrer do contrato firmado com a primeira ré, por meio dos documentos carreados aos autos. Nesta toada, não se pode cogitar de qualquer culpa ou omissão de sua parte, ao que incabível a imputação de responsabilidade pela inadimplência patronal. Na forma do art. 485, VI, do CPC, julgo extinto o processo sem resolução do mérito em face do Estado do Espírito Santo.

MÉRITO

A primeira reclamada é revel e confessa quanto à matéria de fato articulada na petição inicial, a teor dos arts. 844 da CLT e 343 do CPC, tornando verdadeiros os fatos articulados na exordial, uma vez que, validamente citada, deixou de opor resistência ao pedido vestibular e de se fazer presente em Juízo por ocasião da audiência designada.

Presume-se, pois, que a ré haja efetivamente infringido o preceito obrigacional a que se sujeita, sendo lícito o direito de cada substituído ao recebimento do adicional de insalubridade e reflexos, na forma da norma coletiva, desde janeiro de 2016 até o término do vínculo contratual.

A Convenção Coletiva é expressa no parágrafo 1º da sua Cláusula 10ª quanto a obrigatoriedade de pagamento de adicional de insalubridade a partir de 01 de janeiro de 2015 para os empregados lotados na função de auxiliar de serviços gerais de limpeza predial, com

o limite estendido para o implemento da obrigação a partir de 31 de dezembro de 2015. Tal cláusula foi renovada em 2016 e 2017, vigendo por todo o contrato.

Não há necessidade de prova pericial para apuração das condições do local de trabalho ou do enquadramento das atividades nas disposições previstas nas normas regulamentadoras específicas.

A Constituição Federal, em seu artigo 7º, previu expressamente o reconhecimento de validade das convenções e acordos coletivos de trabalho. Verifica-se pela leitura sistemática no ordenamento jurídico da força conferida aos instrumentos de negociação coletiva, sendo vedado somente a modificação de normas cogentes, em detrimento do trabalhador.

Neste sentido, a concessão de adicional de insalubridade por meio de norma coletiva, sem espeque em laudo pericial prévio, não agride preceito de ordem pública, uma vez que confere garantias ainda maiores do que aquelas minimamente oferecidas pela lei quanto à proteção ao trabalho.

Condeno a reclamada, pois, ao pagamento do adicional de insalubridade postulado, tomando por base o seu salário básico (piso da categoria), em analogia ao disposto no § 1º do art. 193 da CLT, face aos termos da Súmula Vinculante nº 4 do Excelso STF, e conforme disposto em norma coletiva, assegurados os reflexos no décimo terceiro salário, férias acrescidas de um terço e recolhimentos vertidos à conta vinculada do FGTS, tais como postulados, dada a habitualidade da prestação, conforme valores a serem apurados, uma vez que a presunção de veracidade das alegações iniciais, em razão da revelia e confissão ficta aplicadas à primeira ré, não autoriza presumir o preenchimento por cada substituído de todos os pressupostos previstos na aludida Lei.

Posto isso, a liquidação e a execução desta sentença coletiva genérica dar-se-á de forma individual, sujeitando-se à livre distribuição, na forma do art. 98, § 2º, I, da Lei 8.078/90, aos interessados cumprindo comprovar em Juízo que se amoldam à hipótese de incidência deste "*decisum*".

O adicional já remunera os dias de repouso semanal remunerado do empregado mensalista, na forma da OJ 103 da SDI-1 do C.TST.

Ausentes que se revelam na espécie os requisitos do art. 14 da Lei nº 5.584/70, merecem indeferimento os pleitos de assistência judiciária gratuita e honorários de sucumbência.

PELO EXPOSTO

Julgo, nos termos da fundamentação supra, que integra o presente dispositivo para todos os efeitos legais, **EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO** o processo em face do **Estado do Espírito Santo**, na forma do art. 485, VI, do CPC, e **PROCEDENTE EM PARTE O PEDIDO**, para condenar a primeira ré ao pagamento de títulos, tais como constam especificados na motivação deste "*decisum*", observados os parâmetros ali consignados, nomeadamente que a liquidação e a execução desta sentença coletiva genérica dar-se-á de forma individual, sujeitando-se à livre distribuição, na forma do art. 98, § 2º, I, da Lei 8.078/90, aos interessados cumprindo comprovar em Juízo que se amoldam à hipótese de incidência desta sentença.

Juros e correção monetária na forma da lei.

Custas de R\$ 900,00, calculadas sobre o valor arbitrado de R\$ 45.000,00, pela reclamada.

Cumpram-se os provimentos nºs 02/93 e 01/96, da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho.

Oficie-se o INSS e a DRT.

Dê-se ciência às partes.

VITORIA, 16 de Dezembro de 2019

ROBERTO JOSE FERREIRA DE ALMADA
Juiz(íza) do Trabalho Titular



Assinado eletronicamente por: [ROBERTO JOSE FERREIRA DE ALMADA] - 490bf1f
<https://pje.trt17.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO

GDCACM 02

PROCESSO nº 0000773-73.2019.5.17.0004 ROT

RECORRENTES: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES, ESTADO DO ESPIRITO SANTO

RECORRIDOS: M3 PRESTACAO DE SERVICOS LTDA - ME, ESTADO DO ESPIRITO SANTO, SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES

RELATOR: DESEMBARGADOR CLÁUDIO ARMANDO COUCE DE MENEZES

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO DO SEGUNDO RECLAMADO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. FALHA NO DEVER DE FISCALIZAÇÃO. CULPA CONFIGURADA. A condenação subsidiária da Administração Pública decorre da culpa *in eligendo e in vigilando*, com base nos artigos 186 e 927 do CCB. A culpa *in vigilando* se revela porque o contratante tem o poder-dever de fiscalizar as obrigações existentes entre a empresa prestadora dos serviços e o empregado, nos termos dos artigos 58, III e 78, VII, da Lei 8.666/93 e dos princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e o valor social do trabalho (art. 1º, IV, e 170, da CF). Tendo a Administração Pública se beneficiado da prestação de serviços da parte autora e constatada a omissão no dever de fiscalização, incorreu em culpa *in vigilando*, sendo responsável subsidiária na satisfação do crédito trabalhista do hipossuficiente, diante da inadimplência do empregador, na forma da Súmula 331, V do TST e em conformidade com as decisões do STF na ADC 16 e RE 760.931.

RECURSO ORDINÁRIO DO SINDICATO AUTOR. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BASE DE CÁLCULO, VALOR LÍQUIDO DA CONDENAÇÃO. O artigo 11, parágrafo 1º, da Lei n. 1.060/50, estabelece que os honorários do advogado serão arbitrados sobre o líquido apurado na execução da sentença. Entende-se, contudo, que a expressão líquido, contida no mencionado artigo, refere-se ao valor liquidado, e não ao quantum devido ao credor após efetuadas as deduções legais. Diante disso, não são passíveis de dedução da base de cálculo dos honorários, os descontos decorrentes da legislação social e fiscal, porque não são, a rigor, dedução do crédito do autor, mas retenção de valores pela fonte pagadora, lastreada no ordenamento jurídico. Portanto, a apuração dos honorários advocatícios deve observar o conteúdo da Orientação Jurisprudencial nº 348, da SBDI-1, do C. TST, que prevê apuração dos honorários advocatícios sobre o valor líquido da condenação, apurado na fase de liquidação de sentença, sem a dedução dos descontos fiscais e previdenciários.

1. RELATÓRIO

Trata-se de recursos ordinários interpostos pelo sindicato-autor e pelo segundo reclamado, em face da r. sentença, complementada por decisão proferida em sede de embargos de declaração, que julgou parcialmente procedentes os pedidos da inicial.

Contrarrazões pela parte ativa e pelo segundo reclamado, pugnando pelo desprovemento.

Os autos foram enviados ao d. Ministério Público do Trabalho, na forma do Regimento Interno deste E. Tribunal, cujo parecer encontra-se acostado no ID.5e6702f.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

CONHECIMENTO

Conheço do recurso ordinário do sindicato-autor e do segundo reclamado, por presentes os pressupostos de admissibilidade recursal.

Inverto a ordem do julgamento, iniciando a apreciação pelo recurso do segundo réu.

PRELIMINAR - RECURSO ORDINÁRIO DO SEGUNDO RECLAMADO

ILEGITIMIDADE ATIVA

Vejam os teores da sentença:

DA PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM

A Constituição da República, por meio de seu art. 8º, III, garantiu aos sindicatos a legitimação para a defesa em juízo dos interesses coletivos e individuais dos trabalhadores, independentemente da outorga expressa de poderes, quer interindividualmente, quer por assembleia geral, uma vez que se trata de substituição processual.

Cita-se, a título de ilustração, decisão do STF sobre o tema:

"PROCESSO CIVIL. SINDICATO. ART. 8º, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DEFESA DE DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS OU INDIVIDUAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. O artigo 8º, III da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. 'Por se tratar de típica hipótese de substituição processual é desnecessária qualquer autorização dos substituídos. Recurso conhecido e provido' (RE 210.029-RES, redator do acórdão Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 12.06.2006).

O sindicato-autor postula, em nome dos substituídos, direitos individuais homogêneos tais como conceituados no CDC (art. 81, Parágrafo Único, III).

Nesse contexto, entende-se legítima a propositura da demanda pelo sindicato-autor, sendo desnecessária a outorga de procuração (já que não se trata de representação) e apresentação de lista de substituídos.

Não se olvide que em 2003 houve o cancelamento da Súmula n.º 310 do TST, que restringia as hipóteses de substituição processual.

Do exposto, rejeita-se a preliminar.

Em sede de recurso, alega o segundo reclamado que o ente sindical *"não está a defender interesse da categoria, mas, sim, interesse individual heterogêneo, significando dizer que a questão em debate não é coletiva, não tem origem comum e depende da análise concreta de cada caso"*.

Outrossim, defende que *"há flagrante prejuízo ao contraditório e ampla defesa, haja vista que o número de pseudosubstituídos pode ser expressivo, tornando impossível a apresentação de defesa que contemple individualmente a situação de cada trabalhador ou mesmo a identificação da efetiva prestação do serviço nas dependências do Ente Público e, em caso positivo, se existiu exposição a agente insalubre"*.

Assim, *"pede a reforma da r. Sentença, para reconhecer a ilegitimidade ativa do SINDILIMPE/ES, seja porque se trata da defesa dos interesses heterogêneos de pseudosubstituídos, seja pelo flagrante prejuízo ao Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa"*.

Pleiteia, também, que *"os Substituídos devem ser notificados para que tomem ciência da lide coletiva, sendo-lhes facultado pedirem suspensão dos seus processos individuais ou prosseguirem, individualmente, na busca do provimento jurisdicional pretendido"*.

Pois bem.

O sindicato está legitimado pela Carta Magna a promover a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas (art. 8º, III). Logo, é inviável falar-se em ilegitimidade para a causa quando o sindicato defende direito ou interesse individual ou coletivos.

Além disso, não é o direito que é puro, homogêneo, coletivo ou difuso. Tais qualificações devem ser atribuídas à natureza da pretensão. Valho-me, nesse sentido, dos preciosos argumentos de Guilherme Feliciano, citando o Mestre Nelson Nery Júnior:

Daí a dúvida: o direito ao meio ambiente do trabalho ecologicamente equilibrado é um direito (= interesse) individual, individual homogêneo, coletivo ou difuso? A resposta é tão multifacetada quanto a pergunta, relativizando a sua própria circunstância: a sua qualificação jurídica depende do contexto de conflito em que se

insere a pretensão se individual, individual homogêneo, coletivo ou difuso. É o que decorre, "mutatis mutandi", do magistério de Nelson Nery Júnior, já no âmbito do processo: o direito não se classifica segundo a matéria genérica "in abstracto", mas segundo o tipo de tutela jurisdicional que se pretende com a ação judicial. Não se pode dizer, aprioristicamente, que o direito ao meio ambiente seja um direito difuso, ou que o direito do consumidor seja coletivo; antes, um mesmo evento o autor cita o acidente com o Bateau Mouche IV em 1988 pode ensejar interesse individual (pretensão de indenização de uma das vítimas, em ação ordinária de perdas e danos), individual homogêneo (pretensão de indenização a favor de todas as vítimas, em ação ajuizada por entidade associativa), coletivo (pretensão de obrigação de fazer, em ação coletiva movida por associação das empresas de turismo, com vistas à manutenção da boa imagem do segmento econômico local) ou difuso (tutela da vida e da segurança das pessoas em geral, mediante ação coletiva ajuizada pelo Ministério Público para interditar a embarcação e evitar novos acidentes) MEIO AMBIENTE DO TRABALHO (ASPECTOS GERAIS E PROPEDEÚTICOS) - Guilherme Guimarães Feliciano. (Publicada no Juris Síntese nº 38 - NOV/DEZ de 2002).

Tendo em vista que a pretensão atine, dentre outras, ao pagamento de adicional de insalubridade, qualifica-se como individual homogênea porque o direito é divisível, os sujeitos de direito são determináveis, porque inseridos numa mesma empresa, e a origem é comum, pois lesados potencialmente todos os empregados, ou alguns deles, pela inadimplência do empregador.

Tem-se que a concepção de substituição processual experimentou grande avanço doutrinário e jurisprudencial, possibilitando a atuação das entidades sindicais de forma cada vez mais ampliada.

O Tribunal Superior do Trabalho, ao julgar o Recurso de Revista 121294/2004-900-04-00.4, reformou decisão do TRT do Rio Grande do Sul para admitir a substituição processual ampla. Vejamos extrato da decisão:

"Se dúvida havia quanto à amplitude do instituto da substituição processual, tornaram-se insubsistentes ante o disposto no artigo 8.º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, **que expressamente autoriza a atuação ampla das entidades sindicais representativas das categorias, dada a sua missão institucional de defesa dos direitos e interesses individuais e coletivos da categoria respectiva**" (Ministro-Relator Lélío Bentes Corrêa, ao deferir o recurso sindical

De acordo com o Relator dos autos antes mencionados, Ministro Lélío Bentes, a jurisprudência atualizada, tanto do Tribunal Superior do Trabalho quanto do Supremo Tribunal Federal, vem se firmando no sentido de reconhecer no art. 8.º, inciso III, da Constituição Federal, a substituição ampla, de toda a categoria, pela entidade sindical.

A interpretação conferida ao artigo 8º, inciso III, da Constituição da República, que assegura ao sindicato a ampla substituição processual para defesa de direitos e interesses individuais comuns, heterogêneos ou homogêneos dos integrantes da categoria, ou de apenas um substituído, dispensada qualquer autorização.

Quanto à representação do sindicato por substituição processual, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no julgamento dos Recursos Extraordinários 193.503, 193.579, 208.983, 210.029, 211.874, 213.111, 214.668, sessão plenária de 12/6/2006, cuja Relatoria coube ao eminente Ministro Joaquim Barbosa, que o inciso III do artigo 8º da Constituição da República confere aos Sindicatos legitimidade extraordinária para atuar em juízo na defesa de todos e quaisquer direitos subjetivos individuais e coletivos dos integrantes da categoria por ele representada (Informativo 431 do E. STF). Verifica-se, portanto, que os sindicatos têm legitimidade ativa *ad causam* para atuar nos interesses e na defesa dos direitos coletivos e/ou individuais, na qualidade de substitutos processuais.

Nesse sentido, os seguintes precedentes da SBDI-1/TST:

RECURSO DE EMBARGOS. SINDICATO - SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL - LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM - HORAS IN ITINERE E MINUTOS RESIDUAIS. Esta Corte, por meio de sua SBDI1, tem afirmado que o sindicato possui ampla legitimidade para pleitear, em juízo, todos e quaisquer direitos dos integrantes da categoria que representa. Com ressalva de entendimento pessoal. Recurso de embargos conhecido e desprovido. (E-ED-RR - 16800-45.2005.5.04.0761 , Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 14/11/2013, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 22/11/2013)

EMBARGOS REGIDOS PELA LEI Nº 11.496/2007. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO SINDICATO PROFISSIONAL PARA ATUAR COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL DA CATEGORIA PROFISSIONAL. DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. PEDIDO DE PAGAMENTO DE HORAS EXTRAS E ADICIONAL NOTURNO. Nos termos do ordenamento jurídico brasileiro e na esteira da jurisprudência iterativa desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, a substituição processual pelo sindicato ocorre em razão de defesa de direitos ou interesses individuais homogêneos da categoria profissional representada, de forma ampla (art. 8º, inciso III, da CF/88). Dessa forma, o que legitima a substituição processual pelo sindicato é a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos, assim entendidos aqueles que decorrem de uma origem comum relativamente a um grupo determinado de empregados. Esse requisito foi devida e integralmente cumprido na hipótese em julgamento, na medida em que a origem do pedido ora deduzido em Juízo é a mesma para todos os empregados da empresa reclamada que se enquadram na situação descrita nos autos. Ressalta-se que a homogeneidade que

caracteriza o direito não está nas consequências individuais no patrimônio de cada trabalhador advindas do reconhecimento desse direito, mas sim no ato praticado pelo empregador de descumprimento de normas regulamentares e de leis e no prejuízo ocasionado à categoria dos empregados como um todo, independentemente de quem venha a ser beneficiado em virtude do reconhecimento da ilicitude da conduta do empregador. Fica caracterizada a origem comum do direito, de modo que legitime a atuação do sindicato, não a descaracterizando o fato de ser necessária a individualização para apuração do valor devido a cada empregado, uma vez que a homogeneidade diz respeito ao direito, e não à sua quantificação, até porque os direitos individuais homogêneos não são direitos individuais idênticos, necessitando-se apenas que decorram de um fato lesivo comum. A liquidação do direito eventualmente declarado nesta ação para cada trabalhador substituído dependerá do exame das particularidades afetas a cada um deles, de forma a verificar, em relação a cada um deles, se e em que medida se encontra abrangido pela decisão judicial a ser proferida; contudo, a necessidade de quantificação dos valores devidos, reforce-se, não desnaturaliza a homogeneidade dos direitos e, portanto, não afasta a legitimidade ativa do substituto processual. Embargos conhecidos e desprovidos. (E-RR - 84500-77.2006.5.03.0099 , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 06/11/2014, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 14/11/2014)

SINDICATO. ILEGITIMIDADE ATIVA. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. PRETENSÃO AO RECEBIMENTO DE HORAS EXTRAS, DIFERENÇAS DE DIÁRIAS E HORAS IN ITINERE. A jurisprudência desta Corte, a partir do julgamento do E-RR-353.33/1997.9, firmou-se no sentido de que a substituição processual, tal como prevista no art. 8º, inc. III, da Constituição da República, abrange os direitos ou interesses individuais homogêneos, reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal como subsespécie de interesses coletivos (RE-163.231-3/SP, Ac. 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 29/6/2001), de modo que o sindicato tem legitimidade para atuar em juízo na qualidade de substituto processual, em ação na qual postule a condenação do reclamado ao pagamento de horas extras, diferenças de diárias e horas in itinere. Com ressalva do relator, consistente na circunstância de que diferenças de diárias e de horas in itinere são temas que não guardam homogeneidade. Assim, a execução da coisa julgada resultante da -ação coletiva- nessas hipóteses desafia ampla dilação probatória que somente mediante ação própria se pode aferir, considerando a situação pessoal de cada empregado. (...). Recurso de Embargos de que se conhece e a que se nega provimento. (E-RR - 44200-44.2004.5.03.0099, Relator Ministro João Batista Brito Pereira, DEJT 09/12/2011).

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.496/2007. SINDICATO. LEGITIMIDADE PARA ATUAR COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL DOS INTEGRANTES DA CATEGORIA. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. ARTIGO 8º, III, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. A controvérsia quanto à amplitude do instituto da substituição processual quedou superada pela interpretação conferida pela Suprema Corte ao artigo 8º, III, da Constituição da República de 1988, no sentido de que expressamente autorizada a atuação ampla dos entes sindicais na defesa dos direitos e interesses individuais e coletivos da categoria respectiva. Daí o cancelamento da Súmula n.º 310 do Tribunal Superior do Trabalho, cuja orientação impunha restrições ao instituto que a nova ordem constitucional não mais comporta. 2. Na hipótese dos autos, o sindicato busca, por meio de reclamação trabalhista, o reconhecimento do direito e o pagamento de horas extras decorrentes da jornada in itinere correspondente aos períodos de -transbordo- e do tempo gasto pelos empregados nas trocas de turnos - direitos de origem comum, na medida em que originados da inobservância de condição de trabalho já contratualizada por força da habitualidade, por ato empresarial que atingiu uniformemente a todos os empregados. 3. Caracterizada, na hipótese, a pretensão de obter tutela para direitos individuais homogêneos de integrantes da categoria profissional, não paira controvérsia acerca da legitimidade do sindicato para atuar na qualidade de substituto processual. 4. Recurso de embargos conhecido e provido. (E-RR - 16300-76.2005.5.04.0761 , Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 02/10/2014, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 10/10/2014)

EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. DECISÃO EMBARGADA PUBLICADA NA VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. HORAS EXTRAS DECORRENTES DA CONCESSÃO IRREGULAR DO INTERVALO INTRAJORNADA, ADICIONAL NOTURNO NA PRORROGAÇÃO DE JORNADA EM HORÁRIO DIURNO E MULTA NORMATIVA. SINDICATO. SUBSTITUTO PROCESSUAL. LEGITIMIDADE. O e. Supremo Tribunal Federal, ao julgar o processo AGREG-RE-239.477, 2ª T., Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJ 03/11/2010, proclamou que sua jurisprudência "é pacífica quanto à ampla legitimidade da entidade sindical para atuar na defesa de todos e quaisquer direitos subjetivos individuais e coletivos dos integrantes da categoria por eles representada". Assim, diante das reiteradas decisões da e. Corte Suprema, tem o Sindicato legitimidade ativa para pleitear em juízo, todos e quaisquer direitos dos integrantes da categoria que representa. Recurso de embargos conhecido e provido. (E-ED-RR-25700-87.2008.5.02.0075, Relator Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, DEJT de 24/6/2011).

Cito, também, julgado da colenda 2ª Turma do egrégio TST:

"RECURSO DE REVISTA. INÉPCIA DA INICIAL. SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. ILEGITIMIDADE PASSIVA. SUBSTITUÍDOS NÃO ASSOCIADOS. Após o cancelamento da Súmula nº 310 do TST, em razão da orientação conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao artigo 8º, III, da Constituição Federal, o TST passou a adotar o entendimento de que a substituição processual substituição processual deve ser considerada de forma ampla e sem restrições, para agir por interesse de toda a categoria, bem como a legitimidade processual para atuar na defesa de todos e quaisquer direitos subjetivos individuais e coletivos dos integrantes da categoria por ele representada. Assim, não é possível limitar-se a substituição apenas aos associados. Recurso de revista de que não se conhece." (RR-1671/2003-099-03-00.5, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, 5ª Turma, DEJT 16/10/2009).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM - SINDICATO - SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL - DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HETEROGÊNEOS. Ante a razoabilidade da tese de violação ao artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal, recomendável o processamento do recurso de revista, para exame da matéria veiculada em suas razões. Agravado provido. RECURSO DE REVISTA. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM - SINDICATO - SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL - DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HETEROGÊNEOS. Esta Corte, por meio de sua SBDI-1, tem afirmado que o Sindicato possui ampla legitimidade para pleitear, em juízo, todos e quaisquer direitos dos integrantes da categoria que representa. Com ressalva de entendimento pessoal. Recurso de revista conhecido e provido. AGRAVO DE INSTRUMENTO (RR - 257700-60.2009.5.02.0031 , Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 17/12/2014, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/01/2015)

A substituição processual pelo sindicato não depende da presença de direito difuso, coletivo, ou individual homogêneo, mas da simples presença de interesse de um membro individual da categoria. A tríade "direitos difusos"/ "direitos coletivos"/ "direitos individuais homogêneos" é essencial, contudo, para as ações civis públicas propostas pelo Ministério Público do Trabalho.

Além disso, registro que a egrégia Corte Superior, pela SBDI-1, pacificou o entendimento de que o Sindicato pode atuar, como substituto processual, representando os interesses tanto de um grupo de substituídos quanto de um único trabalhador. Vejamos:

RECURSO DE EMBARGOS. SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LEGITIMIDADE. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. AMPLITUDE. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. RECURSO DE REVISTA DO SINDICATO CONHECIDO E PROVIDO. Diante da tese da v. decisão embargada, que consagra a natureza homogênea dos direitos individuais defendidos coletivamente, relacionando-os a conduta uniforme do empregador, caracteriza-se como lesão coletiva e possibilita a atuação do sindicato como substituto processual. No caso em exame a homogeneidade resta assinalada pelo exame da fonte da lesão, conduta uniforme da empresa, que alcança um substituído, sendo legítimo o Sindicato para representar o empregado. **O interesse jurídico que legitima o sindicato a estar em juízo, em nome do substituído, justifica a existência de ações trabalhistas em que há substituição de apenas um ou pequeno número de substituídos.** Apenas haveria se falar em ilegitimidade do sindicato no caso em que na instrução da ação trabalhista o julgador entender necessária a oitiva do substituído, situação que configura o interesse individual e, por consequência, a necessidade de o empregado integrar o polo ativo da ação como parte. Recurso de embargos conhecido e desprovido. (E-RR-1052-70.2010.5.03.0099, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT de 12/09/2014). Destaque nosso.

RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LEGITIMIDADE ATIVA. DIREITO A PROMOÇÕES. CORSAN. A jurisprudência desta Corte, seguindo a diretriz preconizada pelo Supremo Tribunal Federal, pacificou o entendimento de que **o art. 8º, III, da Constituição Federal permite que os sindicatos atuem como substitutos processuais de forma ampla, na defesa dos direitos individuais homogêneos dos integrantes da categoria, ainda que não associados, em pequenos grupos ou mesmo de um único substituído**(E-Ag-RR - 63900-89.2007.5.03.0102, SBDI-1, DEJT 28/10/2011). Tratando-se de pleito que envolve o direito a promoções, assegurado em norma regulamentar da reclamada, configura-se a origem comum do direito, de modo a legitimar a atuação do Sindicato. O fato de ser necessária a individualização, ou a apuração da situação funcional de cada empregado em particular, para a fixação do valor devido a título de diferenças salariais, decorrentes das promoções obstadas, não desautoriza a substituição processual. De acordo com entendimento desta Subseção, a homogeneidade diz respeito ao direito, e não à sua quantificação ou forma de apuração, nos termos do art. 81, III, da Lei 8.078/90. Recurso de embargos conhecido e provido. (E-RR - 43200-50.2006.5.04.0571 , Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 09/02/2012, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 24/02/2012) - Destaque nosso.

RECURSO DE EMBARGOS. SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LEGITIMIDADE. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. AMPLITUDE. INTERVALO INTRAJORNADA, HORAS IN ITINERE E DIFERENÇAS SALARIAIS. RECURSO DE REVISTA DO SINDICATO CONHECIDO E PROVIDO. Diante da tese da v. decisão embargada, que consagra a natureza homogênea dos direitos individuais defendidos coletivamente, relacionando-os a conduta uniforme do empregador, caracteriza-se como lesão coletiva e possibilita a atuação do Sindicato como substituto processual. No caso em exame a homogeneidade resta assinalada pelo exame da fonte da lesão, conduta uniforme da empresa, que alcança um único substituído, sendo legítimo o Sindicato para representar o empregado. O interesse jurídico que legitima o Sindicato a estar em juízo, em nome do substituído, justifica a existência de ações trabalhistas em que há substituição de apenas um ou pequeno número de substituídos. Apenas haveria se falar em ilegitimidade do sindicato no caso em que na instrução da ação trabalhista o julgador entender necessária a oitiva do substituído, situação que configura o interesse individual e, por consequência, a necessidade de o empregado integrar o polo ativo da ação como parte. Recurso de embargos conhecido e desprovido. (E-RR- 1204-21.2010.5.03.0099, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 21/03/2014).

RECURSO DE REVISTA. 1. LEGITIMIDADE ATIVA. SINDICATO COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL DE UM ÚNICO TRABALHADOR. O Supremo Tribunal Federal tem decidido reiteradamente no sentido de que o art. 8º, III, da Constituição da República confere aos Sindicatos legitimidade extraordinária para atuar em juízo na defesa dos direitos subjetivos individuais e coletivos dos integrantes da categoria por ele representada. Verifica-se, portanto, que os sindicatos têm legitimidade ativa ad causam para atuar nos interesses e na defesa dos direitos coletivos e/ou individuais dos integrantes de uma categoria, na qualidade de substitutos processuais. A jurisprudência do TST pacificou-se, em relação à amplitude dessa atuação sindical, ser possível a substituição nas ações trabalhistas em que há tão somente um único substituído. Precedentes. Ressalva-se, contudo, o posicionamento do Relator, que entende que a exacerbação do instituto da substituição processual, de modo a estender o mecanismo a um único trabalhador, entra em choque com outros valores e princípios constitucionais, como o da efetividade da jurisdição, pela circunstância de, potencialmente, maximizar o número de ações no sistema judicial trabalhista brasileiro, incrementando também, de modo irracional, a taxa de conflituosidade na sociedade civil. Por isso, a exacerbação do instituto traduz uma troca da democrática e inclusiva perspectiva coletiva da atuação dos sindicatos em favor de uma perspectiva atomista e individualista, afastada dos objetivos constitucionais direcionados ao sindicalismo. Recurso de revista não conhecido, no tópico. 2. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO EXPRESSA DE DISPOSITIVO LEGAL TIDO POR VIOLADO. SÚMULA 221/TST. A admissibilidade do recurso de revista por violação tem como pressuposto a indicação expressa do dispositivo de lei ou da Constituição tido como violado (Inteligência da Súmula 221 do TST). Logo, alegação de ofensa a diploma legal ou princípio constitucional sem indicação do dispositivo pertinente não autoriza o seguimento do recurso pelo critério da alínea "c" do art. 896 da CLT. Recurso de revista não conhecido, no aspecto. (RR - 57500-44.2009.5.05.0131 , Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 13/08/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/08/2014)

No mais, enquanto o inciso XXI do artigo 5º da Carta Magna concede legitimidade para que as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, representem seus filiados judicial e extrajudicialmente, a norma especial do inciso III do art. 8º, da Carta Magna, afastando qualquer condição, confere ao sindicato "... a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas", independentemente de expressa autorização de seus filiados para representá-los em juízo.

No que se refere à necessidade do rol de substituídos, ressalto que com o cancelamento da Súmula 310 e da nova jurisprudência consolidada na Corte, passou o TST a dispensar a relação dos substituídos, na medida em que é o substituto que detém legitimação anômala para a demanda, e o alcance subjetivo dela não se restringe mais aos associados da entidade sindical, alcançando ao contrário todos os integrantes da categoria profissional, bem como a reservar-lhe honorários advocatícios sindicais, como meio objetivo de desestimular as demandas individuais.

A dispensa do rol de substituídos tem precedente em decisão do Supremo Tribunal Federal (RE n.º 22.132, Rel. Min. Carlos Velloso) e parte dos Tribunais Regionais do Trabalho vem adotando a mesma tese, a exemplo do TRT de Campinas/SP, ao decidir o Recurso Ordinário 00264-2004-035-15-00-7, Ac. 39359/2005-PATR, 6.ª. Câmara), relator Juiz Samuel Hugo Lima, DJSP 19.08,05, pág.59:

"Sindicatos - Substituição processual - Desnecessidade do rol dos substituídos - Honorários advocatícios - Os Sindicatos têm legitimidade constitucional para figurar como substitutos processuais, inexistindo norma exigindo o oferecimento do rol dos substituídos. Precedente do E. STF (RE n.º 22.132, Rel. Min. Carlos Velloso). Tal rol deverá ser oferecido por ocasião da Execução, aplicando-se subsidiariamente, no que couber, o disposto no art. 98 do Código de Defesa do Consumidor (...)"

O TST, após a decisão do STF, passou a rever o seu entendimento em torno do tema, culminando com o cancelamento da Súmula 310, nos moldes antes mencionados. Vejamos decisão da Corte Superior Trabalhista neste sentido:

SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. A substituição processual pelo sindicato obreiro é legítima no caso de direitos individuais homogêneos. Como evolução natural, este Colegiado cancelou a Súmula nº. 310, por meio da Resolução nº. 119, publicada no Diário da Justiça, de 1º. 10.2003. Decorre daí que a posição ora adotada reflete a melhor interpretação dada ao artigo 8º, III, da Constituição Federal. TST, 2ª T. RR - 1.793/2003-004-03-00.4. Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva.

Assim, como bem lançado na sentença, *"entende-se legítima a propositura da demanda pelo sindicato-autor, sendo desnecessária a outorga de procuração (já que não se trata de representação) e apresentação de lista de substituídos"*.

Logo, nos termos da fundamentação, rejeito a preliminar.

MÉRITO

RECURSO ORDINÁRIO DO SEGUNDO RECLAMADO

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Na peça de ingresso, noticiou o ente sindical:

Os substituídos foram admitidos pela 1ª Reclamada em datas diversas, para exercerem a função de auxiliar de serviços gerais no contrato de prestação de serviços celebrado entre as Reclamadas, localizada no Arquivo Público do Estado do Espírito Santo, realizando a limpeza predial das dependências da 2ª Reclamada, com salário mensal no valor de R\$ 1.105,66.

Com fundamento no Artigo 7º da CF, a partir de norma resultante de processo de negociação Coletiva, os sindicatos patronal e laboral pactuaram na Cláusula 10ª, § 1º, da CCT, benefício consistente no pagamento de adicional de insalubridade de 20% para os trabalhadores que exercem a função de auxiliar de serviços gerais, a partir de 01/01/2016, calculado sobre o piso categoria.

(...)

Ocorre que, a 1ª Reclamada não realizou o pagamento do adicional de insalubridade no percentual de 20% para os substituídos que prestam/prestaram serviços nas dependências do 2ª Reclamado, desde o início do contrato celebrado entre as Reclamadas.

Com tais argumentos, requereu:

Dessa forma, requer a condenação das Reclamadas no pagamento do adicional de insalubridade em grau de 20% (vinte por cento) para todos os auxiliares de serviços que tenham laborado ou laboram nas dependências do 2ª Reclamado, localizada no Arquivo Público do Estado do Espírito Santo, em razão do contrato de prestação de serviços terceirizado celebrado entre as Reclamadas, em parcelas vencidas e vincendas, com reflexos do adicional de insalubridade em 13o salários, férias com acréscimo de 1/3, adicional noturno e FGTS, reflexos do adicional deferido em aviso-prévio e adicional de 40% sobre o FGTS, conforme disposto na referida Cláusula da Norma Coletiva;

O pedido foi deferido, com esteio nos seguintes fundamentos:

DO MÉRITO

Nestes autos, discute-se apenas a questão de adicional de insalubridade previsto em norma coletiva para auxiliares de serviços gerais.

Alterando entendimento anteriormente externado, considero que os atores coletivos têm possibilidade de prever o pagamento do adicional em comento mesmo sem apresentação de laudo pericial, diante do princípio da adequação setorial negociada.

As normas coletivas juntadas com a inicial preveem que desde 01/01/2016 auxiliares de serviços gerais de limpeza tem direito à adicional de insalubridade de 20%, sobre o piso da categoria.

Do exposto, julga-se procedente o pedido de adicional de insalubridade de 20% sobre o piso da categoria em favor de todos os substituídos que exercem a função de auxiliar de serviços gerais.

Considerando-se que a própria norma coletiva que cria o direito ao benefício mesmo sem laudo pericial estabelece que para os contratos em curso a natureza será indenizatória, julga-se improcedente o pedido de reflexos em outros títulos.

Não se conforma o segundo reclamado, que recorre.

Sustenta que *"a concessão de adicional de insalubridade sem a observância dos requisitos legais representa supressão de "norma de saúde, higiene e segurança do trabalho", contidas no artigo 195 da CLT e no Anexo XIV da Norma Regulamentadora - NR 15 do Ministério do Trabalho, conflitando com o regramento do artigo 611-B, XVII, da CLT"*, não podendo simples norma coletiva *"legitimar a possibilidade de criação do direito ao adicional de insalubridade sem amparo em laudo técnico"*.

Entende que *"não há espaço jurídico para que Sindicatos estabeleçam norma convencional inerente à medicina e segurança do trabalho contendo a caracterização e classificação de insalubridade fora das hipóteses contidas nas normas do Ministério do Trabalho"*.

Assim, aduz que *"não pode a norma coletiva simplesmente instituir adicional irrestrito e incondicionado a uma categoria inteira, independentemente do local da prestação dos serviços, dispensando a realização de prova técnico-pericial e a prévia regulamentação dos agentes insalubres pelo órgão estatal competente"*.

Pela eventualidade, pleiteia que a base de cálculo do adicional de insalubridade seja o salário mínimo.

Analiso.

A Convenção Coletiva e os Acordos Coletivos de Trabalho caracterizam-se pela sua normatividade complementar às regras estabelecidas nos Tratados e Convenções Internacionais, normas e preceitos da Constituição Federal e nas leis complementares e ordinárias. Tal ocorre porque é impossível prever toda a gama de eventos e circunstâncias que surgem no curso das relações laborais.

Assim, os grandes textos normativos estabelecem um patamar mínimo de direitos sobre o qual às partes, em negociação coletiva, faculta-se, dentro da concepção de progressividade do direito (art. 7º, 'caput', da Constituição Federal brasileira), estabelecer outros mais.

Desta forma, não há falar em invalidade da cláusula décima da norma coletiva que instituiu o pagamento de adicional de insalubridade de 20% indistintamente o para todos os Auxiliares de Serviços Gerais. Ademais, como já dito, a Constituição Federal confere especial relevância aos acordos e convenções coletivas de trabalho, conforme

se verifica em seu art. 7º, XXVI, que assegura o "reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho", as quais são, inegavelmente, fonte formal do direito do trabalho.

Dito isto, bem julgou o juízo primevo ao deferir o pagamento de adicional de insalubridade aos substituídos que foram contratados pela primeira ré como Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial, sendo dispensada a produção, no caso em comento, de prova pericial a fim de apurar a insalubridade alegada, tendo em vista o expreso reconhecimento em cláusula normativa da Convenção Coletiva de Trabalho, que estabeleceu que o adicional de insalubridade é devido aos empregados que desempenham as suas funções nos mesmos moldes em que os substituídos laboraram, *verbis*:

CLÁUSULA DÉCIMA - PAGAMENTO DA INSALUBRIDADE

Fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção Coletiva de Trabalho 2017/2018, continuarão a realizar o pagamento do adicional de insalubridade, em grau máximo, ou seja, no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre o piso da categoria, já previsto nas CCTs de 2015/2016, sendo que a partir do dia 01 de Maio de 2017 o benefício será calculado com base no piso mínimo da categoria que é de R\$ 1.031,82 (Um Mil Trinta e Um Reais e Oitenta e Dois Centavos), respeitando a jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais banheirista que realizam a limpeza de banheiros públicos de uso coletivo ou de grande circulação igual ou superior a 40 (quarenta) pessoas. O pagamento do adicional aqui previsto será pago enquanto perdurar a eficácia da súmula 448 do TST.

Parágrafo 1º - Especificamente na questão de efeitos pretéritos em contratos comerciais de prestação de serviços não mais existentes, bem como nos contratos ativos, como contrapartida haverá **indenização pecuniária através do pagamento do adicional de insalubridade pelo percentual de 20% (vinte por cento)**, a todos os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial de contratos comerciais públicos e privados, sendo pago da seguinte maneira: fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção, continuarão a realizar o pagamento do adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre o piso da categoria, já previsto nas CCTs de 2015/2016, sendo que a partir do dia 01 de Maio de 2017 o benefício será calculado com base no piso mínimo da categoria que é de R\$ 1.031,82 (Um Mil Trinta e Um Reais e Oitenta e Dois Centavos), respeitando a jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial, exceto os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial já enquadrados no caput desta cláusula.

Parágrafo 2º - Fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção Coletiva de Trabalho 2017/2018, continuarão a realizar o pagamento do adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre o piso da categoria, já previsto nas CCTs de 2015/2016, sendo que a partir do dia 01 de Maio de 2017 o benefício será calculado com base no piso mínimo da categoria que é de R\$ 1.031,82 (Um Mil Trinta e Um Reais e Oitenta e Dois Centavos), respeitando a jornada laborada, para a função de Merendeira.

Parágrafo 3º - Entende-se por limpeza predial, a limpeza realizada em escolas, comércio, shopping Center, aeroportos, portos, rodoviárias, bancos e imóveis em geral, públicos e privados, tanto na área geral como na área industrial.

Parágrafo 4º - Com a assinatura do presente, as partes se comprometem a informarem, nos autos das ações trabalhistas coletivas, ficando ressalvadas eventuais ações trabalhistas individuais em curso, que versem sobre o adicional de insalubridade de que trata o caput desta cláusula. Negritei

Assim, o contexto probatório constante nos autos não socorre a tese patronal, eis que não há comprovação do cumprimento da cláusula 10ª da CCT da categoria, ou seja, demonstração do pagamento do adicional de insalubridade médio aos empregados da primeira reclamada que exerciam a função de Auxiliar de Serviços Gerais.

Neste sentido, é o parecer do ilustre representante do Ministério Público, o qual peço vênia para adotar para que façam parte das minhas razões de decidir:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE PREVISTO EM NORMA COLETIVA - CARÁTER INDENIZATÓRIO - DESNECESSIDADE DE PERÍCIA - NÃO PROVIMENTO DO APELO.

Sem razão o ente público.

Revedo posicionamento manifestado anteriormente, e sobretudo porque a CLT agora contempla a possibilidade de que normas coletivas disponham sobre a concessão de adicional de insalubridade, passo a desconsiderar obrigatória a realização de perícia, quando cumpridos os requisitos previstos no instrumento coletivo:

Nesse sentido, matéria análoga:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. NORMA COLETIVA. 1. O TRT consignou que "as normas coletivas aplicáveis" dispõem "que o adicional de insalubridade, independentemente de verificação pericial, será pago na forma da Portaria 3.214/78 - NR 15 Anexo 14". Asseverou que, "ante o teor da cláusula acima transcrita, inexistente a necessidade de perícia médica para apurar a presença de agentes nocivos à saúde". Entendeu, contudo, que "isso não é condição exclusiva para o pagamento do adicional ora postulado, porquanto na mesma cláusula consta que as condições de trabalho deverão ocorrer na forma da NR- 15, anexo 14, da Portaria 3.214/78", a qual "dispõe que serão consideradas atividades insalubres, em grau médio, o 'Trabalho e operações em contato permanente com pacientes, animais ou com material infecto contagioso' ". Assim, tendo em vista "que o autor confessou que não havia contato constante com agentes insalubres, mas apenas de forma eventual", concluiu "não fazer jus ao referido adicional enquanto médico supervisor". 2. A teor do acórdão regional, a norma coletiva que dispõe sobre

o pagamento do adicional de insalubridade, embora afaste a necessidade de realização de perícia, não dispensa o enquadramento no anexo 14 da NR 15 da Portaria nº 3.214/78 do MTE, que classifica como insalubre apenas o trabalho em contato permanente com os agentes insalubres. 3. Assim, confessado pelo reclamante o contato apenas eventual, a conclusão regional pela ausência de direito ao adicional em questão, ao revés de contrariar, prestigia a norma coletiva, não havendo falar em ofensa ao art. 7º, XXVI, da Lei Maior. Recurso de revista não conhecido. (RR - 1041100-22.2006.5.09.0004 , Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 16/09/2015, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/09/2015).

Assim, considerando-se que não há controvérsia nos autos acerca das funções exercidas pelo reclamante, a de auxiliar de serviços gerais, aos quais deferiu-se o pleito formulado pelo sindicato, não há ilegalidade a ser reconhecida, devendo prevalecer a condenação imposta aos reclamados.

Pelo não provimento do apelo.

Desta feita, havendo expressa previsão em norma coletiva de pagamento a todos os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial, devido o pagamento do adicional de insalubridade, como determinado em sentença, verba cuja base de cálculo é o piso da categoria, tal como prevê a convenção coletiva da categoria.

Nego provimento, portanto.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Pugna o segundo reclamado pela reforma da sentença no que se refere à responsabilização subsidiária.

Vejam os.

A sentença guerreada assim se manifestou quanto à matéria:

DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Em razão da existência de contrato de prestação de serviços, o Juízo se convence de que o segundo reclamado se beneficiou da mão de obra dos substituídos.

A Súmula nº 331, IV do Egrégio TST prevê a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quando há contratação de trabalhadores através de empresa interposta e inadimplemento das obrigações trabalhistas.

Ao tomador de serviços incumbe, sem sombra de dúvidas, a responsabilidade de fiscalizar se as obrigações trabalhistas, previdenciárias e fiscais estão sendo cumpridas pela empresa contratada, sendo seu direito o de exigir a comprovação de tal situação, sob pena de vir a responder subsidiariamente pelas obrigações pecuniárias decorrentes dos contratos de trabalho mantidos entre a empresa contratada e seus empregados, por culpa in eligendo.

Nesse sentido:

"A culpa por parte da tomadora de serviços in eligendo em virtude da inidoneidade econômica da prestadora de serviços implica em responsabilidade subsidiária daquele em relação aos direitos trabalhistas dos empregados, e não em responsabilidade solidária (TST, RR 53.073/92.6, Vantuil Abdala, Ac. 2ª T. 5.814/94)" (CARRION, Valentin, Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 23 ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 303).

A responsabilidade do tomador de serviços abrange todos os títulos pecuniários, haja vista que tinha a obrigação de fiscalizar o correto cumprimento das obrigações trabalhistas pelo contratado e por não ter escolhido empresa apta a cumprir integralmente a legislação trabalhista.

Portanto, o segundo reclamado deve responder subsidiariamente pelas obrigações pecuniárias decorrentes do contrato de trabalho celebrado entre a reclamante e a primeira reclamada ora objeto de condenação, na forma da retro referida Súmula nº. 331, inciso IV, do Tribunal Superior do Trabalho.

A responsabilidade subsidiária justifica a imputação do devedor subsidiário na execução trabalhista, quando o devedor principal não possui bens, os bens não são suficientes ou não são localizados. O argumento de que deveria haver a execução contra os sócios do devedor principal não convence, haja vista que (i) a responsabilidade subsidiária é uma proteção aos créditos do trabalhador; (ii) quem tem o direito de solicitar a desconsideração da personalidade jurídica é o credor trabalhista e não o devedor subsidiário; (iii) o devedor subsidiário não possui o benefício de ordem por falta de disposição legal.

Em sede de embargos de declaração, complementou o juízo primevo:

Conhece-se dos embargos por, além de tempestivos, apresentam indicação de causa recursal adequada.

Razão assiste ao embargante quanto à existência de omissão, o que ora passa a ser sanado.

Na hipótese dos autos, está caracterizada a culpa in eligendo e a culpa in vigilando do ente estatal, que não fiscalizou a contento, como era sua obrigação, a atuação da primeira reclamada quanto ao contrato de trabalho dos substituídos, sobretudo quanto ao fiel cumprimento das obrigações trabalhistas previstas na norma coletiva.

Com efeito, deveria, o segundo reclamado, ter tomado as cautelas necessárias, tanto na contratação da prestadora de serviços, como no cumprimento do contrato em si, para que não fosse responsabilizado por sua inadimplência.

Evidenciando-se, como na hipótese, o descumprimento de obrigações trabalhistas por parte da contratada, impõe-se a responsabilização subsidiária da contratante, em decorrência de seu comportamento omissivo ou irregular, não fiscalizar eficientemente o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pela contratada, sob pena de se desconsiderar a proteção jurídica do empregado, cujos créditos constituem direitos fundamentais que exigem ampla tutela.

Do exposto, conhece-se do recurso e a ele é dado provimento para prestar os esclarecimentos acima, sem conferir efeitos modificativos.

Intimem-se.

Restou incontroverso que a primeira reclamada foi contratada pelo segundo réu para prestar serviços contínuos de conservação, limpeza e copeiragem a ser executado nas dependências do Arquivo Público do Estado do Espírito Santo, tratando-se, pois, em evidente terceirização de serviços.

No tocante à responsabilidade subsidiária, o comando normativo do art. 71 da Lei n. 8.666/93, de Licitações e Contratos, não exime a Administração Pública de responder pelo não cumprimento dos encargos trabalhistas quando houver inadimplemento do empregador. O legislador objetivou, com o citado texto legal, apenas impedir que a Administração Pública assumira a responsabilidade principal do contrato, não permitindo a existência de vínculo de emprego de empregados de empresa interposta com órgãos da administração direta e indireta, em desobediência ao princípio do concurso público, inserto no art. 37, II, da Constituição.

Buscando traçar um caminho para a interpretação das relações triangulares de trabalho, baseada nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, de modo a assegurar uma proteção jurídica mínima ao trabalhador terceirizado, o E. TST editou a Súmula 331, que prevê a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços diante do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, desde que tenha participado da relação processual e conste do título executivo judicial, o que veio a ser corroborado pela Lei 13.429/2017, que expressamente contempla em seu art. 2º, §5º a possibilidade de reconhecimento da responsabilidade subsidiária da tomadora, inclusive da Administração Pública, pelo cumprimento das obrigações inadimplidas pela prestadora de serviços.

Em 2011, em virtude da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC 16, o E. TST incluiu o item V na referida Súmula 331, mas sem afastar a possibilidade de responsabilização da Administração Pública:

SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

(...)

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos 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.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.

O Supremo Tribunal Federal ao julgar a mencionada Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, com eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 102, § 2º, da Constituição Federal), declarou constitucional o citado art. 71, § 1º, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), na redação que lhe deu o art. 4º da Lei nº 9.032/95, com a consequência de que o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública, após regular licitação, não acarreta a esta última, de forma automática e em qualquer hipótese, sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles direitos.

No entanto, segundo também expressamente decidido naquela mesma sessão de julgamento pelo STF, isso não significa que, em determinado caso concreto, com base nos elementos fático-probatórios delineados nos autos e em decorrência da interpretação sistemática daquele preceito legal em combinação com outras normas infraconstitucionais igualmente aplicáveis à controvérsia, não se possa identificar a presença de culpa *in vigilando* na

conduta omissiva do ente público contratante, diante da ausência comprovada de fiscalização daquelas obrigações trabalhistas devidas pelo empregador, como estabelecem as normas da Lei de Licitações, com sua consequente responsabilidade subsidiária.

Sendo assim, a partir da decisão do E. STF na ADC nº 16-DF, a responsabilidade subsidiária somente pode ser imputada ao integrante da Administração Pública, quando constatada sua culpa no exercício da fiscalização do contrato de prestação de serviços e não pelo simples inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada, o que resta claro com a nova redação conferida ao inciso V, da Súmula 331, TST (RR 938-35.2011.5.09.0001, data de julgamento: 12/06/13, Relatora: Ministra Maria de Assis Calsing 4.ª Turma, DEJT: 14/06/13).

Com efeito, a condenação subsidiária decorre da culpa *in eligendo* e *vigilando* do tomador de serviços, com base nos artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002.

Culpa *in eligendo*, porque a Administração Pública deveria ter sido mais cautelosa na escolha de seu contratado, no que toca à idoneidade econômico-financeira.

A culpa *in vigilando* se revela porque o contratante tem o poder de fiscalizar as obrigações existentes entre a empresa prestadora dos serviços e o empregado, nos termos dos artigos 58, III e 78, VII, da Lei 8.666/93.

Ressalto que, no âmbito do Direito Administrativo, os poderes da Administração possuem caráter meramente instrumental, tendo como único objetivo a satisfação do interesse público, que não se confunde com o interesse da Administração. Por isso que, nas palavras do Professor Celso Antonio Bandeira de Mello, o poder administrativo há de ser visto como um "poder-dever".

Assim, no exercício do poder de fiscalizar a execução do contrato, a Administração tem o dever de zelar pelo atendimento dos direitos sociais dos trabalhadores que prestam serviços a seu favor, atendendo aos mais altos valores constitucionais, que também fundamentam a condenação do tomador dos serviços, de forma subsidiária, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e o valor social do trabalho (art. 1º, IV, e 170, da CF). Nosso ordenamento jurídico está voltado ao primado do trabalho, aos valores sociais, à garantia da dignidade do trabalho. Nada disso restará assegurado se não imputarmos responsabilidade a todos os que se valeram da prestação dos serviços.

O juiz, a teor do art. 5.º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ao aplicar a lei, atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Além disso, insta ressaltar que a Lei 8.666/93 estabelece uma série de direitos e garantias para a Administração Pública se resguardar de eventual inadimplemento do contratado, nos termos dos seus arts. 55, VI, 56 e 80, III e IV.

Conclui-se, pois, que a responsabilidade subsidiária decorre da constatação da não fiscalização pela Administração Pública do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços, configurando a sua culpa *in vigilando*.

Nesse ponto, ainda em relação ao julgamento vinculante do E. STF quanto à responsabilidade subsidiária da Administração Pública, na ADC 16, bem como no julgamento em repercussão geral do RE 760.931-RG, a Egrégia Suprema Corte ao definir a tese de que não há responsabilização automática de Administração Pública, enquanto tomadora de serviços, pelos créditos trabalhistas dos empregados terceirizados, não fixou, em ambos os julgamentos, a distribuição do ônus da prova, como esclarece a Exma. Ministra Rosa Weber nos autos da Reclamação n. 39.844:

*"Limitados a obstaculizar a responsabilização subsidiária automática da Administração Pública - como mera decorrência do inadimplemento da prestadora de serviços -, os julgamentos da ADC nº16 e do RE nº 760.931-RG, ao fixarem a necessidade da caracterização da culpa do tomador de serviços no caso concreto, **não adentraram a questão da distribuição do ônus probatório nesse aspecto, tampouco estabeleceram balizas na***

apreciação da prova ao julgador." (Rcl 39844-MG, Rel. Min. Rosa Weber, decisão publicada em 16/04/2020). (grifou-se).

Não estabelecida tese quanto ao ônus da prova, resta possível a atribuição do ônus da prova à Administração Pública, o que se mostra imperioso nos casos de prova da fiscalização ou não, eis que não compete ao empregado da empresa prestadora de serviços suportar ônus decorrente da omissão da Administração Pública no dever de fiscalizar a empresa prestadora contratada.

Neste sentido a jurisprudência recente do E. TST:

"RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CONDUTA CULPOSA. ÔNUS DA PROVA. Cinge-se a controvérsia ao ônus da prova, relacionado à culpa in vigilando, exigível para se atribuir responsabilidade subsidiária à administração pública, quando terceiriza serviços. Atribuir ao trabalhador terceirizado o ônus de provar que a autoridade gestora de seu contrato teria sido diligente na fiscalização do cumprimento de obrigações trabalhistas pela empresa terceira corresponde a fazer tábula rasa do princípio consagrado - em favor do consumidor e, por desdobraamento, de outras pessoas ou grupos vulneráveis - pelo art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/1990, qual seja, o direito "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências". O princípio da aptidão para a prova resultou inclusive absorvido e ritualizado pelo art. 818, §1º da CLT. **A prova que recai sobre o trabalhador terceirizado, no tocante a nuances do negócio jurídico que se desenvolve entre as empresas que se beneficiam de seu trabalho (pois é disso que estamos a tratar quando aludimos à fiscalização de uma empresa sobre a conduta de outra empresa), é "prova diabólica", insusceptível de atendimento por diligência do empregado.** Noutro ângulo, vê-se que o encargo de fiscalizar o cumprimento do contrato administrativo - que não tem o empregado terceirizado entre os seus sujeitos - não deriva de construção doutrinária ou jurisprudencial, sendo, antes, imposição da Lei n. 8.666/1993 (a mesma lei que imuniza o poder público que age sem culpa). São essas as razões pelas quais entende-se que o **Supremo Tribunal Federal reservou à Justiça do Trabalho decidir acerca do ônus da prova, no tocante à fiscalização do cumprimento de obrigações trabalhistas pela empresa que a administração pública contrata para a intermediação de serviços, cabendo ao poder público tal encargo.** Recurso de embargos conhecido e provido" (E-RR-439-84.2015.5.17.0002, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, DEJT 27/03/2020) (grifou-se).

Portanto, cabe à Administração Pública o ônus de comprovar a efetiva fiscalização do contrato firmado com a prestadora de serviços. E esta fiscalização deve ser contínua e preventiva, a fim de evitar não só o comprometimento do contrato firmado, como também evitar a violação de direitos trabalhistas

Ainda que assim não fosse, dos elementos dos autos verifica-se que restou comprovada a ausência de efetiva fiscalização por parte da Administração Pública, pois sequer cuidou de apresentar os documentos fiscalizatórios em face da primeira ré no sentido de cumprimento da norma coletiva da categoria com o pagamento do adicional de insalubridade aos substituídos, conforme fundamentação já expendida no tópico "ADICIONAL DE INSALUBRIDADE".

Ainda, tem-se do contrato de prestação de serviço firmado entre a primeira ré e o segundo reclamado a existência de garantia de execução contratual oferecida pela contratada, modalidade Seguro Garantia, nos termos da cláusula oitava (ID. f45b899 - Pág. 6)

Dessa forma, tendo a Administração Pública se beneficiado da prestação de serviços da parte autora e **constatada a omissão no dever de fiscalização, incorreu em culpa in vigilando**, sendo responsável subsidiária na satisfação do crédito trabalhista do hipossuficiente, diante da inadimplência do empregador.

Neste sentido, destaco julgamentos do E. STF:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. ADC 16. RE 760.931. ART. 71, § 1º, DA LEI 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CULPA IN VIGILANDO. AUSÊNCIA DE ESTRITA ADERÊNCIA. DESCABIMENTO DA RECLAMAÇÃO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. É inviável a reclamação quando o ato reclamado não possui aderência estrita ao paradigma apontado como afrontado. 2. Ao contrário do alegado, o ato impugnado não contraria as decisões proferidas na ADC 16 e no Tema 246 do ementário da repercussão geral (RE 760.931). 3. Não é cabível o manejo de reclamação para se obter o reexame do conjunto fático-probatório dos autos. 4. Agravo regimental a que se nega provimento." (Rcl 36351 AgR, Relator: Min. Edson Fachin, Segunda Turma, publicação em 17-03-2020)

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. ADC 16. ART. 71, § 1º, DA LEI 8.666/1993. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. FALTA DE EFICIENTE FISCALIZAÇÃO. CULPA IN VIGILANDO. AUSÊNCIA DE ESTRITA ADERÊNCIA. DESCABIMENTO DA RECLAMAÇÃO. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS NECESSÁRIOS PARA MODIFICAR DECISÃO AGRAVADA. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - O ato impugnado no Juízo a quo não contraria a decisão proferida na ADC 16. Ademais, não cabe reclamação para

obter-se o reexame do conjunto fático-probatório dos autos. II - É inviável a reclamação quando o ato reclamado não possui aderência estrita ao paradigma apontado como afrontado. III - O presente recurso contém apenas a reiteração dos argumentos de defesa anteriormente expostos. IV - Não procede a alegação de que há necessidade de prova robusta e inequívoca da ausência de fiscalização. O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, ao analisar a questão, constatou a responsabilidade subsidiária com base na análise do conjunto fático-probatório dos autos. V - Agravo regimental a que se nega provimento, condenando a agravante ao pagamento de honorários advocatícios." (Rcl 37308 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 21/02/2020, publicação em 06-03-2020)

RECLAMAÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO. DÉBITOS TRABALHISTAS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEI Nº 8.666/1993, ART. 71, § 1º. AFRONTA À AUTORIDADE DAS DECISÕES PROFERIDAS NA ADC 16 E NO RE 760.931-RG. DESCUMPRIMENTO DA SÚMULA VINCULANTE 10. FIXAÇÃO DA PREMISSA DE CULPA DA ADMINISTRAÇÃO PELA CORTE RECLAMADA. PREMISSAS DE ORIGEM. RECLAMAÇÃO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. (Rcl 34981, Relatora Min. Rosa Weber, publicação em 01/08/2019)

Destarte, nos termos do já citado item VI, da Súmula 331 do TST, "A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral", dessa forma, a responsabilidade subsidiária é ampla.

A responsabilidade subsidiária é irrestrita, não importando a natureza jurídica da verba, não havendo como se limitar a responsabilidade do tomador de serviços, pois a subsidiariedade compreende o pagamento de todas as parcelas inadimplidas pelo prestador de serviços contratado. Inclusive, multas e benefícios previstos em normas coletivas.

Portanto, incontestado que todas as verbas deferidas são abrangidas pela responsabilidade subsidiária, até porque não há obrigação personalíssima de pagar, pois dinheiro é bem fungível e a obrigação pode ser cumprida por qualquer devedor.

Ressalto, ainda, que, revelando-se a omissão culposa da Administração Pública em relação à fiscalização do contrato celebrado configurada a sua responsabilidade subsidiária, independentemente da idoneidade da empresa contratada.

Visto, então, em conformidade com a decisão proferida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal na ADC 16, que a contratação através de procedimento regular impõe ao administrador a verificação, na contratação, da idoneidade financeira da contratada, e, uma vez adjudicada a contratação, a fiscalização quanto ao regular cumprimento, pelo vencedor/contratado, das obrigações alusivas às contribuições fiscais e sociais, encargos trabalhistas e cumprimento da legislação trabalhista, constata-se, sem maior dificuldade, que o ente público, através de seus agentes, causou prejuízo indiscutível à parte autora por ter descuidado dos deveres que lhe incumbiam, o que conduz à responsabilização subsidiária.

Por fim, cabe salientar que a edição de súmulas é fruto da interpretação sistemática dos dispositivos que regulam a matéria debatida, refletindo a Súmula a jurisprudência do tema em comento, não sendo razoável admitir-se que a manifestação reiterada da Superior Corte Trabalhista seja contra *legem* ou inconstitucional. Ademais, a Corte Superior Trabalhista, com a edição da Súmula 331, não está editando lei, e sim interpretando diversos dispositivos legais e, desta forma, não se vislumbra violação aos dispositivos invocados (tais como o artigo 5º, II ou 37, II, da CRFB) ou ao princípio da separação dos poderes (artigo 2º, da Constituição Federal).

Também não há falar-se em violação da Súmula vinculante 10/STF ou à cláusula de reserva de plenário. As súmulas no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, são formalizadas pela sua composição plenária. Assim, o disposto na Súmula 331, inciso V/TST, acerca da manutenção da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, atende a exigência relacionada à cláusula de reserva de plenário a que aludem o art. 97 da Constituição Federal e a Súmula Vinculante 10/STF. Ademais, a decisão hostilizada não declarou a inconstitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/93, mas apenas consignou que referido dispositivo de lei não afasta a responsabilidade subsidiária do Recorrente.

Destaco, também, que não se configura violação ao artigo 37, XXI, da CF/88. Primeiramente, não se declarou a nulidade do contrato firmado entre os réus e sequer se suscitou que este fosse fraudulento; bem como não houve reconhecimento de vínculo de emprego da parte autora diretamente com a Administração Pública e nem se entendeu que deveria dirigir a atividade dos empregados da prestadora; entretanto, a tomadora deveria cumprir a obrigação legal fixada pelo artigo 55, da Lei 8.666/93, de fiscalizar o cumprimento do contrato e o adimplemento das obrigações trabalhistas pelo prestador de serviços contratado.

Não houve, portanto, desrespeito aos preceitos legais e constitucionais invocados, que considero prequestionados.

Por todo o exposto, nego provimento.

RECURSO ORDINÁRIO DO SINDICATO-AUTOR

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Vejamos o teor da sentença guerreada, *in verbis*:

DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Condenam-se os reclamados a pagarem 15% de honorários sobre o valor da condenação na proporção de 1/2. Não havendo títulos que tenham sido julgados totalmente improcedentes (já que o acolhimento do pedido principal importa sucumbência integral da ré) não há que se falar em condenação da parte autora ao pagamento de honorários advocatícios.

O ente sindical, em sede de recurso, pretende a *"reforma da decisão de piso e consequente condenação da 1ª Reclamada ao pagamento integral dos 15% de honorários advocatícios fixados. Sendo a 2ª Reclamada devedora subsidiária, não havendo que se falar em proporção de 1/2"*.

Ainda, alega *"que diferentemente do entendimento adotado pelo juízo de piso, não deve ser arbitrado à condenação o valor de R\$ 45.000,00", bem como que "o importe deferido de 15% a título de honorários advocatícios foi fixado sobre o valor da causa e não sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, contrariando o disposto na Súmula 18 deste Egrégio Tribunal, na Súmula 219, III e V, do TST e no artigo 85, §2º, do CPC"*.

Pois bem.

A primeira reclamada deve responder primariamente pela condenação, inclusive no que se refere aos honorários advocatícios, respondendo, de forma subsidiária, o segundo reclamado, na forma da Súmula 331, IV, do C. TST.

Assim, em primeiro lugar responde o empregador dos substituídos pela verba honorária e, em caso de persistir a dívida e não existir patrimônio suficiente, a responsabilidade passa ao beneficiário dos serviços, no caso o segundo réu.

Em acréscimo à fundamentação supra, transcrevo o teor do parecer da lavra do Ilustre Procurador Dr. Levi Scatolin, a saber:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ARBITRAMENTO PELA METADE - REFORMA DA SENTENÇA.

Com razão o sindicato autor.

A fixação de honorários no percentual de 15% "na proporção de 1/2", nos parece equivocada e deve ser reformada. Podemos entender que o percentual seria de 7,5% ou que cada uma das reclamadas pagaria 7,5%.

Todavia, trata-se de condenação subsidiária e o Estado somente arcará com tais custos se houver o inadimplemento por parte da contratada, o que, a princípio, exclui a interpretação de que seria 7,5% para cada.

Pela reforma da sentença, fixando-se, sem dúvida, que os honorários advocatícios são devidos no percentual de 15%.

No mais, ao contrário do exposto pelo ente sindical, foi fixado valor da condenação, tendo consignado a sentença guerreada "*Custas pela primeira ré no valor de R\$ 900,00 (novecentos reais), calculadas sobre o valor provisoriamente arbitrado à condenação de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais)*".

Registro que o valor arbitrado à condenação trata-se de estimativa de valor que possui fins meramente fiscais e processuais, sendo certo que, em fase de execução, o valor líquido da condenação será apurado conforme regular procedimento de liquidação.

E, quanto à base de cálculo, vale salientar que a Orientação Jurisprudencial nº 348, da SBDI-1, do TST preconiza que:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BASE DE CÁLCULO. VALOR LÍQUIDO. LEI Nº 1.060, DE 05.02.1950 (DJ 25.04.2007)

Os honorários advocatícios arbitrados nos termos do art. 11, § 1º, da Lei nº 1.060, de 05.02.1950, devem incidir sobre o valor líquido da condenação, apurado na fase de liquidação de sentença, sem a dedução dos descontos fiscais e previdenciários".

O artigo 11, parágrafo 1º, da Lei n. 1.060/50, estabelece que os honorários do advogado serão arbitrados sobre o líquido apurado na execução da sentença. Entende-se, contudo, que a expressão líquido, contida no mencionado artigo, refere-se ao valor liquidado, e não ao quantum devido ao credor após efetuadas as deduções legais. Diante disso, não são passíveis de dedução da base de cálculo dos honorários, os descontos decorrentes da legislação social e fiscal, porque não são, a rigor, dedução do crédito do autor, mas retenção de valores pela fonte pagadora, lastreada no ordenamento jurídico.

Portanto, a apuração dos honorários advocatícios deve observar o conteúdo da Orientação Jurisprudencial nº 348, da SBDI-1, do C. TST, que prevê apuração dos honorários advocatícios sobre o valor líquido da condenação, apurado na fase de liquidação de sentença, sem a dedução dos descontos fiscais e previdenciários.

Logo, na forma da fundamentação supra, dou parcial provimento ao recurso.

Mantenho o valor da condenação.

3. CONCLUSÃO

Acordam os Magistrados da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, na Sessão Ordinária Virtual, com início em 25 de agosto de 2020, às 13h30min, e encerramento em 28 de agosto de 2020, às 13h30min, sob a Presidência do Exmo. Desembargador Gerson Fernando da Sylveira Novais, com a participação do Exmo. Desembargador José Carlos Rizk, do Exmo. Desembargador Cláudio Armando Couce de Menezes e do Procurador Regional do Trabalho, Dr. Levi Scatolin, por unanimidade, conhecer dos recursos do sindicato-autor e do segundo reclamado, rejeitar a preliminar arguida e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso do ente sindical e negar provimento ao recurso do segundo reclamado, tudo nos termos do voto do Relator. Mantido o valor da condenação.

CLÁUDIO ARMANDO COUCE DE MENEZES
Desembargador Relator



Assinado eletronicamente por: [CLAUDIO ARMANDO COUCE DE MENEZES] - 3440ba2

<https://pje.trt17.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>



Documento assinado pelo Shodo



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO
4ª Vara do Trabalho de Vitória
ENDEREÇO: AVENIDA CLETO NUNES, 85, 9º andar, PARQUE MOSCOSO, VITORIA - ES - CEP:
29018-906
EMAIL: vitv04@trtes.jus.br
ACum 0000773-73.2019.5.17.0004
AUTOR: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES
RÉU: M3 PRESTACAO DE SERVICOS LTDA - ME, ESTADO DO ESPIRITO SANTO

SENTENÇA

RELATÓRIO

SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES, qualificada na inicial, ajuizou reclamação trabalhista em face de **M3 PRESTACAO DE SERVICOS LTDA - ME e ESTADO DO ESPIRITO SANTO** postulando pagamento de adicional de insalubridade em favor dos substituídos, pelos motivos de fato e de direito constantes da inicial (ID 2c59f27).

Aberta audiência (ID 168cb49), prejudicada a primeira proposta conciliatória em razão da ausência do primeiro reclamado. Diante da ausência injustificada do primeiro reclamado foi aplicada a pena de revelia. Contestação escrita pelo segundo reclamado (Id 353d1b2), com documentos. o segundo reclamado requereu a realização de perícia para apuração da insalubridade, o que foi indeferido. Razões finais orais pela parte autora. Conciliação prejudicada. Adiado para prolação de sentença.

Vindo os autos conclusos e relatados os principais atos processuais, passa-se a decidir.

FUNDAMENTAÇÃO

DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA

Alterando entendimento anterior, defere-se o benefício de gratuidade de justiça ao sindicato-autor, sendo certo que, em última análise, são os substituídos os beneficiados com o pleiteado em juízo.

DA PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM

A Constituição da República, por meio de seu art. 8º, III, garantiu aos sindicato a legitimação para a defesa em juízo dos interesses coletivos e individuais dos trabalhadores, independentemente da outorga expressa

de poderes, quer interindividualmente, quer por assembleia geral, uma vez que se trata de substituição processual.

Cita-se, a título de ilustração, decisão do STF sobre o tema:

"PROCESSO CIVIL. SINDICATO. ART. 8º, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DEFESA DE DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS OU INDIVIDUAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. O artigo 8º, III da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. 'Por se tratar de típica hipótese de substituição processual é desnecessária qualquer autorização dos substituídos. Recurso conhecido e provido" (RE 210.029-RES, redator do acórdão Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 12.06.2006).

O sindicato-autor postula, em nome dos substituídos, direitos individuais homogêneos tais como conceituados no CDC (art. 81, Parágrafo Único, III).

Nesse contexto, entende-se legítima a propositura da demanda pelo sindicato-autor, sendo desnecessária a outorga de procuração (já que não se trata de representação) e apresentação de lista de substituídos.

Não se olvide que em 2003 houve o cancelamento da Súmula n.º 310 do TST, que restringia as hipóteses de substituição processual.

Do exposto, rejeita-se a preliminar.

DA PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO 2º RECLAMADO

À luz da teoria da asserção, a legitimidade de parte, assim como as demais condições para o regular exercício do direito de ação, são verificadas *in statu assertionis*, ou seja, com base nas afirmações feitas pelo demandante na inicial.

A legitimidade de parte pode ser definida como a pertinência subjetiva da ação, "em outros termos, podemos afirmar que têm legitimidade para a causa os titulares da relação jurídica deduzida, pelo demandante, no processo" (CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. V. 1, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 107).

No presente caso, diante dos fatos narrados na peça exordial o 2º reclamado apresenta legitimidade passiva ad causam para figurar nesta relação jurídico-processual.

Rejeita-se a preliminar.

DA PRESCRIÇÃO

Reconheço a prescrição bienal quanto aos substituídos que tiveram o pacto laboral rompido antes de 23/07/2017.

Por outro lado, não havendo postulação de títulos anteriores a 23/07/2012, rejeita-se a prejudicial de prescrição quinquenal.

DO MÉRITO

Nestes autos, discute-se apenas a questão de adicional de insalubridade previsto em norma coletiva para auxiliares de serviços gerais.

Alterando entendimento anteriormente externado, considero que os atores coletivos têm possibilidade de prever o pagamento do adicional em comento mesmo sem apresentação de laudo pericial, diante do princípio da adequação setorial negociada.

As normas coletivas juntadas com a inicial preveem que desde 01/01/2016 auxiliares de serviços gerais de limpeza tem direito à adicional de insalubridade de 20%, sobre o piso da categoria.

Do exposto, julga-se procedente o pedido de adicional de insalubridade de 20% sobre o piso da categoria em favor de todos os substituídos que exercem a função de auxiliar de serviços gerais.

Considerando-se que a própria norma coletiva que cria o direito ao benefício mesmo sem laudo pericial estabelece que para os contratos em curso a natureza será indenizatória, julga-se improcedente o pedido de reflexos em outros títulos.

DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Em razão da existência de contrato de prestação de serviços, o Juízo se convence de que o segundo reclamado se beneficiou da mão de obra dos substituídos.

A Súmula nº 331, IV do Egrégio TST prevê a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quando há contratação de trabalhadores através de empresa interposta e inadimplemento das obrigações trabalhistas.

Ao tomador de serviços incumbe, sem sombra de dúvidas, a responsabilidade de fiscalizar se as obrigações trabalhistas, previdenciárias e fiscais estão sendo cumpridas pela empresa contratada, sendo seu direito o de exigir a comprovação de tal situação, sob pena de vir a responder subsidiariamente pelas obrigações pecuniárias decorrentes dos contratos de trabalho mantidos entre a empresa contratada e seus empregados, por culpa *in eligendo*.

Nesse sentido:

"A culpa *in eligendo* por parte da tomadora de serviços em virtude da inidoneidade econômica da prestadora de serviços implica em responsabilidade subsidiária daquele em relação aos direitos trabalhistas dos empregados, e não em responsabilidade solidária (TST, RR 53.073/92.6, Vantuil Abdala, Ac. 2ª T. 5.814/94)" (CARRION, Valentin, Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 23 ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 303).

A responsabilidade do tomador de serviços abrange todos os títulos pecuniários, haja vista que tinha a obrigação de fiscalizar o correto cumprimento das obrigações trabalhistas pelo contratado e por não ter escolhido empresa apta a cumprir integralmente a legislação trabalhista.

Portanto, o segundo reclamado deve responder subsidiariamente pelas obrigações pecuniárias decorrentes do contrato de trabalho celebrado entre a reclamante e a primeira reclamada ora objeto de condenação, na forma da retro referida Súmula nº. 331, inciso IV, do Tribunal Superior do Trabalho.

A responsabilidade subsidiária justifica a imputação do devedor subsidiário na execução trabalhista, quando o devedor principal não possui bens, os bens não são suficientes ou não são localizados. O argumento de que deveria haver a execução contra os sócios do devedor principal não convence, haja vista que (i) a responsabilidade subsidiária é uma proteção aos créditos do trabalhador; (ii) quem tem o direito de solicitar a desconsideração da personalidade jurídica é o credor trabalhista e não o devedor subsidiário; (iii) o devedor subsidiário não possui o benefício de ordem por falta de disposição legal.

DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Condenam-se os reclamados a pagarem 15% de honorários sobre o valor da condenação na proporção de 1/2.

Não havendo títulos que tenham sido julgados totalmente improcedentes (já que o acolhimento do pedido principal importa sucumbência integral da ré) não há que se falar em condenação da parte autora ao pagamento de honorários advocatícios.

CORREÇÃO MONETÁRIA

A correção monetária incidirá a partir do primeiro dia do mês imediatamente seguinte ao mês do vencimento da obrigação.

Quanto ao índice a ser aplicado, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho declarou a inconstitucionalidade por arrastamento da expressão "equivalentes à TRD", contida no "caput" do art. 39 da Lei 8.177/91, com modulação de efeitos determinando a atualização monetária dos créditos trabalhistas com base no IPCA-E.

Posteriormente, o Ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal, nos autos da Reclamação Constitucional 22012, deferiu liminar para suspender os efeitos da decisão proferida pelo TST sobre a correção de débitos trabalhistas.

Em 05/12/2017, quando da retomada do julgamento, a referida liminar restou revogada, tendo em vista que a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, examinando o mérito da Reclamação Constitucional 22012, entendeu que a decisão do Tribunal Superior do Trabalho, que determinava a aplicação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) em detrimento da Taxa Referencial Diária (TRD) para atualização de débitos trabalhistas, não configura desrespeito ao julgamento do STF nas ações diretas de inconstitucionalidade 4.357 e 4.425.

Dessa forma, impõe-se a utilização do IPCA-E na atualização monetária dos créditos em detrimento da TR.

JUROS DE MORA

Juros simples, 1%, calculados a partir do ajuizamento da ação coletiva, na forma do artigo 39, § 1º, da Lei nº 8.177/91.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

As contribuições previdenciárias deverão incidir sobre todas as parcelas acima deferidas, à exceção daquelas expressamente previstas no art. 28, § 9º, da lei 8212/91, com a redação vigente à época da incidência da contribuição referida.

IMPOSTO DE RENDA

Cumpra-se a Súmula n.º 368 do TST e Instrução Normativa n.º 1.127 de 2011 da Receita Federal do Brasil ou atos que posteriormente os substituam e que estejam em vigor na data do fato gerador.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, rejeitam-se as preliminares, bem como a prejudicial de prescrição quinquenal. Reconheço a prescrição bienal quanto aos substituídos que tiveram o pacto laboral rompido antes de 23/07/2017. No mérito propriamente dito, julga-se **PROCEDENTE** a pretensão autoral em face de **M3 PRESTACAO DE SERVICOS LTDA - ME e ESTADO DO ESPIRITO SANTO**, na forma da fundamentação supra que este *decisum* integra.

Juros e correção monetária na forma da fundamentação supra.

Recolhimento de imposto de renda e de contribuição previdenciária também na forma da motivação supra.

Custas pela primeira ré no valor de R\$ 900,00 (novecentos reais), calculadas sobre o valor provisoriamente arbitrado à condenação de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais).

A segunda ré é isenta do pagamento de custas.

Intimem-se as partes.

VITORIA, 2 de Dezembro de 2019

ALDA PEREIRA DOS SANTOS BOTELHO
Juiz(íza) do Trabalho Substituto(a)

PJe



Assinado eletronicamente por: [ALDA PEREIRA DOS SANTOS
BOTELHO] - f49af99

<https://pje.trt17.jus.br/primeirograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>



Documento assinado pelo Shodo



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

ACÓRDÃO
3ª Turma
GMJRP/lt/rb

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO 2ª RECLAMADO (ESTADO DO ESPÍRITO SANTO).

PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO REGIONAL POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. RECURSO DE REVISTA QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO DISPOSTO NO ARTIGO 896, § 1º-A, INCISO I, DA CLT.

Não merece provimento o agravo que não desconstitui os fundamentos da decisão monocrática, pela qual se negou provimento ao agravo de instrumento, uma vez que o agravante não observou o disposto no artigo 896, § 1º-A, inciso I, da CLT.

Agravo **desprovido**.

TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ARTIGO 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DO EMPREGADOR CONTRATADO. POSSIBILIDADE, EM CASO DE CULPA *IN VIGILANDO* DO ENTE OU ÓRGÃO PÚBLICO CONTRATANTE, NOS TERMOS DA DECISÃO DO STF PROFERIDA NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16-DF E NO JULGAMENTO DO RE Nº 760.931-DF (TEMA Nº 246 DA REPERCUSSÃO GERAL). SÚMULA Nº 331, ITEM V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.

Não merece provimento o agravo que não desconstitui os fundamentos da decisão



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

monocrática pela qual foi mantida a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, com fundamento na aplicação da Súmula nº 331, item V, do TST.

Agravo **desprovido**.

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. DESNECESSIDADE DE PERÍCIA.

A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que é desnecessária a produção de prova pericial para a caracterização da periculosidade/insalubridade quando há norma coletiva determinando o pagamento do adicional em questão. No caso, ressaltou-se na decisão agravada que “entende-se que, por intermédio da negociação coletiva em questão, a própria empresa reconheceu a insalubridade nas atividades dos seus empregados, motivo pelo qual a decisão que deferiu à autora a referida parcela apenas deu cumprimento à previsão normativa, nos moldes do que prevê o artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal, o qual determina o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”. Acrescentou-se que “a conduta da empresa de firmar a Convenção Coletiva e depois alegar sua invalidade, frente à Súmula do Tribunal Superior do Trabalho que determina a realização da prova pericial, demonstra nítido comportamento contraditório, que vai de encontro aos princípios do venire contra factum próprio e da boa-fé, preconizado, este último, no artigo 5º do Código de Processo Civil de 2015”. Assim, não merece provimento o agravo que não desconstitui os fundamentos da decisão monocrática.

Agravo **desprovido**.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº **TST-Ag-AIRR-773-73.2019.5.17.0004**, em que



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

é Agravante **ESTADO DO ESPÍRITO SANTO** e são Agravados **SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO e M3 PRESTACAO DE SERVICOS LTDA.**

O ente público interpõe agravo contra a decisão monocrática de págs. 1.298-1.340, por meio da qual este Relator negou provimento ao seu agravo de instrumento em recurso de revista.

Contraminuta não apresentada (certidão de pág. 1.418).

O Ministério Público do Trabalho já oficiou nos autos às págs. 1.292-1.296, opinando pelo conhecimento e desprovemento do agravo de instrumento do Estado do Espírito Santo.

É o relatório.

VOTO

Este Relator, mediante decisão monocrática, negou provimento ao agravo de instrumento em recurso de revista do 2ª reclamado, Estado de São Paulo, nestes termos:

“Em razões de agravo de instrumento, o segundo reclamado impugna os fundamentos do despacho denegatório do recurso de revista, bem como ratifica os termos trazidos no apelo.

Renova a preliminar de nulidade da decisão regional por negativa de prestação jurisdicional, com amparo no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, sob o argumento de que o Regional não teria se manifestado sobre os requerimentos constantes dos embargos de declaração por ele interpostos.

À análise.

Quanto à **preliminar de nulidade do acórdão regional por negativa de prestação jurisdicional**, verifica-se que o recurso de revista foi interposto na vigência da Lei nº 13.015, de 2014, que alterou a redação do artigo 896 da CLT, acrescentando a esse dispositivo, entre outros, o § 1º-A, que determina, em seu inciso I, que a parte indique o trecho da decisão recorrida que consubstancia o prequestionamento da controvérsia objeto do recurso de revista.

A SbDI-1 desta Corte, no acórdão prolatado no julgamento dos embargos nº E-RR-1522-62.2013.5. 15.0067, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, decisão em 16/3/2017, firmou entendimento no tocante à necessidade da transcrição do trecho dos embargos de declaração, bem como do acórdão referente aos aludidos embargos, para que fosse satisfeita a



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

exigência do requisito inscrito no inciso I, do § 1º-A, do art. 896 da CLT, ainda que se tratasse de preliminar de nulidade de negativa de prestação jurisdicional, para que se pudesse analisar sobre quais pontos o Tribunal Regional, supostamente, teria deixado de se manifestar.

Eis o teor da decisão em comento proferida pela SBDI-1 do TST:

“Negativa de prestação jurisdicional alegada em recurso de revista. Cumprimento do disposto no art. 896, § 1º-A, I, da CLT. Transcrição do trecho dos embargos de declaração e do acórdão que os julgou. Necessidade. Princípios da impugnação específica e da dialeticidade recursal.

Nos casos em que a parte busca o reconhecimento da negativa de prestação jurisdicional no recurso de revista, exige-se, com fulcro no artigo 896, §1º-A, I, da CLT, a transcrição do trecho dos embargos de declaração em que a parte, de forma inequívoca, provoca o Tribunal Regional a se manifestar sobre determinada matéria e, em consequência o acórdão prolatado no julgamento dos aludidos embargos. Tal exigência representa a materialização dos princípios da impugnação específica e da dialeticidade recursal, pois objetiva evitar que seja do órgão julgador a tarefa de interpretar a decisão impugnada, para deduzir a tese nela veiculada e a fundamentação que ampara a pretensão quanto ao atendimento dos pressupostos singulares do recurso interposto, notadamente quanto à indicação do trecho da decisão recorrida que consubstancia o prequestionamento da controvérsia. Sob esses fundamentos, a SBDI-I, em sua composição plena, decidiu, pelo voto prevalente da Presidência, conhecer do recurso de embargos, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negar-lhe provimento. Vencidos os Ministros João Oreste Dalazen, José Roberto Freire Pimenta, Renato de Lacerda Paiva, Emmanoel Pereira, Márcio Eurico Vitral Amaro, Augusto César Leite de Carvalho e Alexandre de Souza Agra Belmonte, os quais proviam os embargos sob o entendimento de que é prescindível a demonstração do prequestionamento no caso de preliminar de nulidade decorrente de suposta negativa de prestação jurisdicional.” (TST-E-RR-1522-62.2013.5.15.0067, SBDI-I, rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, j. 16.3.2017 – cfr. Informativo TST nº 155 – acórdão pendente de publicação). (grifos apostos)

A inobservância desse procedimento que comprove a oportuna invocação e delimitação dos pontos sobre os quais o Tribunal Regional, supostamente, teria deixado de se manifestar, torna inviável a análise da arguição de nulidade.

Esse requisito processual passou a ser explicitamente exigido, por meio da edição da Lei nº 13.467/17, que incluiu o item IV ao § 1º-A do artigo 896 da CLT, estabelecendo que é ônus da parte, sob pena de não conhecimento do recurso, “transcrever na peça recursal, no caso de suscitar preliminar de nulidade de julgado por negativa de prestação jurisdicional, o trecho dos embargos declaratórios em que foi pedido o pronunciamento do tribunal sobre questão veiculada no recurso ordinário e o trecho da decisão regional que rejeitou os embargos quanto ao pedido, para cotejo e verificação, de plano, da ocorrência da omissão”.



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

Esclareça-se, por outro lado, ser imprescindivelmente necessária, para a compreensão e constatação da omissão alegada, também, a transcrição do trecho referente ao acórdão do recurso principal, a fim de que se possa proceder ao exercício da averiguação da ausência de tutela perpetrada no respectivo acórdão.

Extrai-se, da forma como foi editada a norma pertinente, que os requisitos processuais cuja satisfação é imposta no artigo 896, § 1º-A, da CLT, são cumulativos e, devem ser, sob pena de não conhecimento do recurso, individualmente observados na construção da petição do recurso de revista.

A parte, ao interpor recurso de revista, mediante eventual alegação de negativa de prestação jurisdicional perpetrada no acórdão proferido pelo Tribunal de 2º grau, deve cumprir, além do disposto no inciso IV do mencionado dispositivo - que determina a transcrição do trecho da petição e do acórdão dos embargos declaratórios - a determinação contida no inciso I do mesmo artigo, a respeito da transcrição do trecho da decisão que configura o efetivo prequestionamento da matéria impugnada.

Note-se que a condição imposta no inciso I visa a determinar que a parte comprove o prequestionamento do tema por parte do Tribunal Regional, enquanto que a exigência imposta no inciso IV busca a propiciar a efetiva demonstração da omissão alegada pela parte.

Registra-se que, de fato, o requisito estabelecido no inciso IV, que foi instituído por meio da edição da Lei nº 13.467/17, veio, tão somente, suprir lacuna a respeito do critério formal a ser observado na específica alegação de negativa de tutela jurisdicional, de forma que a inclusão desse inciso no § 1º-A do artigo 896 não elidiu a condição processual imposta no inciso I, que já vigia a partir da edição da Lei nº 13.015/14, tratando-se, portanto, de requisitos processuais que possuem a mesma relevância e, que, conseqüentemente, não se excluem. No caso, no recurso de revista, às págs. 1.173-1.245, em relação à negativa de prestação jurisdicional, a parte não cuidou em indicar os trechos da decisão recorrida em que se encontram prequestionadas as matérias objeto de sua irresignação, não satisfazendo, portanto, a exigência inscrita no inciso I do § 1º-A do art. 896 da CLT.

Destaca-se, por fim, que o descumprimento do requisito processual da indicação do trecho de prequestionamento não configura “defeito formal que não se repute grave- passível de ser sanado ou desconsiderado nos termos do artigo 896, § 11, da CLT”, uma vez que o dispositivo em questão não se aplica à convalidação de defeito ínsito ao conteúdo ou ao teor do recurso interposto e, levando-se em conta que a interposição de recurso não é considerada ato urgente, é disponibilizado à parte tempo hábil a fim de que construa a sua insurgência recursal mediante a observação dos requisitos recursais exigidos em lei, a respeito dos quais tem prévio conhecimento, bem como das conseqüências processuais da ausência de satisfação desses requisitos.

Na minuta de agravo de instrumento, o segundo reclamado se insurge contra a **responsabilidade subsidiária** que lhe foi imposta. Invoca a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria e alega que cabe ao reclamante provar a conduta culposa da Administração Pública.



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

Aponta violação do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, contrariedade à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC nº 16, e contrariedade à Súmula nº 331, item V, do Tribunal Superior do Trabalho, além de divergência jurisprudencial.

Ao exame.

O acórdão regional foi fundamentado nos seguintes termos:

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Pugna o segundo reclamado pela reforma da sentença no que se refere à responsabilização subsidiária.

Vejamos.

A sentença guerreada assim se manifestou quanto à matéria:

DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Em razão da existência de contrato de prestação de serviços, o Juízo se convence de que o segundo reclamado se beneficiou da mão de obra dos substituídos.

A Súmula nº 331, IV do Egrégio TST prevê a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quando há contratação de trabalhadores através de empresa interposta e inadimplemento das obrigações trabalhistas.

Ao tomador de serviços incumbe, sem sombra de dúvidas, a responsabilidade de fiscalizar se as obrigações trabalhistas, previdenciárias e fiscais estão sendo cumpridas pela empresa contratada, sendo seu direito o de exigir a comprovação de tal situação, sob pena de vir a responder subsidiariamente pelas obrigações pecuniárias decorrentes dos contratos de trabalho mantidos entre a empresa contratada e seus empregados, por culpa in eligendo.

Nesse sentido:

"A culpa por parte da tomadora de serviços in eligendo em virtude da inidoneidade econômica da prestadora de serviços implica em responsabilidade subsidiária daquele em relação aos direitos trabalhistas dos empregados, e não em responsabilidade solidária (TST, RR 53.073/92.6, Vantuil Abdala, Ac. 2ª T. 5.814/94)" (CARRION, Valentin, Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 23 ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 303).

A responsabilidade do tomador de serviços abrange todos os títulos pecuniários, haja vista que tinha a obrigação de fiscalizar o correto cumprimento das obrigações trabalhistas pelo contratado e por não ter escolhido empresa apta a cumprir integralmente a legislação trabalhista.

Portanto, o segundo reclamado deve responder subsidiariamente pelas obrigações pecuniárias decorrentes do contrato de trabalho celebrado entre a reclamante e a primeira reclamada ora objeto de condenação, na forma da retro referida Súmula nº. 331, inciso IV, do Tribunal Superior do Trabalho.

A responsabilidade subsidiária justifica a imputação do devedor subsidiário na execução trabalhista, quando o devedor principal não possui bens, os bens não são suficientes ou não são localizados. O argumento de que deveria haver a execução contra os sócios do devedor principal não convence, haja vista que (i) a responsabilidade subsidiária é uma proteção aos créditos do trabalhador; (ii) quem tem o direito de solicitar a desconsideração da personalidade jurídica é o credor trabalhista e não o devedor subsidiário; (iii) o devedor subsidiário não possui o benefício de ordem por falta de disposição legal.



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

Em sede de embargos de declaração, complementou o juízo primevo:

Conhece-se dos embargos por, além de tempestivos, apresentam indicação de causa recursal adequada.

Razão assiste ao embargante quanto à existência de omissão, o que ora passa a ser sanado.

Na hipótese dos autos, está caracterizada a culpa in eligendo e a culpa in vigilando do ente estatal, que não fiscalizou a contento, como era sua obrigação, a atuação da primeira reclamada quanto ao contrato de trabalho dos substituídos, sobretudo quanto ao fiel cumprimento das obrigações trabalhistas previstas na norma coletiva.

Com efeito, deveria, o segundo reclamado, ter tomado as cautelas necessárias, tanto na contratação da prestadora de serviços, como no cumprimento do contrato em si, para que não fosse responsabilizado por sua inadimplência.

Evidenciando-se, como na hipótese, o descumprimento de obrigações trabalhistas por parte da contratada, impõe-se a responsabilização subsidiária da contratante, em decorrência de seu comportamento omissivo ou irregular, não fiscalizar eficientemente o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pela contratada, sob pena de se desconsiderar a proteção jurídica do empregado, cujos créditos constituem direitos fundamentais que exigem ampla tutela.

Do exposto, conhece-se do recurso e a ele é dado provimento para prestar os esclarecimentos acima, sem conferir efeitos modificativos.

Intimem-se.

Restou incontroverso que a primeira reclamada foi contratada pelo segundo réu para prestar serviços contínuos de conservação, limpeza e copeiragem a ser executado nas dependências do Arquivo Público do Estado do Espírito Santo, tratando-se, pois, em evidente terceirização de serviços.

No tocante à responsabilidade subsidiária, o comando normativo do art. 71 da Lei n. 8.666/93, de Licitações e Contratos, não exime a Administração Pública de responder pelo não cumprimento dos encargos trabalhistas quando houver inadimplemento do empregador. O legislador objetivou, com o citado texto legal, apenas impedir que a Administração Pública assumira a responsabilidade principal do contrato, não permitindo a existência de vínculo de emprego de empregados de empresa interposta com órgãos da administração direta e indireta, em desobediência ao princípio do concurso público, inserto no art. 37, II, da Constituição.

Buscando traçar um caminho para a interpretação das relações triangulares de trabalho, baseada nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, de modo a assegurar uma proteção jurídica mínima ao trabalhador terceirizado, o E. TST editou a Súmula 331, que prevê a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços diante do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, desde que tenha participado da relação processual e conste do título executivo judicial, o que veio a ser corroborado pela Lei 13.429/2017, que expressamente contempla em seu art. 2º, §5º a possibilidade de reconhecimento da responsabilidade subsidiária da tomadora, inclusive da



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

Administração Pública, pelo cumprimento das obrigações inadimplidas pela prestadora de serviços.

Em 2011, em virtude da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC 16, o E. TST incluiu o item V na referida Súmula 331, mas sem afastar a possibilidade de responsabilização da Administração Pública:

SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

(...)

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos 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.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.

O Supremo Tribunal Federal ao julgar a mencionada Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, com eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 102, § 2º, da Constituição Federal), declarou constitucional o citado art. 71, § 1º, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), na redação que lhe deu o art. 4º da Lei nº 9.032/95, com a consequência de que o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública, após regular licitação, não acarreta a esta última, de forma automática e em qualquer hipótese, sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles direitos.

No entanto, segundo também expressamente decidido naquela mesma sessão de julgamento pelo STF, isso não significa que, em determinado caso concreto, com base nos elementos fático-probatórios delineados nos autos e em decorrência da interpretação sistemática daquele preceito legal em combinação com outras normas infraconstitucionais igualmente aplicáveis à controvérsia, não se possa identificar a presença de culpa *in vigilando* na conduta omissiva do ente público contratante, diante da ausência comprovada de fiscalização daquelas obrigações trabalhistas devidas pelo empregador, como estabelecem as normas da Lei de Licitações, com sua consequente responsabilidade subsidiária.

Sendo assim, a partir da decisão do E. STF na ADC nº 16-DF, a responsabilidade subsidiária somente pode ser imputada ao integrante da Administração Pública, quando constatada sua culpa no exercício da fiscalização do contrato de prestação de serviços e não pelo simples inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada, o que resta claro com a nova redação conferida ao inciso V, da Súmula 331, TST (RR



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

938-35.2011.5.09.0001, data de julgamento: 12/06/13, Relatora: Ministra Maria de Assis Calsing 4.^a Turma, DEJT: 14/06/13).

Com efeito, a condenação subsidiária decorre da culpa *in eligendo* e *vigilando* do tomador de serviços, com base nos artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002.

Culpa *in eligendo*, porque a Administração Pública deveria ter sido mais cautelosa na escolha de seu contratado, no que toca à idoneidade econômico-financeira.

A culpa *in vigilando* se revela porque o contratante tem o poder de fiscalizar as obrigações existentes entre a empresa prestadora dos serviços e o empregado, nos termos dos artigos 58, III e 78, VII, da Lei 8.666/93.

Ressalto que, no âmbito do Direito Administrativo, os poderes da Administração possuem caráter meramente instrumental, tendo como único objetivo a satisfação do interesse público, que não se confunde com o interesse da Administração. Por isso que, nas palavras do Professor Celso Antonio Bandeira de Mello, o poder administrativo há de ser visto como um "poder-dever".

Assim, no exercício do poder de fiscalizar a execução do contrato, a Administração tem o dever de zelar pelo atendimento dos direitos sociais dos trabalhadores que prestam serviços a seu favor, atendendo aos mais altos valores constitucionais, que também fundamentam a condenação do tomador dos serviços, de forma subsidiária, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e o valor social do trabalho (art. 1º, IV, e 170, da CF). Nosso ordenamento jurídico está voltado ao primado do trabalho, aos valores sociais, à garantia da dignidade do trabalho. Nada disso restará assegurado se não imputarmos responsabilidade a todos os que se valeram da prestação dos serviços.

O juiz, a teor do art. 5.º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ao aplicar a lei, atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Além disso, insta ressaltar que a Lei 8.666/93 estabelece uma série de direitos e garantias para a Administração Pública se resguardar de eventual inadimplemento do contratado, nos termos dos seus arts. 55, VI, 56 e 80, III e IV.

Conclui-se, pois, que a responsabilidade subsidiária decorre da constatação da não fiscalização pela Administração Pública do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços, configurando a sua culpa *in vigilando*.

Nesse ponto, ainda em relação ao julgamento vinculante do E. STF quanto à responsabilidade subsidiária da Administração Pública, na ADC 16, bem como no julgamento em repercussão geral do RE 760.931-RG, a Egrégia Suprema Corte ao definir a tese de que não há responsabilização automática de Administração Pública, enquanto tomadora de serviços, pelos créditos trabalhistas dos empregados terceirizados, não fixou, em ambos os



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

julgamentos, a distribuição do ônus da prova, como esclarece a Exma. Ministra Rosa Weber nos autos da Reclamação n. 39.844:

*"Limitados a obstaculizar a responsabilização subsidiária automática da Administração Pública - como mera decorrência do inadimplemento da prestadora de serviços -, os julgamentos da ADC nº16 e do RE nº 760.931-RG, ao fixarem a necessidade da caracterização da culpa do tomador de serviços no caso concreto, **não adentraram a questão da distribuição do ônus probatório nesse aspecto, tampouco estabeleceram balizas na apreciação da prova ao julgador.**" (Rcl 39844-MG, Rel. Min. Rosa Weber, decisão publicada em 16/04/2020). (grifou-se).*

Não estabelecida tese quanto ao ônus da prova, resta possível a atribuição do ônus da prova à Administração Pública, o que se mostra imperioso nos casos de prova da fiscalização ou não, eis que não compete ao empregado da empresa prestadora de serviços suportar ônus decorrente da omissão da Administração Pública no dever de fiscalizar a empresa prestadora contratada.

Neste sentido a jurisprudência recente do E. TST:

"RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CONDUTA CULPOSA. ÔNUS DA PROVA. Cinge-se a controvérsia ao ônus da prova, relacionado à culpa in vigilando, exigível para se atribuir responsabilidade subsidiária à administração pública, quando terceiriza serviços. Atribuir ao trabalhador terceirizado o ônus de provar que a autoridade gestora de seu contrato teria sido diligente na fiscalização do cumprimento de obrigações trabalhistas pela empresa terceira corresponde a fazer tábula rasa do princípio consagrado - em favor do consumidor e, por desdobraimento, de outras pessoas ou grupos vulneráveis - pelo art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/1990, qual seja, o direito "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências". O princípio da aptidão para a prova resultou inclusive absorvido e ritualizado pelo art. 818, §1º da CLT. **A prova que recai sobre o trabalhador terceirizado, no tocante a nuances do negócio jurídico que se desenvolve entre as empresas que se beneficiam de seu trabalho (pois é disso que estamos a tratar quando aludimos à fiscalização de uma empresa sobre a conduta de outra empresa), é "prova diabólica", insusceptível de atendimento por diligência do empregado.** Noutro ângulo, vê-se que o encargo de fiscalizar o cumprimento do contrato administrativo - que não tem o empregado terceirizado entre os seus sujeitos - não deriva de construção doutrinária ou jurisprudencial, sendo, antes, imposição da Lei n. 8.666/1993 (a mesma lei que imuniza o poder público que age sem culpa). São essas as razões pelas quais entende-se que **o Supremo Tribunal Federal reservou à Justiça do Trabalho decidir acerca do ônus da prova, no tocante à fiscalização do cumprimento de obrigações trabalhistas pela empresa que a administração pública contrata para a intermediação de serviços, cabendo ao poder público tal encargo.** Recurso de embargos conhecido e



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

provido" (E-RR-439-84.2015.5.17.0002, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, DEJT 27/03/2020) (grifou-se).

Portanto, cabe à Administração Pública o ônus de comprovar a efetiva fiscalização do contrato firmado com a prestadora de serviços. E esta fiscalização deve ser contínua e preventiva, a fim de evitar não só o comprometimento do contrato firmado, como também evitar a violação de direitos trabalhistas

Ainda que assim não fosse, dos elementos dos autos verifica-se que restou comprovada a ausência de efetiva fiscalização por parte da Administração Pública, pois sequer cuidou de apresentar os documentos fiscalizatórios em face da primeira ré no sentido de cumprimento da norma coletiva da categoria com o pagamento do adicional de insalubridade aos substituídos, conforme fundamentação já expendida no tópico "ADICIONAL DE INSALUBRIDADE".

Ainda, tem-se do contrato de prestação de serviço firmado entre a primeira ré e o segundo reclamado a existência de garantia de execução contratual oferecida pela contratada, modalidade Seguro Garantia, nos termos da cláusula oitava (ID. f45b899 - Pág. 6)

Dessa forma, tendo a Administração Pública se beneficiado da prestação de serviços da parte autora e constatada a omissão no dever de fiscalização, incorreu em culpa in vigilando, sendo responsável subsidiária na satisfação do crédito trabalhista do hipossuficiente, diante da inadimplência do empregador.

Neste sentido, destaco julgamentos do E. STF:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. ADC 16. RE 760.931. ART. 71, § 1º, DA LEI 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CULPA IN VIGILANDO. AUSÊNCIA DE ESTRITA ADERÊNCIA. DESCABIMENTO DA RECLAMAÇÃO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. É inviável a reclamação quando o ato reclamado não possui aderência estrita ao paradigma apontado como afrontado. 2. Ao contrário do alegado, o ato impugnado não contraria as decisões proferidas na ADC 16 e no Tema 246 do ementário da repercussão geral (RE 760.931). 3. Não é cabível o manejo de reclamação para se obter o reexame do conjunto fático-probatório dos autos. 4. Agravo regimental a que se nega provimento." (Rcl 36351 AgR, Relator: Min. Edson Fachin, Segunda Turma, publicação em 17-03-2020)

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. ADC 16. ART. 71, § 1º, DA LEI 8.666/1993. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. FALTA DE EFICIENTE FISCALIZAÇÃO. CULPA IN VIGILANDO. AUSÊNCIA DE ESTRITA ADERÊNCIA. DESCABIMENTO DA RECLAMAÇÃO. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS NECESSÁRIOS PARA MODIFICAR DECISÃO AGRAVADA. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - O ato impugnado no Juízo a quo não contraria a decisão proferida na ADC 16. Ademais, não cabe reclamação para obter-se o reexame do conjunto fático-probatório dos



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

autos. II - É inviável a reclamação quando o ato reclamado não possui aderência estrita ao paradigma apontado como afrontado. III - O presente recurso contém apenas a reiteração dos argumentos de defesa anteriormente expostos. IV - Não procede a alegação de que há necessidade de prova robusta e inequívoca da ausência de fiscalização. O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, ao analisar a questão, constatou a responsabilidade subsidiária com base na análise do conjunto fático-probatório dos autos. V - Agravo regimental a que se nega provimento, condenando a agravante ao pagamento de honorários advocatícios." (Rcl 37308 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 21/02/2020, publicação em 06-03-2020)

RECLAMAÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO. DÉBITOS TRABALHISTAS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEI Nº 8.666/1993, ART. 71, § 1º. AFRONTA À AUTORIDADE DAS DECISÕES PROFERIDAS NA ADC 16 E NO RE 760.931-RG. DESCUMPRIMENTO DA SÚMULA VINCULANTE 10. FIXAÇÃO DA PREMISSA DE CULPA DA ADMINISTRAÇÃO PELA CORTE RECLAMADA. PREMISSAS DE ORIGEM. RECLAMAÇÃO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. (Rcl 34981, Relatora Min. Rosa Weber, publicação em 01/08/2019)

Destarte, nos termos do já citado item VI, da Súmula 331 do TST, "A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral", dessa forma, a responsabilidade subsidiária é ampla.

A responsabilidade subsidiária é irrestrita, não importando a natureza jurídica da verba, não havendo como se limitar a responsabilidade do tomador de serviços, pois a subsidiariedade compreende o pagamento de todas as parcelas inadimplidas pelo prestador de serviços contratado. Inclusive, multas e benefícios previstos em normas coletivas.

Portanto, incontestemente que todas as verbas deferidas são abrangidas pela responsabilidade subsidiária, até porque não há obrigação personalíssima de pagar, pois dinheiro é bem fungível e a obrigação pode ser cumprida por qualquer devedor.

Ressalto, ainda, que, revelando-se a omissão culposa da Administração Pública em relação à fiscalização do contrato celebrado configurada a sua responsabilidade subsidiária, independentemente da idoneidade da empresa contratada.

Visto, então, em conformidade com a decisão proferida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal na ADC 16, que a contratação através de procedimento regular impõe ao administrador a verificação, na contratação, da idoneidade financeira da contratada, e, uma vez adjudicada a contratação, a fiscalização quanto ao regular cumprimento, pelo vencedor/contratado, das obrigações alusivas às contribuições fiscais e sociais, encargos trabalhistas e cumprimento da legislação trabalhista, constata-se, sem maior dificuldade, que o ente público, através de seus agentes, causou prejuízo indiscutível à parte autora por ter descuidado dos deveres que lhe incumbiam, o que conduz à responsabilização subsidiária.



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

Por fim, cabe salientar que a edição de súmulas é fruto da interpretação sistemática dos dispositivos que regulam a matéria debatida, refletindo a Súmula a jurisprudência do tema em comento, não sendo razoável admitir-se que a manifestação reiterada da Superior Corte Trabalhista seja contra *legem* ou inconstitucional. Ademais, a Corte Superior Trabalhista, com a edição da Súmula 331, não está editando lei, e sim interpretando diversos dispositivos legais e, desta forma, não se vislumbra violação aos dispositivos invocados (tais como o artigo 5º, II ou 37, II, da CRFB) ou ao princípio da separação dos poderes (artigo 2º, da Constituição Federal).

Também não há falar-se em violação da Súmula vinculante 10/STF ou à cláusula de reserva de plenário. As súmulas no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, são formalizadas pela sua composição plenária. Assim, o disposto na Súmula 331, inciso V/TST, acerca da manutenção da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, atende a exigência relacionada à cláusula de reserva de plenário a que aludem o art. 97 da Constituição Federal e a Súmula Vinculante 10/STF. Ademais, a decisão hostilizada não declarou a inconstitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/93, mas apenas consignou que referido dispositivo de lei não afasta a responsabilidade subsidiária do Recorrente.

Destaco, também, que não se configura violação ao artigo 37, XXI, da CF/88. Primeiramente, não se declarou a nulidade do contrato firmado entre os réus e sequer se suscitou que este fosse fraudulento; bem como não houve reconhecimento de vínculo de emprego da parte autora diretamente com a Administração Pública e nem se entendeu que deveria dirigir a atividade dos empregados da prestadora; entretanto, a tomadora deveria cumprir a obrigação legal fixada pelo artigo 55, da Lei 8.666/93, de fiscalizar o cumprimento do contrato e o adimplemento das obrigações trabalhistas pelo prestador de serviços contratado.

Não houve, portanto, desrespeito aos preceitos legais e constitucionais invocados, que considero prequestionados.

Por todo o exposto, nego provimento" (págs. 1.145-1.152- grifou-se).

No tocante à responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos débitos trabalhistas do contratado que lhe forneceu mão de obra terceirizada, é preciso, antes de tudo, estabelecer se é suficiente para afastar sua condenação como responsável subsidiário por essas obrigações trabalhistas o disposto de forma expressa no *caput* e no § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 (na redação que lhe deu o artigo 4º da Lei nº 9.032/95), no sentido de que o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas resultantes da execução do contrato administrativo, e sua inadimplência não transfere à Administração Pública a responsabilização por seu pagamento.

Como se sabe, há muito a jurisprudência consolidada desta Corte, por meio do item IV de sua Súmula nº 331 (cuja redação atual resultou do que se decidiu na Sessão do Tribunal Pleno de 11/9/2000, por ocasião do julgamento unânime do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº TST-IUJ-RR-297.751/96), consagrou o entendimento de que, apesar daquele artigo da Lei de Licitações ali expressamente citado, a responsabilidade



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

subsidiária existirá quando houver o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, desde que o ente público tenha participado da relação processual e, em consequência, tenha sido incluído no título executivo judicial.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em sua sessão de 24/11/2010, a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, houve por bem, por maioria (vencido em parte o Ministro Carlos Ayres Britto), considerar constitucional o citado artigo 71 da Lei nº 8.666/93, de modo a vedar, expressamente, a automática responsabilização do ente público contratante da empresa fornecedora de mão de obra pelos débitos trabalhistas devidos por esta última, na condição de empregadora dos trabalhadores terceirizados, nos casos de mero inadimplemento dessas obrigações pelo vencedor da correspondente licitação.

Porém, como se demonstrará a seguir, esse julgamento não impediu, de forma mecânica e absoluta, que, em determinados casos e sob certas circunstâncias, a Administração Pública contratante continue a ser condenada a responder, de forma subsidiária, pelo pagamento das obrigações trabalhistas do empregador por ela contratado, mesmo após regular licitação e nas terceirizações lícitas.

Com efeito, como se extrai da transcrição dos votos dos Senhores Ministros proferidos naquela sessão (vídeo da sessão plenária do STF, dia 24/11/2010, 2º bloco, disponível em <http://videos.tvjustica.jus.br/>, acesso em 13/12/2010, apud VIANA, Márcio Túlio, DELGADO, Gabriela Neves e AMORIM, Helder Santos, "Terceirização - aspectos gerais - a última decisão do STF e a Súmula nº 331 - novos enfoques", LTr 75-03, p. 282-295, esp. p. 291-292), o Supremo Tribunal Federal, ao se referir aos casos de terceirização lícita na Administração Pública, também deixou expresso seu entendimento de que aquele dispositivo de lei não afasta a possibilidade de a Justiça do Trabalho, no julgamento de cada caso concreto e com base nos fatos da causa, responsabilizar subsidiariamente o ente público contratante pelo pagamento das obrigações trabalhistas, caso fique comprovado que agiu com culpa *in vigilando*, ao não fiscalizar o adimplemento daqueles direitos pelo seu devedor principal - o empregador contratado.

Exatamente nesse sentido foi o pronunciamento do Ministro Relator, Cezar Peluso, nos seguintes e expressivos termos:

"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".

Dando prosseguimento ao debate da questão, o mesmo Relator foi ainda mais incisivo ao reconhecer o acerto das decisões do Tribunal Superior do Trabalho e imputar, em certos casos e sob certas circunstâncias, responsabilidade subsidiária ao ente da Administração Pública contratante,



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

apesar do preceito expresso do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, pelos seguintes fundamentos:

“Eu só quero dizer o que eu estou entendendo (...) a postura da Justiça do Trabalho. Ela tem dito o seguinte: realmente, a mera inadimplência do contratado não transfere a responsabilidade nos termos do que está na lei, nesse dispositivo. Então esse dispositivo é constitucional. MAS ISSO NÃO SIGNIFICA QUE EVENTUAL OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA OBRIGAÇÃO DE FISCALIZAR AS OBRIGAÇÕES DO CONTRATADO NÃO GERE RESPONSABILIDADE À ADMINISTRAÇÃO. É outra matéria, são outros fatos, examinados à luz de outras normas constitucionais. Então, em outras palavras (...), nós não temos discordância sobre a substância da ação, eu reconheço a constitucionalidade da norma. Só estou advertindo ao tribunal que isso não impedirá que a Justiça do Trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos (...)” (destacou-se).

Na mesma ocasião e seguindo o entendimento do Relator, o Ministro Ricardo Lewandowski foi igualmente claro a esse respeito:

“Eu tenho acompanhado esse posicionamento do Ministro Cezar Peluso no sentido de CONSIDERAR A MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL, PORQUE REALMENTE ELA É DECIDIDA SEMPRE NO CASO CONCRETO, SE HÁ CULPA OU NÃO. Nos defrontamos quase que cotidianamente em ações de improbidade (...), que são empresas de fachada, muitas vezes constituídas com capital de mil reais que participam de licitações milionárias e essas firmas depois de feitas ou não feitas as obras objeto da licitação, desaparecem do cenário jurídico e mesmo do mundo fático e ficam com um débito trabalhista enorme. O que ocorre no caso? Há claramente, ESTÁ CLARAMENTE CONFIGURADA A ‘CULPA IN VIGILANDO’ E ‘IN ELIGENDO’ DA ADMINISTRAÇÃO, e aí, segundo o TST, incide ou se afasta, digamos assim, esse art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666.” (destacou-se).

Essa mesma preocupação com as consequências desastrosas que poderiam advir de um julgamento que afastasse de forma absoluta e automática toda e qualquer responsabilidade do ente público pelos direitos trabalhistas de seus trabalhadores terceirizados, em caso de inadimplemento do empregador e devedor principal, caso não fiscalizado por seu contratante, foi incisivamente exposta pelo Ministro Gilmar Mendes, no voto que proferiu na ocasião, *in verbis*:

“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,



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

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 idéia 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." (destacou-se).

No prosseguimento dos debates naquele julgamento, o Ministro Relator, Cezar Peluso, ao responder ao argumento de que seria ilegal atribuir responsabilidade à Administração Pública pelo pagamento desses débitos trabalhistas diante da literalidade do § 1º do artigo 71 da Lei de Licitações, foi ainda mais claro e incisivo sobre essa possibilidade, sob certas circunstâncias concretas, verificadas caso a caso:

"V. Exa. está acabando de demonstrar que a Administração Pública é obrigada a tomar uma atitude que, quando não toma, constitui inadimplemento dela. É ISSO QUE GERA A RESPONSABILIDADE QUE VEM SENDO RECONHECIDA PELA JUSTIÇA DO TRABALHO, NÃO É A CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA. A norma é sábia, ela diz que o mero inadimplemento não transfere a responsabilidade, mas a inadimplência da obrigação da administração é que lhe traz como conseqüência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho eventualmente pode reconhecer, independentemente da constitucionalidade da lei." (destacou-se).

Da clareza desses fundamentos, pode-se concluir que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em composição plenária, a ADC nº 16-DF, com um único voto vencido, realmente considerou constitucional o § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 e também considerou contrário à Súmula Vinculante nº 10 e ao artigo 97 da Constituição o antigo item IV da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (por haver afastado a aplicação daquele preceito legal com base em fundamentos e critérios de origem constitucional, sem haver examinado e declarado a inconstitucionalidade daquela norma, em incidente para tanto suscitado, nos termos e na forma dos artigos 948 a 950 do CPC/2015), vedando que a Justiça do Trabalho, exclusivamente com base naquele entendimento sumulado, atribuisse, de forma automática e absoluta, à Administração Pública contratante responsabilidade subsidiária pelo pagamento das obrigações trabalhistas inadimplidas pelo contratado, em terceirizações lícitas decorrentes de regular licitação.

Em outras palavras, ali realmente se considerou que, por força daquele dispositivo da Lei de Licitações atualmente em vigor, o puro e simples inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo empregador contratado



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

pelo ente público não enseja a responsabilidade deste último por seu pagamento, mesmo que de forma subsidiária, sem que seja verificada a existência, em cada caso concreto, de quaisquer outros elementos fáticos e jurídicos capazes de caracterizar a existência de culpa específica e comprovada da Administração Pública.

Contudo, naquela mesma decisão, em sua íntegra dotada de eficácia contra todos e efeitos vinculantes (artigo 102, § 2º, da Constituição Federal), também se decidiu, de forma igualmente expressa, que a constitucionalidade desse preceito legal não impede que seja ele interpretado de forma sistemática com outros dispositivos de leis e da Constituição Federal que, por sua vez, continuam a impor à Administração Pública, quando utilizar de modo contínuo mão de obra terceirizada, o dever de licitar e de fiscalizar, de forma plena e eficaz, a execução do contrato administrativo de prestação de serviços, até mesmo quanto ao pleno e oportuno cumprimento das obrigações trabalhistas.

Em consequência, absolutamente não foi descartado naquele julgamento – tendo sido, na verdade, expressamente salientado – que continua perfeitamente possível que a Justiça do Trabalho, ao julgar casos concretos como este e à luz do conjunto fático-probatório neles delineado, continue a imputar ao ente público tomador daqueles serviços terceirizados a responsabilidade subsidiária por aquelas obrigações inadimplidas pelo devedor principal, em virtude da presença de culpa *in eligendo* (na excepcional hipótese de demonstração de irregularidades no procedimento licitatório) ou de culpa *in vigilando* (pela simples omissão do ente público de, no curso e ao término da execução daquele contrato, não ter fiscalizado, como deveria e como lhe era perfeitamente possível, o cumprimento das normas trabalhistas pelo contratado e não haver tomado as providências capazes de prevenir aquela inadimplência).

O que, então, decidiu o Supremo Tribunal Federal foi que o § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 afasta a responsabilidade contratual da Administração Pública pelas obrigações trabalhistas relativas aos empregados do particular que foi selecionado e contratado em decorrência da correspondente licitação, pela simples condição de celebrante daquele contrato administrativo. Ou seja, o ente público jamais poderá, automaticamente, ser considerado o devedor principal daqueles trabalhadores.

Porém, por força da incidência simultânea e sistemática de outras normas infraconstitucionais igualmente aplicáveis às relações jurídicas decorrentes daquela contratação, será sempre possível apurar, por meio do exame dos elementos fático-probatórios constantes de cada processo, a existência de conduta dolosa ou culposa da Administração Pública, mesmo que apenas omissiva, que justifique que lhe seja atribuída responsabilidade subjetiva extracontratual, patrimonial ou aquiliana pelos danos por ela causados.

Aplicando-se tudo o que ali ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com efeito contra todos e eficácia vinculante a casos como este, é preciso, antes de mais nada, afirmar que a decisão condenatória em que se atribui responsabilidade subsidiária ao ente público contratante pelo pagamento dos



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

débitos trabalhistas da empregadora - litisconsorte - prescinde, para sua manutenção, da aplicação da antiga redação do item IV da Súmula nº 331 deste Tribunal Superior, o que ora se afasta, em direto cumprimento do que foi decidido na ADC nº 16-DF.

Como, porém, as súmulas não vinculantes como a ora citada não constituem fontes autônomas de Direito, mas sim mera consolidação do entendimento jurisprudencial predominante do Tribunal que as tenham editado a respeito da interpretação e da aplicação das normas do ordenamento jurídico aplicáveis às lides delas objeto, é forçoso concluir que continua sendo perfeitamente possível examinar o dissídio individual em questão, à luz das normas constitucionais e legais que lhe sejam pertinentes, como se fará a seguir.

Antes disso, contudo, é indispensável repelir enfaticamente a alegação, por vezes utilizada pelos entes públicos demandados em ações trabalhistas como esta, de que sua condenação a responder subsidiariamente pelos débitos trabalhistas dos particulares por eles contratados para fornecer trabalhadores terceirizados significaria afronta ao artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (nova denominação dada pela Lei nº 12.376/2010 à Lei de introdução ao Código Civil brasileiro) e ao artigo 8º, *caput*, da CLT, por pretensamente privilegiar os interesses meramente privados e patrimoniais destes e de seus empregados em detrimento do interesse público de toda a sociedade, que estaria sendo obrigada, pela Justiça do Trabalho, a suportar novamente um custo que já estaria embutido no preço dos serviços contratados por meio do correspondente contrato administrativo. Nada mais equivocado, no entanto!

É que não se pode esquecer, antes de qualquer coisa, que essas obrigações trabalhistas, embora em sua quase totalidade tenham natureza pecuniária, são muito mais do que isso: são direitos fundamentais sociais constitucionalmente consagrados (especialmente no artigo 7º da Norma Fundamental em vigor) e que desempenham a relevantíssima função extrapatrimonial de, por seu caráter inquestionavelmente alimentar, assegurar a vida e a subsistência dignas daqueles trabalhadores e de suas famílias. Por isso mesmo, portanto, devem receber uma tutela jurisdicional diferenciada e, na escala de valores e direitos em confronto, deve ser-lhes atribuído um peso necessariamente maior que o interesse público meramente secundário do ente público contratante de não ser subsidiariamente condenado a pagar aqueles débitos trabalhistas (sempre com preservação da possibilidade de se ressarcir plenamente do pagamento por meio da correspondente ação regressiva que poderá – e deverá – ajuizar contra o devedor principal por ela contratado).

Exatamente por isso, aliás, não se pode afirmar que a Administração Pública que se beneficiou da força de trabalho dos trabalhadores terceirizados possa ficar indiferente à sua sorte; tampouco que, à luz dos valores e princípios em tensão e diante do paradigma do Estado Democrático de Direito constitucionalmente adotado em nosso país a partir de 1988, o interesse público primário da Administração Pública, em casos como esse, seja deixar



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

ao desamparo estes trabalhadores terceirizados – muito ao contrário! A vingar a tese da pura e simples irresponsabilidade da Administração Pública em casos em que essa se omitiu do seu dever de fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas pelas empresas por ela contratadas para o fornecimento de trabalhadores terceirizados, os direitos fundamentais sociais constitucionalmente assegurados a todos esses trabalhadores não passarão de letra morta, em contrariedade aos ditames de justiça social e de valorização do trabalho assegurados exatamente pela Norma Fundamental de 1988.

Se se entender, como aqui se sustenta expressamente, que o ente público contratante tem esse dever de fiscalizar, em todo o curso do contrato administrativo, o cabal e tempestivo cumprimento, pelo particular, de suas obrigações trabalhistas como empregador daqueles trabalhadores terceirizados que atuaram no âmbito da Administração Pública, será inevitável a incidência subsidiária, autorizada pelo artigo 8º, § 1º, da CLT e pelos artigos 186 e 927, *caput*, do Código Civil em vigor, que estabelecem para todos, até mesmo para os entes públicos em geral, a responsabilidade civil subjetiva de natureza extracontratual, decorrente da prática (comissiva ou omissiva) de ato ilícito, *in verbis*:

“Artigo 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

(...)

Artigo 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Nessa mesma linha também se pronuncia o Procurador do Trabalho e Professor Helder Santos Amorim (no artigo que elaborou em conjunto com os Professores Márcio Túlio Viana e Gabriela Neves Delgado):

“A interpretação do § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/1993 desafia sua leitura conjunta e contextualizada com vários outros dispositivos legais que imputam à Administração Pública, de forma correlata e proporcional, o dever de fiscalizar eficientemente a execução dos seus contratos de terceirização, por imperativo de legalidade e moralidade pública (Constituição, art. 37, *caput*), inclusive em relação ao adimplemento dos direitos dos trabalhadores terceirizados, tendo em vista que se trata de direitos fundamentais (Constituição, art. 7º) cuja promoção e fiscalização incumbe aprioristicamente ao Estado, como razão essencial de sua existência.” (Terceirização – aspectos gerais – a última decisão do STF e a Súmula nº 331 do TST – novos enfoques, LTr 75-03/292)

Cumpra agora, portanto, examinar as demais normas legais aplicáveis à contratação, pela Administração Pública e após regular procedimento licitatório, de uma empresa para, por intermédio do fornecimento de



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

trabalhadores terceirizados, lhe prestar serviços a fim de confirmar se tem ela o dever legal de, no curso daquele contrato administrativo, fiscalizar não apenas a execução daqueles serviços, mas também o pleno e tempestivo adimplemento das obrigações trabalhistas pelo empregador contratado. O simples exame de outros artigos da mesma Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) permite concluir em sentido afirmativo.

A princípio, os artigos 54, § 1º, e 55, inciso XIII, e 66 da Lei nº 8.666/93 estabelecem, claramente, que o fornecedor de mão de obra contratado está estritamente vinculado ao cumprimento cabal das obrigações e responsabilidades a que se vinculou quando participou da licitação e apresentou proposta (na qual obrigatoriamente fez constar o preço correspondente aos direitos trabalhistas de seus empregados):

“Art. 54. (...)

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos e da proposta a que se vinculam.

(...)”.

“Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

XIII – a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação”.

“Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.”

A seguir, os artigos 58, inciso III, e 67, *caput* e seu § 1º, da mesma Lei de Licitações clara e expressamente impõem à Administração Pública contratante o poder-dever de fiscalizar o cabal e oportuno cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo contratado que foi o selecionado no procedimento licitatório – entre elas, evidentemente, as que decorrem da observância das normas trabalhistas, em relação aos seus empregados que prestarem serviços, como terceirizados, ao ente público:

“Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

(...)

III – fiscalizar-lhes a execução;

(...)”.

“Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

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.”

Por sua vez, o artigo 77 desta Lei nº 8.666/93 prevê que “a inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou regulamento”. O artigo 78 da citada lei, de sua parte, prevê como motivo para a rescisão contratual “o não cumprimento ou o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos, assim como o cometimento reiterado de faltas na sua execução e o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução” – o que, evidentemente, é aplicável à hipótese do inadimplemento de obrigações trabalhistas para com os trabalhadores terceirizados pelo empregador contratado pelo ente público.

Como se não bastassem esses claros preceitos da própria Lei nº 8.666/93, que devem ser interpretados e aplicados de forma conjunta e sistemática com o artigo 71, § 1º, da mesma norma, a matéria foi expressamente regulamentada no âmbito da Administração Pública Federal pela Instrução Normativa (IN) nº 2, de 30/4/2008, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), alterada pela Instrução Normativa (IN) nº 3/2009, do mesmo Ministério.

A esse respeito, pronuncia-se com acerto o Procurador do Trabalho Helder Santos Amorim, demonstrando que normas regulamentadoras federais também servem de parâmetro para o dever de fiscalização dos entes públicos das demais esferas da Federação, nos seguintes termos:

“Enquanto a Lei de Licitações traça regras gerais sobre o dever de fiscalização contratual, a IN nº 2/2008 do MPOG interpreta e especifica estas regras, instituindo um padrão fiscalizatório comprometido com a eficiência das técnicas de controle e com a efetividade dos direitos fiscalizados,(...), levando em consideração a realidade do gerenciamento contratual, os riscos decorrentes das práticas contratuais e os direitos e deveres da Administração Pública perante os administrados e perante os terceiros interessados, tais como os trabalhadores terceirizados.

Isto porque a procedimentalização da fiscalização no âmbito dos contratos de terceirização não constitui matéria própria para disciplina legislativa, sendo tema reservado às normas regulamentadoras.

Este padrão fiscalizatório federal vincula a Administração Pública em todos os âmbitos federativos, por força do princípio da predominância do interesse, tendo em conta que, sendo privativa da União a competência para legislar sobre normas de licitações e contratos, aos estados e municípios incumbe complementar esta legislação com respeito às diretrizes nacionais.

Nessa linha de princípio federativo, embora as regras de fiscalização previstas na IN nº 2/2008 do MPOG tenham incidência estrita à órbita da Administração Pública federal, suas diretrizes para uma fiscalização eficaz sobre os contratos



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

de terceirização em matéria trabalhista acabam por orientar os demais entes federativos na implementação de suas normas internas acerca da matéria, em face da legítima expectativa constitucional de uma Administração Pública comprometida com a higidez legal e com a eficiência dos mecanismos de controle da atividade administrativa (Constituição, art. 37)." (grifou-se – VIANA, DELGADO e AMORIM, op. cit, LTr 75-03/292-293).

Em linhas gerais, a citada IN nº 2/2008 do MPOG impõe à Administração Pública federal contratante o dever de fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas em relação a seus trabalhadores terceirizados, desde as fases de abertura e de desenvolvimento do procedimento licitatório e da celebração do resultante contrato administrativo, nos seguintes termos:

"a) desde a seleção da empresa no procedimento de licitação, na medida em que o Edital de Licitação já deverá prever que "a execução completa do contrato só acontecerá quando o contratado comprovar o pagamento de todas as obrigações trabalhista referente à mão de obra utilizada", nos casos de contratação de serviço continuado, com dedicação exclusiva de mão de obra (art. 19, inciso XVIII, da IN nº 2/2008), e que o contratado deverá apresentar garantia, com validade de três meses após o término da vigência contratual, com previsão expressa de que essa garantia somente será liberada diante da comprovação de que a empresa pagou todas as verbas rescisórias trabalhistas decorrentes da contratação, e de que essa garantia, caso esse pagamento não ocorra até o fim do segundo mês após o encerramento daquele contrato, será usada para o pagamento direto, pela Administração, dessas verbas trabalhistas aos trabalhadores terceirizados (inciso XIX da IN nº 2/2008 e art. 19-A, inciso IV, da mesma IN, acrescentado pela IN nº 3/2009);

b) no momento de julgamento das propostas da fase licitatória, a Administração deve verificar se os preços propostos pelas empresas licitantes são compatíveis com o custo dos encargos sociais trabalhistas, sob pena de desclassificação da proposta por inexecuibilidade (art. 44, § 3º, da Lei nº 8.666/93, regulamentado pelo art. 29, § 3º, da IN nº 2/2008);

c) por ocasião da elaboração e celebração do contrato administrativo com a empresa vencedora no certame licitatório, devendo esse contrato ser automaticamente vinculado a todas as condições de habilitação previstas no edital e a todas as condições contidas na proposta vencedora, especialmente os direitos trabalhistas dos empregados da empresa contratada, que compõem o preço dos serviços contratados, cabendo ao ente público contratante especificar, no contrato administrativo, a responsabilidade da empresa contratada de satisfazer os direitos dos seus próprios empregados, nos valores e patamares previstos na planilha de custos por ela apresentada; como lógica e automática consequência, caberá à Administração contratante



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

o dever de fiscalizar o cumprimento integral destas obrigações (conforme os já citados arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, e 66 da Lei nº 8.666/93).”

Também aqui é acertada a conclusão de Helder Santos Amorim, à luz dessas premissas:

“Em face desta vinculação, exsurge que a execução contratual, no modelo da Lei nº 8.666/93, vai além do cumprimento de seu estrito objeto, para abranger todos os aspectos que constituam premissa à satisfação deste objeto contratual, tal como o cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa contratada (cujos custos integram o preço do serviço), sob pena de violação direta da proposta vencedora, das condições de habilitação e, portanto, do próprio contrato administrativo”.

Regulamentando o já citado artigo 67, *caput* e seu § 1º, da Lei nº 8.666/93, o artigo 34 da IN nº 2/2008 do MPOG determina que, na fiscalização do “cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais nas contratações continuadas com dedicação exclusiva dos trabalhadores da contratada” seja exigida a comprovação de: a) regularidade para com o INSS e FGTS; b) pagamento de salários no prazo previsto em lei, referente ao mês anterior; c) fornecimento de vale-transporte e auxílio-alimentação, quando cabível; d) pagamento do 13º salário; e) concessão de férias e correspondente pagamento do adicional; f) realização de exames admissionais, demissionais e periódicos, quando for o caso; g) fornecimento de cursos de treinamento e reciclagem exigidos por lei; h) cumprimento das obrigações contidas em convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa em dissídio coletivo de trabalho, e de cumprimento de todas as demais obrigações estabelecidas na legislação laboral em relação aos empregados vinculados ao contrato administrativo.

Para assegurar a efetividade dessa fiscalização pelo ente público contratante, o artigo 36 desta Instrução Normativa determina que a Administração, no ato do pagamento da prestação mensal do serviço, exija da empresa a comprovação do pagamento de todas as suas obrigações trabalhistas relativas à fatura anterior, sob pena de retenção do valor da fatura para pagamento direto aos trabalhadores, por sua vez autorizado pelo artigo 19-A da IN nº 2/2008 (acrescentado pela IN nº 3/2009), que permite que o ente público, mediante previsão constante do edital licitatório e do contrato administrativo, receba autorização prévia do contratado para promover ordinariamente o provisionamento e a retenção de valores relativos ao preço do contrato para esse pagamento direto, relativo a férias, gratificação natalina, verbas rescisórias e depósitos de FGTS dos empregados terceirizados (sendo de se mencionar que a Resolução nº 98/2009 do Conselho Nacional de Justiça traz previsão idêntica em relação aos contratos de prestação de serviços terceirizados de forma contínua celebrados no âmbito do Poder Judiciário), bem como efetue descontos nas faturas e realize



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

o pagamento direto de quaisquer direitos trabalhistas que vierem a ser insatisfeitos pelo contratado.

Por sua vez, o parágrafo único do artigo 31 da IN nº 2/2008 estabelece que a fiscalização contratual dos serviços continuados pelo ente público contratante deverá seguir o disposto no anexo IV da citada instrução normativa, o qual, de sua parte, institui um "Guia de Fiscalização dos Contratos de Terceirização", que esquematiza e detalha a fiscalização do cumprimento desses direitos trabalhistas em quatro momentos distintos:

"a) a fiscalização inicial (momento em que a terceirização é iniciada), quando deve ser elaborada uma planilha com discriminação de todos os empregados terceirizados que prestam serviços ao ente público contratante, com a conferência de todas as anotações em suas CTPSs e a verificação dos valores dos salários a eles pagos, para que não sejam inferiores aos previstos no contrato administrativo e nas normas coletivas de trabalho a eles aplicáveis, bem como da existência de obrigações trabalhistas adicionais, estabelecidas em normas coletivas de trabalho, e de condições de trabalho insalubres ou perigosas;

b) a fiscalização mensal (feita antes do pagamento da fatura), que implica a elaboração de uma planilha mensal com indicação de todos os empregados terceirizados, a função exercida, os dias efetivamente trabalhados e eventuais horas extras prestadas, férias, licenças, faltas e ocorrências, na exigência de que a empresa contratada apresente cópias das folhas de ponto dos empregados, por ponto eletrônico ou por meio que não seja padronizado (nos termos da Súmula nº 338 do TST), devendo haver glosa da fatura, em caso de faltas ou de horas trabalhadas a menor; na mesma ocasião mensal, deverá ser exigida a apresentação, pelo contratado, dos comprovantes de pagamento dos salários, vales-transporte e, se houver, auxílio-alimentação dos empregados, efetuando-se a retenção e o depósito do FGTS dos trabalhadores terceirizados, caso tenha havido prévia autorização da empresa contratada, nos termos do edital e do contrato administrativo, ou exigindo-se, alternativamente, a comprovação do recolhimento do FGTS, INSS e demais encargos sociais;

c) a fiscalização diária, por meio da conferência, a cada dia, de quais empregados terceirizados estão prestando serviços, em quais funções e se esses estão cumprindo rigorosamente a jornada de trabalho, prevendo-se uma rotina para autorização de realização de horas extras por terceirizados;

d) a fiscalização especial, que implica a análise da data-base da categoria dos empregados terceirizados, prevista na norma coletiva de trabalho a eles aplicável, para verificar o dia e o percentual nela previstos, bem como no controle das férias e licenças desses empregados e de suas eventuais estabilidades provisórias."



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

Por fim, para não deixar mais nenhuma dúvida sobre constituir o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo contratado, em relação a seus próprios empregados terceirizados para a Administração Pública, uma grave infração do contrato administrativo de prestação de serviços e ser a rigorosa fiscalização de seu cumprimento um dever essencial do ente público contratante, os artigos 34, § 4º, e 34-A da IN nº 2/2008 impõem, de forma obrigatória, a rescisão unilateral do contrato de prestação de serviços, por iniciativa do ente público contratante, caso tenha sido por este constatado o descumprimento dos direitos trabalhistas pela empresa contratada e não tenha havido a regularização imediata da situação no prazo oferecido pela Administração:

“Art. 34-A. O descumprimento das obrigações trabalhistas ou a não manutenção das condições de habilitação pelo contratado deverá dar ensejo à rescisão contratual, sem prejuízo das demais sanções, sendo vedada a retenção de pagamento se o contratado não incorrer em qualquer inexecução do serviço ou não o tiver prestado a contento.

Parágrafo único. A Administração poderá conceder um prazo para que a contratada regularize suas obrigações trabalhistas ou suas condições de habilitação, sob pena de rescisão contratual, quando não identificar má-fé ou a incapacidade da empresa de corrigir a situação”.

É preciso lembrar, ainda, que o princípio da legalidade administrativa impõe ao ente público contratante de mão de obra terceirizada para lhe prestar serviços de natureza contínua a sua completa e rigorosa observância, não lhe sendo dado, discricionariamente, decidir se e quando irá fazê-lo, de acordo com critérios de conveniência e de oportunidade manifestamente inaplicáveis nessas situações.

Desse conjunto de normas legais e regulamentares aqui longamente exposto, ao invés, resulta a inarredável conclusão de que, uma vez tenha sido constatado e comprovado, em determinada ação trabalhista movida pelo trabalhador terceirizado contra seu empregador e contra o ente público que contratou este último, o inadimplemento das obrigações trabalhistas decorrentes daquele contrato administrativo pelo empregador contratado, à Administração Pública contratante caberá, com exclusividade, para evitar que sua conduta seja considerada omissa e ilícita, nos termos e para os efeitos dos artigos 186 e 927, *caput*, do Código Civil, alegar e comprovar, cabalmente, no curso da instrução processual, que praticou todos esses atos administrativos detalhadamente estabelecidos nos apontados preceitos da Lei nº 8.666/93 e na Instrução Normativa nº 2/2008, alterada pela Instrução Normativa nº 3/2009, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), no sentido de fiscalizar, no curso e no encerramento daquele contrato administrativo, a plena observância dos direitos trabalhistas do correspondente reclamante e de que, uma vez constatado o seu inadimplemento, tomou todas as medidas e as providências legalmente



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

previstas para prevenir ou ressarcir o trabalhador terceirizado vítima daqueles atos ilícitos.

Ressalta-se ser exclusivamente do ente público contratante o ônus de alegar e de demonstrar, completamente, em cada processo trabalhista, que tomou todas as medidas e praticou todos os atos previstos na Lei de Licitações e nas suas normas regulamentadoras para evitar o inadimplemento das obrigações trabalhistas dele objeto, para assegurar a sua quitação por meio dos mecanismos necessariamente previstos no contrato administrativo correspondente (pelo uso da garantia patrimonial oferecida pelo contratado e pela retenção dos valores a ele devidos, para pagamento direto aos trabalhadores terceirizados de seus direitos trabalhistas) e para sancionar, na forma também nelas prevista, aquele empregador inadimplente – afinal, trata-se, aqui, de fato impeditivo da pretensão do autor de que a Administração Pública seja condenada a responder, ainda que subsidiariamente, pelo pagamento daqueles direitos trabalhistas, nos termos dos artigos 373, inciso II, do CPC/2015 e 818 da CLT.

Ademais, também por direta aplicação do princípio da aptidão para a prova, decisivo para estabelecer para qual parte, em determinado litígio judicial, deverá ser atribuído o *onus probandi* do fato controvertido, não pode haver nenhuma dúvida de que esse encargo, em casos como este, só pode mesmo recair sobre a Administração Pública demandada, que terá que demonstrar haver praticado todos os atos administrativos de fiscalização do adimplemento, pelo empregador, de suas obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados.

Do contrário, a única alternativa para esse entendimento seria atribuir a cada trabalhador terceirizado, autor de sua demanda trabalhista, o pesado e praticamente impossível encargo de demonstrar que o ente público para o qual prestou serviços não praticou os atos fiscalizatórios a que estava obrigado por lei – prova negativa e de natureza verdadeiramente “diabólica”, de produção praticamente impossível pela parte hipossuficiente. À falta dessa demonstração de que esses atos de fiscalização foram mesmo praticados, como era dever legal do ente público contratante, só se poderá concluir que este, por omissão voluntária, violou os direitos daqueles empregados terceirizados pelo contratado e lhes causou dano, pelo qual deve responder civilmente (ainda que de forma subsidiária), nesta Justiça do Trabalho, por sua manifesta culpa *in vigilando*.

Ao assim se decidir, é preciso advertir, com todas as letras, que não se estará responsabilizando a Administração Pública contratante dos serviços terceirizados pelo mero inadimplemento das obrigações trabalhistas devidas por aquele que com ela celebrou contrato administrativo de prestação de serviços contínuos, nem, muito menos, negando-se vigência ao artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 (o que ficou expressamente vedado pela decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na citada Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 16-DF).

Tudo o até aqui afirmado, aliás, foi consagrado pelo Pleno do Tribunal Superior do Trabalho ao revisar sua Súmula nº 331, em sessão extraordinária



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

realizada em 24/5/2011 (decisão publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 27/5/2011, fls. 14 e 15), atribuindo nova redação ao seu item IV e inserindo-lhe o novo item V, nos seguintes e expressivos termos:

“SÚMULA Nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

(...)

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos 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 nº 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.**” (destacou-se)

Diante da já reconhecida constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a Administração Pública insistiu na defesa de que a única interpretação viável à decisão proferida pela Suprema Corte no julgamento da ADC nº 16 seria a total exclusão da responsabilidade do poder público contratante, independente de qualquer modalidade de culpa, ao contrário do que pacificou o Tribunal Superior do Trabalho no item V da Súmula nº 331.

Manejou, então, o recurso extraordinário RE nº 760.931-DF, eleito como processo representativo da controvérsia no Tema nº 246 de Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal, contra acórdão da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, da lavra deste Relator (Processo nº TST-AIRR-100700-72.2008.5.02.0373), em que se manteve a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, tomadora de serviços terceirizados, pelo inadimplemento das verbas trabalhistas em razão de sua culpa *in vigilando*, caracterizada pela omissão em fiscalizar adequadamente o contrato de prestação de serviços.

Por maioria de votos (vencidos os Ministros Rosa Weber, Relatora original, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Roberto Barroso e Edson Fachin) e nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, Redator do acórdão, fixou-se a seguinte tese de repercussão geral: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”.

Provocada a se manifestar sobre o encargo probatório relacionado à efetiva fiscalização da contratação terceirizada, a Corte Suprema, por maioria de votos, entendeu de que não se poderia enfrentar, em embargos de declaração, questões não definidas no julgamento do recurso principal, já que



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

o Supremo Tribunal Federal, ao fixar a tese de repercussão geral, optou por uma redação “minimalista”.

O Ministro Edson Fachin, redator então designado, ao rejeitar os embargos de declaração, limitou-se a reafirmar que “a responsabilidade não é automática, conforme preconizou o legislador infraconstitucional, no artigo 71, § 1º, da Lei de Licitações, mas não pode o poder público dela eximir-se quando não cumpriu o seu dever de primar pela legalidade estrita na escolha ou fiscalização da empresa prestadora de serviços”. (RE 760931-DF ED Relator: Min. Luiz Fux. Relator p/acórdão: Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno. DJe-194 DIVULG 05-09-2019 PUBLIC 06-09-2019).

Prevaleceu, então, na Corte Suprema, o entendimento de que a responsabilidade da Administração Pública não é automática, mas continua sendo cabível, entretanto, se evidenciada a sua conduta culposa no dever legal de fiscalizar, corroborando-se, assim, o que já firmado no julgamento da ADC 16.

Na hipótese dos autos, o Tribunal Regional expressamente consignou, no acórdão recorrido:

“(…) dos elementos dos autos verifica—se que restou comprovada a ausência de efetiva fiscalização por parte da Administração Pública, pois sequer cuidou de apresentar os documentos fiscalizatórios em face da primeira ré no sentido de cumprimento da norma coletiva da categoria com o pagamento do adicional de insalubridade aos substituídos, conforme fundamentação já expendida no tópico “ADICIONAL DE INSALUBRIDADE”.

Ainda, tem—se do contrato de prestação de serviço firmado entre a primeira ré e o segundo reclamado a existência de garantia de execução contratual oferecida pela contratada, modalidade Seguro Garantia, nos termos da cláusula oitava (ID. f45b899 — Pág. 6)

Dessa forma, tendo a Administração Pública se beneficiado da prestação de serviços da parte autora **e constatada a omissão no dever de fiscalização, incorreu em culpa in vigilando,** sendo responsável subsidiária na satisfação do crédito trabalhista do hipossuficiente, diante da inadimplência do empregador” (pág. 1.150).

Despicienda a discussão sobre a quem cabe o ônus da prova, isso porque o Tribunal de origem, com fundamento no contexto fático-probatório examinado, expressamente consignou ter havido culpa do ente público, o que é suficiente para a manutenção da decisão em que foi condenado a responder, de forma subsidiária, pela satisfação das verbas e dos demais direitos objeto da condenação.

Acrescenta-se que o Tribunal Regional de Origem entendeu que o ônus de demonstrar as medidas fiscalizatórias empreendidas na contratação terceirizada é da Administração Pública, e desse ônus ela não se desincumbiu. Diante do quadro narrado no acórdão recorrido, em que se reconheceu ausência ou falha no dever de fiscalizar, com culpa omissiva da Administração Pública, cumpre reiterar que qualquer entendimento contrário àquele sustentado pelo Regional implicaria, inevitavelmente, o reexame dos fatos e dos elementos de prova produzidos e já valorados pelas instâncias ordinárias,



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

o que é vedado a esta esfera recursal de natureza extraordinária, conforme preconizam as Súmulas nºs 279 do STF e 126 do TST.

Tratando-se o Tribunal Superior do Trabalho de instância recursal extraordinária, a ele não compete o reexame do acervo fático-probatório dos autos, mas tão somente, sempre a partir do contorno fático expressamente delineado na decisão regional recorrida, o debate da questão jurídica ali controvertida e prequestionada. É o que se extrai dos entendimentos consubstanciados nas Súmulas nºs 126 e 297 desta Corte, do artigo 896, *caput*, da CLT e de sua própria natureza de Corte de Precedentes, conforme pode ser inferido do artigo 896-C da CLT.

Nesse contexto, em análise de recurso de revista ou de recurso de embargos no âmbito desta Corte, em casos envolvendo a responsabilização subsidiária de ente público, para aplicar o precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, *a priori* e em regra, quanto ao aspecto fático da questão, este Tribunal limita-se a aferir se, no acórdão regional, foi consignada, de forma expressa, a existência ou não de conduta culposa do tomador de serviços.

Expressamente declarada a culpa *in vigilando* a partir do contexto fático examinado e delimitado pelo Tribunal Regional do Trabalho, para que esta Corte superior possa concluir de forma diversa, necessário seria o reexame da valoração de fatos e de provas do processo feita pelas esferas ordinárias, o que é absolutamente vedado a esta instância recursal de natureza extraordinária, nos termos da Súmula nº 126 do Tribunal Superior do Trabalho.

Ressalta-se que o entendimento extraído do julgado do Supremo Tribunal Federal é de que somente a demonstração de um comportamento culposos permitiria a responsabilização da Administração Pública, havendo a necessidade de prova cabal do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública e o dano sofrido pelo trabalhador, o que ocorreu no caso dos autos, considerando a afirmação da Corte *a quo* de que, "*dos elementos dos autos verifica-se que restou comprovada a ausência de efetiva fiscalização por parte da Administração Pública, pois sequer cuidou de apresentar os documentos fiscalizatórios em face da primeira ré no sentido de cumprimento da norma coletiva da categoria com o pagamento do adicional de insalubridade aos substituídos*" (pág. 1.150).

Não houve, portanto, transferência automática de responsabilidade à Administração Pública em decorrência do mero inadimplemento da empresa contratada, nem, tampouco, responsabilização objetiva, e, sim, responsabilização em razão da premissa, expressamente declarada no âmbito do Regional, de que não houve fiscalização por parte do ente público, que detinha essa obrigação legal.

Nesse contexto, não prosperam as alegações de violação do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 e tampouco de contrariedade à Súmula nº 331 do TST e às decisões proferidas pelo STF na ADC nº 16-DF e no RE nº 760.931-DF.

Esclarece-se, ainda, que não existiu desrespeito à decisão do STF, na medida em que não se declarou a inconstitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

8.666/93, mas o alcance desse dispositivo foi sopesado em face de outras normas também aplicáveis à hipótese.

Por estar a decisão do Regional em consonância com a notória, reiterada e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, esgotada se encontra a função uniformizadora desta Corte, que afasta a possibilidade de eventual divergência jurisprudencial, nos termos da Súmula nº 333 do TST e do § 7º do artigo 896 da CLT.

Na minuta de agravo de instrumento, o ente público se insurge contra a condenação ao pagamento de **adicional de insalubridade** aos substituídos, ao argumento de que a cláusula da norma coletiva que instituiu seu pagamento é nula, uma vez que o fez "irrestritamente à categoria de Auxiliar de Serviços Gerais de limpeza predial ("haverá indenização pecuniária através do pagamento do adicional de insalubridade pelo percentual de 20% a TODOS os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial"), dispensando, de modo indevido, a realização de perícia para a constatação das reais condições de trabalho" (pág. 1.275).

Aponta violação dos artigos 5º inciso II, 7º, incisos XXI e XXIII, 22, 37, *caput*, da Constituição Federal, 155, 156, 189, 190, 195 e 611-b da CLT, contrariedade à Súmula nº 448 do TST e à Orientação Jurisprudencial nº 278 da SbDI-1 do TST. Ao exame.

O Regional assim fundamentou sua decisão:

"ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Na peça de ingresso, noticiou o ente sindical:

Os substituídos foram admitidos pela 1ª Reclamada em datas diversas, para exercerem a função de auxiliar de serviços gerais no contrato de prestação de serviços celebrado entre as Reclamadas, localizada no Arquivo Público do Estado do Espírito Santo, realizando a limpeza predial das dependências da 2ª Reclamada, com salário mensal no valor de R\$ 1.105,66.

Com fundamento no Artigo 7º da CF, a partir de norma resultante de processo de negociação Coletiva, os sindicatos patronal e laboral pactuaram na Cláusula 10ª, § 1º, da CCT, benefício consistente no pagamento de adicional de insalubridade de 20% para os trabalhadores que exercem a função de auxiliar de serviços gerais, a partir de 01/01/2016, calculado sobre o piso categoria.

(...)

Ocorre que, a 1ª Reclamada não realizou o pagamento do adicional de insalubridade no percentual de 20% para os substituídos que prestam/prestaram serviços nas dependências do 2ª Reclamado, desde o início do contrato celebrado entre as Reclamadas.

Com tais argumentos, requereu:

Dessa forma, requer a condenação das Reclamadas no pagamento do adicional de insalubridade em grau de 20% (vinte por cento) para todos os auxiliares de serviços que tenham laborado ou laboram nas dependências do 2ª Reclamado, localizada no Arquivo Público do Estado do Espírito Santo, em razão do contrato de prestação de serviços terceirizado celebrado entre as Reclamadas, em parcelas vencidas e vincendas, com reflexos do adicional de insalubridade em 130 salários, férias com acréscimo de 1/3, adicional noturno e FGTS, reflexos do adicional



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

deferido em aviso-prévio e adicional de 40% sobre o FGTS, conforme disposto na referida Cláusula da Norma Coletiva;

O pedido foi deferido, com esteio nos seguintes fundamentos:

DO MÉRITO

Nestes autos, discute-se apenas a questão de adicional de insalubridade previsto em norma coletiva para auxiliares de serviços gerais.

Alterando entendimento anteriormente externado, considero que os atores coletivos têm possibilidade de prever o pagamento do adicional em comento mesmo sem apresentação de laudo pericial, diante do princípio da adequação setorial negociada.

As normas coletivas juntadas com a inicial preveem que desde 01/01/2016 auxiliares de serviços gerais de limpeza tem direito à adicional de insalubridade de 20%, sobre o piso da categoria.

Do exposto, julga-se procedente o pedido de adicional de insalubridade de 20% sobre o piso da categoria em favor de todos os substituídos que exercem a função de auxiliar de serviços gerais.

Considerando-se que a própria norma coletiva que cria o direito ao benefício mesmo sem laudo pericial estabelece que para os contratos em curso a natureza será indenizatória, julga-se improcedente o pedido de reflexos em outros títulos.

Não se conforma o segundo reclamado, que recorre.

Sustenta que "a concessão de adicional de insalubridade sem a observância dos requisitos legais representa supressão de "norma de saúde, higiene e segurança do trabalho", contidas no artigo 195 da CLT e no Anexo XIV da Norma Regulamentadora - NR 15 do Ministério do Trabalho, conflitando com o regramento do artigo 611-B, XVII, da CLT", não podendo simples norma coletiva "legitimar a possibilidade de criação do direito ao adicional de insalubridade sem amparo em laudo técnico".

Entende que "não há espaço jurídico para que Sindicatos estabeleçam norma convencional inerente à medicina e segurança do trabalho contendo a caracterização e classificação de insalubridade fora das hipóteses contidas nas normas do Ministério do Trabalho".

Assim, aduz que "não pode a norma coletiva simplesmente instituir adicional irrestrito e incondicionado a uma categoria inteira, independentemente do local da prestação dos serviços, dispensando a realização de prova técnico-pericial e a prévia regulamentação dos agentes insalubres pelo órgão estatal competente".

Pela eventualidade, pleiteia que a base de cálculo do adicional de insalubridade seja o salário mínimo.

Analiso.

A Convenção Coletiva e os Acordos Coletivos de Trabalho caracterizam-se pela sua normatividade complementar às regras estabelecidas nos Tratados e Convenções Internacionais, normas e preceitos da Constituição Federal e nas leis complementares e ordinárias. Tal ocorre porque é impossível prever toda a gama de eventos e circunstâncias que surgem no curso das relações laborais.

Assim, os grandes textos normativos estabelecem um patamar mínimo de direitos sobre o qual às partes, em negociação coletiva, facultam-se, dentro da



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

concepção de progressividade do direito (art. 7º, 'caput', da Constituição Federal brasileira), estabelecer outros mais.

Desta forma, não há falar em invalidade da cláusula décima da norma coletiva que instituiu o pagamento de adicional de insalubridade de 20% indistintamente o para todos os Auxiliares de Serviços Gerais. Ademais, como já dito, a Constituição Federal confere especial relevância aos acordos e convenções coletivas de trabalho, conforme se verifica em seu art. 7º, XXVI, que assegura o "*reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho*", as quais são, inegavelmente, fonte formal do direito do trabalho.

Dito isto, bem julgou o juízo primevo ao deferir o pagamento de adicional de insalubridade aos substituídos que foram contratados pela primeira ré como Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial, sendo dispensada a produção, no caso em comento, de prova pericial a fim de apurar a insalubridade alegada, tendo em vista o expreso reconhecimento em cláusula normativa da Convenção Coletiva de Trabalho, que estabeleceu que o adicional de insalubridade é devido aos empregados que desempenham as suas funções nos mesmos moldes em que os substituídos laboraram, *verbis*:

CLÁUSULA DÉCIMA - PAGAMENTO DA INSALUBRIDADE

Fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção Coletiva de Trabalho 2017/2018, continuarão a realizar o pagamento do adicional de insalubridade, em grau máximo, ou seja, no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre o piso da categoria, já previsto nas CCTs de 2015/2016, sendo que a partir do dia 01 de Maio de 2017 o benefício será calculado com base no piso mínimo da categoria que é de R\$ 1.031,82 (Um Mil Trinta e Um Reais e Oitenta e Dois Centavos), respeitando a jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais banheirista que realizam a limpeza de banheiros públicos de uso coletivo ou de grande circulação igual ou superior a 40 (quarenta) pessoas. O pagamento do adicional aqui previsto será pago enquanto perdurar a eficácia da súmula 448 do TST.

Parágrafo 1º - Especificamente na questão de efeitos pretéritos em contratos comerciais de prestação de serviços não mais existentes, bem como nos contratos ativos, como contrapartida haverá **indenização pecuniária através do pagamento do adicional de insalubridade pelo percentual de 20% (vinte por cento)**, a todos os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial de contratos comerciais públicos e privados, sendo pago da seguinte maneira: fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção, continuarão a realizar o pagamento do adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre o piso da categoria, já previsto nas CCTs de 2015/2016, sendo que a partir do dia 01 de Maio de 2017 o benefício será calculado com base no piso mínimo da categoria que é de R\$ 1.031,82 (Um Mil Trinta e Um Reais e Oitenta e Dois Centavos), respeitando a jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial, exceto os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial já enquadrados no caput desta cláusula.



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

Parágrafo 2º - Fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção Coletiva de Trabalho 2017/2018, continuarão a realizar o pagamento do adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre o piso da categoria, já previsto nas CCTs de 2015/2016, sendo que a partir do dia 01 de Maio de 2017 o benefício será calculado com base no piso mínimo da categoria que é de R\$ 1.031,82 (Um Mil Trinta e Um Reais e Oitenta e Dois Centavos), respeitando a jornada laborada, para a função de Merendeira.

Parágrafo 3º - Entende-se por limpeza predial, a limpeza realizada em escolas, comércios, shopping Center, aeroportos, portos, rodoviárias, bancos e imóveis em geral, públicos e privados, tanto na área geral como na área industrial.

Parágrafo 4º - Com a assinatura do presente, as partes se comprometem a informarem, nos autos das ações trabalhistas coletivas, ficando ressalvadas eventuais ações trabalhistas individuais em curso, que versem sobre o adicional de insalubridade de que trata o caput desta cláusula. Negritei Assim, o contexto probatório constante nos autos não socorre a tese patronal, eis que não há comprovação do cumprimento da cláusula 10ª da CCT da categoria, ou seja, demonstração do pagamento do adicional de insalubridade médio aos empregados da primeira reclamada que exerciam a função de Auxiliar de Serviços Gerais.

Neste sentido, é o parecer do ilustre representante do Ministério Público, o qual peço vênha para adotar para que façam parte das minhas razões de decidir:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE PREVISTO EM NORMA COLETIVA - CARÁTER INDENIZATÓRIO - DESNECESSIDADE DE PERÍCIA - NÃO PROVIMENTO DO APELO.

Sem razão o ente público.

Revido posicionamento manifestado anteriormente, e sobretudo porque a CLT agora contempla a possibilidade de que normas coletivas disponham sobre a concessão de adicional de insalubridade, passo a desconsiderar obrigatória a realização de perícia, quando cumpridos os requisitos previstos no instrumento coletivo:

Nesse sentido, matéria análoga:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. NORMA COLETIVA. 1. O TRT consignou que "as normas coletivas aplicáveis" dispõem "que ' o adicional de insalubridade, independentemente de verificação pericial, será pago na forma da Portaria 3.214/78 - NR 15 Anexo 14". Asseverou que, "ante o teor da cláusula acima transcrita, inexistente a necessidade de perícia médica para apurar a presença de agentes nocivos à saúde". Entendeu, contudo, que "isso não é condição exclusiva para o pagamento do adicional ora postulado, porquanto na mesma cláusula consta que as condições de trabalho deverão ocorrer na forma da NR- 15, anexo 14, da Portaria 3.214/78", a qual "dispõe que serão consideradas atividades insalubres, em grau médio, o ' Trabalho e operações em contato permanente com pacientes, animais ou com material infecto contagiante' ". Assim, tendo em vista "que o autor confessou que não havia contato constante com agentes insalubres, mas apenas de forma eventual", concluiu "não fazer jus ao referido adicional enquanto médico supervisor". 2. A teor do acórdão regional, a norma coletiva que dispõe sobre o pagamento do adicional de insalubridade, embora afaste a



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

necessidade de realização de perícia, não dispensa o enquadramento no anexo 14 da NR 15 da Portaria nº 3.214/78 do MTE, que classifica como insalubre apenas o trabalho em contato permanente com os agentes insalubres. 3. Assim, confessado pelo reclamante o contato apenas eventual, a conclusão regional pela ausência de direito ao adicional em questão, ao revés de contrariar, prestigia a norma coletiva, não havendo falar em ofensa ao art. 7º, XXVI, da Lei Maior.. Recurso de revista não conhecido. (RR - 1041100-22.2006.5.09.0004 , Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 16/09/2015, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/09/2015).

Assim, considerando-se que não há controvérsia nos autos acerca das funções exercidas pelo reclamante, a de auxiliar de serviços gerais, aos quais deferiu-se o pleito formulado pelo sindicato, não há ilegalidade a ser reconhecida, devendo prevalecer a condenação imposta aos reclamados.

Pelo não provimento do apelo.

Desta feita, havendo expressa previsão em norma coletiva de pagamento a todos os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial, devido o pagamento do adicional de insalubridade, como determinado em sentença, verba cuja base de cálculo é o piso da categoria, tal como prevê a convenção coletiva da categoria.

Nego provimento, portanto” (págs. 1.141-1.144 – grifou-se).

No caso, o Tribunal Regional manteve a condenação dos reclamados ao pagamento de adicional de insalubridade ao substituídos que ocupavam a função de auxiliar de serviços gerais, tendo em vista cláusula de convenção coletiva em que se previu o pagamento da referida verba, no percentual de 20%, a esses funcionários.

Registrou a Corte *a quo* que “bem julgou o juízo primevo ao deferir o pagamento de adicional de insalubridade aos substituídos que foram contratados pela primeira ré como Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial, sendo dispensada a produção, no caso em comento, de prova pericial a fim de apurar a insalubridade alegada, tendo em vista o expresse reconhecimento em clausula normativa da Convenção Coletiva de Trabalho, que estabeleceu que o adicional de insalubridade é devido aos empregados que desempenham as suas funções nos mesmos moldes em que os substituídos laboraram” (pág. 1.142).

Discute-se, portanto, a desnecessidade do laudo pericial quando o adicional de insalubridade é deferido em norma coletiva da categoria.

Segundo o *caput* do artigo 195 da CLT, em regra, à caracterização da insalubridade e da periculosidade é imprescindível laudo técnico pericial, podendo o juiz determinar sua produção de ofício.

Entretanto, na hipótese dos autos, a norma coletiva prevê expressamente que o adicional de 20% é devido a todos os auxiliares de serviços gerais de limpeza.

Assim, entende-se que, por intermédio da negociação coletiva em questão, a própria empresa reconheceu a insalubridade nas atividades dos seus empregados, motivo pelo qual a decisão que deferiu à autora a referida parcela apenas deu cumprimento à previsão normativa, nos moldes do que



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

prevê o artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal, o qual determina o "reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho".

No mesmo sentido, citam-se os seguintes precedentes:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA . RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014 . CERCEAMENTO DE DEFESA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. NÃO ARGUIÇÃO EM RAZÕES FINAIS. PRECLUSÃO. INOCORRÊNCIA. AÇÃO DE CUMPRIMENTO. VERBA PREVISTA EM NORMA CONVENCIONAL. DESNECESSIDADE DA PROVA. A Corte regional afastou a alegada nulidade por cerceamento de defesa, com base em duplo fundamento. Inicialmente, apontou-se a ocorrência de preclusão do tema ante a não arguição de nulidade e sua não renovação em razões finais. Ainda, pautou-se na desnecessidade da produção da prova pericial requerida pela reclamada, tendo em vista que se trata de ação de cumprimento, em que o pedido e a causa de pedir formulados pelo sindicato reclamante possuem como fundamento a previsão contida em norma convencional, sendo que esta "independe de comprovação de insalubridade, pois teria sido objeto de negociação para pagamento genérico a todos os substituídos" . Discute-se, inicialmente, se a ausência de renovação, nas razões finais, de protesto realizado em audiência contra o indeferimento de perícia, acarreta a preclusão quanto à alegação da parte de ter havido cerceamento do seu direito de defesa. Nos termos do artigo 795 da CLT, "as nulidades não serão declaradas senão mediante provocação das partes, as quais deverão argui-las à primeira vez em que tiverem de falar em audiência ou nos autos" . O aludido dispositivo determina apenas que a parte apresente sua insurgência na primeira oportunidade em que tiver de falar em audiência ou nos autos, não estabelecendo nenhuma exigência legal no sentido de que a insurgência, quando realizada em audiência, seja posteriormente ratificada em razões finais. Portanto, a ausência de renovação do protesto nas razões finais não configura preclusão do direito de a parte arguir a nulidade, na medida em que tal exigência não encontra respaldo legal. No caso, a reclamada, na própria audiência de instrução em que se indeferiu a produção de prova pericial, registrou o respectivo protesto. Assim, não há falar em preclusão, ante a insurgência da parte em momento oportuno, conforme se extrai do artigo 795 da CLT. Precedentes. Todavia, conquanto se afasta a tese da preclusão, no caso, não se verifica o alegado cerceamento de defesa, em razão da ausência de prova pericial específica nos autos. Isso porque , conforme já visto acima, o pleito formulado pelo sindicato autor na presente ação de cumprimento, diz respeito à previsão contida em norma coletiva, segundo a qual é devido o pagamento de adicional de insalubridade a todos os trabalhadores substituídos, independente da comprovação efetiva de labor em condições insalubres. Portanto, se a condenação ao pagamento do adicional de insalubridade decorreu de previsão expressa em norma convencional, não há falar em nulidade por cerceamento de defesa, estando incólumes os artigos 5º, LV, da Constituição Federal e 195 da CLT Agravo de instrumento



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

desprovido." (AIRR-115-78.2015.5.14.0002, 2ª Turma, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, DEJT 19/12/2016).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO . ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. PROVA PERICIAL. DESNECESSIDADE. NÃO PROVIMENTO. O entendimento desta Corte Superior firmou-se no sentido de que é despicienda a prova pericial para a caracterização da periculosidade quando há norma coletiva determinando o pagamento do adicional em questão . Precedentes. Agravo de instrumento a que se nega provimento" (AIRR-116200-07.2009.5.19.0007, 5ª Turma, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 01/07/2014).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - PREVISÃO EM NORMA COLETIVA - REALIZAÇÃO DE PERÍCIA - DESNECESSIDADE. Há entendimento nesta Corte Superior de que é desnecessária a realização de perícia quando a própria empresa reconhece, por intermédio de negociação coletiva, que os empregados ocupantes de determinados cargos fazem jus ao adicional de periculosidade, porque não há controvérsia a respeito da existência de trabalho realizado em condições perigosas. Nesse sentido é análoga a tese da Orientação Jurisprudencial nº 406 da SBDI-1 do TST. Agravo de instrumento não provido. (AIRR - 1359-62.2010.5.19.0007, Relatora Desembargadora Convocada: Maria das Graças Silvany Dourado Laranjeira, 2ª Turma, DEJT 19/04/2013).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. PERÍCIA. DESNECESSIDADE. 1. Desnecessária a verificação da periculosidade mediante perícia, nos termos do artigo 195 da Consolidação das Leis do Trabalho, quando constatada a existência de norma coletiva a impor o pagamento do adicional respectivo a todos os empregados exercentes da função desempenhada pelo reclamante (Assistente Controlador de Movimento). Hipótese em que irrefutável o reconhecimento, pela reclamada, do labor em condições de risco. 2. O argumento recursal no sentido de existir controvérsia na interpretação de cláusula inserta na norma coletiva somente se viabiliza se veiculado com fulcro no artigo 896, alínea b, da Consolidação das Leis do Trabalho. No caso em comento, a reclamada nem sequer colacionou arestos, razão pela qual resulta inviável o processamento do apelo. 3. Agravo de instrumento a que se nega provimento." (AIRR - 124200-87.2009.5.19.0009, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, DEJT 24/08/2012).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. DESNECESSIDADE DE PERÍCIA. No caso, o Regional consignou que a própria empresa reconheceu, voluntariamente, mediante Acordo Coletivo de Trabalho, que os empregados exercentes do cargo Assistente Operacional faziam jus ao adicional de periculosidade, caso do reclamante. Diante desse contexto, não configura cerceamento de defesa o indeferimento da realização de perícia para apuração da periculosidade, já que o pagamento do adicional respectivo se dá à luz do disposto no art. 7º, XXVI, da Constituição Federal. Inteligência da Orientação Jurisprudencial nº 406 da SDI-1/TST, a qual se invoca por analogia.



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

Agravo de instrumento conhecido e não provido." (AIRR - 1004-70.2010.5.19.0001, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT 29/06/2012).

Salienta-se, por fim, que a conduta da empresa de firmar a Convenção Coletiva e depois alegar sua invalidade, frente à Súmula do Tribunal Superior do Trabalho que determina a realização da prova pericial, demonstra nítido comportamento contraditório, que vai de encontro aos princípios do *venire contra factum* próprio e da boa-fé, preconizado, este último, no artigo 5º do Código de Processo Civil de 2015.

Nesse contexto, não há falar em violação dos artigos 7º, incisos XXI e XXIII, 22, 37, *caput*, da Constituição Federal, 155, 156, 189, 190, 195 e 611-b da CLT, tampouco em contrariedade às Súmulas nos 448 do Tribunal Superior do Trabalho e à Orientação Jurisprudencial nº 278 da SbDI-1 do TST.

Ademais, a decisão do Regional está em consonância com a iterativa e notória jurisprudência desta Corte superior, nos termos da Súmula nº 333, razão pela qual superada a divergência jurisprudencial suscitada.

Por fim, a invocação genérica de violação do artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, em regra e como ocorre neste caso, não é suficiente para autorizar o processamento do recurso de revista com base na previsão da alínea "c" do artigo 896 da CLT, na medida em que, para sua constatação, seria necessário concluir, previamente, ter havido ofensa a preceito infraconstitucional.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo de instrumento, com fundamento nos artigos 896, § 14, da CLT e 255, inciso III, alínea "b", do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho" (págs. 1.302-1.339).

Nas razões de agravo, o ente público alega que a decisão supra merece ser reformada.

Renova a arguição **preliminar de nulidade da decisão regional por negativa de prestação jurisdicional**, sob o argumento de que "não há se falar que o Estado não cuidou de transcrever regularmente os fundamentos da decisão recorrida em que se consubstancia o prequestionamento dos temas abordados no apelo, máxime quando se efetua a leitura da totalidade do v. acórdão regional" (pág. 1.355). Assim, "uma vez demonstrada a satisfação das exigências contidas no art. 896, § 1º-A, I, da CLT, merece trânsito a revista, sob pena de flagrante *error in procedendo*, e franca violação ao art. 5º, XXXV, LIV, LV, da CF" (pág. 1.355).

Em relação à **responsabilidade subsidiária** que lhe foi imposta, alega que, "o v. acórdão regional partiu de uma presunção da culpa in vigilando do Estado do Espírito Santo sob o pretexto da responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, aplicando aprioristicamente a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho" (pág. 1.356). Contudo, defende que "existe necessidade de comprovação e identificação expressa da inobservância do dever de acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos, não se podendo impor ao

Firmado por assinatura digital em 08/11/2023 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-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

Estado do Espírito Santo o dever de comprovar a fiscalização, pois importa em presunção de culpa” (pág. 1.356/1.357).

Assim, garante que, “partindo da premissa de que a responsabilidade da Administração é afastada expressamente pela lei (artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, declarado constitucional na ADC 16), não há como imputar culpa *in vigilando* do Ente Público a partir do mero inadimplemento, constituindo ônus do trabalhador comprovar fato constitutivo de seu direito. Tanto que se fala em comprovação de CULPA (pelo empregado), e não de FISCALIZAÇÃO (pela Administração Pública)” (págs. 1.359-1.360).

Requer, portanto, que esta Turma se manifeste sobre as matérias tratadas nos artigos 5º, incisos II e XLVI, 37, *caput*, incisos II, XXI e § 6º, 97, 102, § 2º, e 103-A da Constituição Federal.

Por fim, em relação ao **adicional de insalubridade**, alega que “não há espaço jurídico para que Sindicatos estabeleçam norma convencional inerente à medicina e segurança do trabalho contendo a caracterização e classificação de insalubridade fora das hipóteses contidas nas normas do Ministério do Trabalho”. Assim, “qualquer norma celetista que faculte aos sindicatos fixar ou inovar normas inerentes à saúde, higiene e segurança dos trabalhadores afronta diretamente a Constituição Federal, haja vista o teor do art. 7º, inciso XXII e XXIII, da CF c/c art. 22, inciso I” (pág. 1.370).

Argumenta que “a nulidade da Cláusula relativa ao adicional de insalubridade está exatamente em instituir um benefício cuja competência é exclusiva do Ministério do Trabalho, ou seja, enquadrar uma atividade como insalubre, haja vista que somente através do competente Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho é possível afirmar a existência de insalubridade” (pág. 1.374).

Assim, “em face da violação frontal e literal ao disposto no art. 7º, inciso XXII e XXIII, e art. 22, da Constituição Federal; nos arts. 155, 156, 189, 190, 195 e 611-B, da CLT; bem como contrariedade ao disposto na Súmula 448 do C. TST, pede que seja reformado o r. Acórdão para reconhecer a nulidade da obrigação instituída na Cláusula 10ª da CCT (relativa ao adicional de insalubridade) e, por conseguinte, afastar a responsabilidade subsidiária do Estado” (pág. 1.374).

Todavia, não merece provimento o agravo no que concerne aos temas impugnados, pois não desconstitui os fundamentos da decisão monocrática pela qual este Relator negou provimento ao agravo de instrumento com fundamento nos artigos 8966, § 14, da CLT e 255, inciso III, alínea "b", do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.

No que se refere à **preliminar de nulidade da decisão regional por negativa de prestação jurisdicional**, compulsando-se os autos, constata-se que,



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

de fato, na petição de recurso de revista o agravante deixou de transcrever o trecho referente ao acórdão do recurso principal, não satisfazendo, portanto, a exigência inscrita no inciso I do § 1º-A do art. 896 da CLT.

Com efeito, o recurso de revista foi interposto na vigência da Lei nº 13.015, de 2014, que alterou a redação do artigo 896 da CLT, acrescentando a esse dispositivo, entre outros, o § 1º-A, que, em seu inciso I, determina nova exigência de cunho formal para a interposição do recurso de revista, estatuidando:

"§ 1ºA. Sob pena de não conhecimento, é ônus da parte:

I - indicar o trecho da decisão recorrida que consubstancia o prequestionamento da controvérsia objeto do recurso de revista;"

Destaca-se que é imprescindivelmente necessária, para a compreensão e constatação da omissão alegada, também, a transcrição do trecho referente ao acórdão do recurso principal, a fim de que se possa proceder ao exercício da averiguação da ausência de tutela perpetrada no respectivo acórdão.

Extrai-se, da forma como foi editada a norma pertinente, que os requisitos processuais cuja satisfação é imposta no artigo 896, § 1º-A, da CLT, são cumulativos e, devem ser, sob pena de não conhecimento do recurso, individualmente observados na construção da petição do recurso de revista.

Note-se que a condição imposta no inciso I visa a determinar que a parte comprove o prequestionamento do tema por parte do Tribunal Regional, enquanto que a exigência imposta no inciso IV busca a propiciar a efetiva demonstração da omissão alegada pela parte.

Esclareça-se que o descumprimento do requisito processual da indicação do trecho de prequestionamento não configura "defeito formal que não se repute grave- passível de ser sanado ou desconsiderado nos termos do artigo 896, § 11, da CLT", uma vez que o dispositivo em questão não se aplica à convalidação de defeito insito ao conteúdo ou ao teor do recurso interposto e, levando-se em conta que a interposição de recurso não é considerada ato urgente, é disponibilizado à parte tempo hábil a fim de que construa a sua insurgência recursal mediante a observação dos requisitos recursais exigidos em lei, a respeito dos quais tem prévio conhecimento, bem como das consequências processuais da ausência de satisfação desses requisitos.

No que concerne à **responsabilidade subsidiária da Administração Pública**, verifica-se que esta foi mantida com fundamento na afirmação



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

da Corte *a quo* de que houve culpa do ente público. Incontroverso, portanto, o fato de que a responsabilidade atribuída ao ente público não foi automática.

Ademais, não se discutiu, na decisão ora agravada, o ônus da prova, uma vez que a assertiva regional acerca da culpa do ente público no caso em análise foi considerada suficiente para a manutenção da responsabilidade subsidiária declarada por aquela Corte.

Verificou-se, assim, que inexistiu “transferência automática de responsabilidade à Administração Pública em decorrência do mero inadimplemento da empresa contratada, nem, tampouco, responsabilização objetiva, e, sim, responsabilização em razão da premissa, expressamente declarada no âmbito do Regional, de que não houve fiscalização por parte do ente público, que detinha essa obrigação legal” (pág. 1.331).

Outrossim, constou expressamente da decisão ora agravada a impossibilidade de esta Corte rever o acervo fático-probatório dos autos, ante o óbice da Súmula nº 126 do Tribunal Superior do Trabalho.

Por fim, quanto ao **adicional de insalubridade**, este Relator expressamente consignou que, no caso, a norma coletiva da categoria prevê expressamente que o adicional de 20% é devido a todos os auxiliares de serviços gerais de limpeza. Nesse contexto, “entende-se que, por intermédio da negociação coletiva em questão, a própria empresa reconheceu a insalubridade nas atividades dos seus empregados, motivo pelo qual a decisão que deferiu à autora a referida parcela apenas deu cumprimento à previsão normativa, nos moldes do que prevê o artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal, o qual determina o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”” (pág. 1.337).

Este Relator ainda esclareceu que “a conduta da empresa de firmar a Convenção Coletiva e depois alegar sua invalidade, frente à Súmula do Tribunal Superior do Trabalho que determina a realização da prova pericial, demonstra nítido comportamento contraditório, que vai de encontro aos princípios do venire contra factum próprio e da boa-fé, preconizado, este último, no artigo 5º do Código de Processo Civil de 2015” (pág. 1.339).

Por fim, consignou-se que a decisão regional está em consonância com a jurisprudência desta Corte superior, razão pela qual superada a divergência jurisprudencial suscitada, nos termos da Súmula nº 333 do TST.

Havendo, na decisão monocrática, as razões de decidir deste Relator, tem-se por atendida a exigência da prestação jurisdicional, ainda que o resultado do julgamento seja contrário ao interesse da parte.



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR - 773-73.2019.5.17.0004

Para que se tenha por atendido o dever constitucional de fundamentação de todas as decisões judiciais, basta que nessas se enfrentem, de forma completa e suficiente, todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia.

Portanto, não restam dúvidas de que foi prestada a devida jurisdição à parte agravante.

Diante desses fundamentos, **nego provimento** ao agravo.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao agravo.

Brasília, 3 de novembro de 2023.

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

JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA
Ministro Relator



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR-244-48.2019.5.17.0006

ACÓRDÃO
(3ª Turma)
GMMGD/ja

AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ART. 896, § 1º-A, I, DA CLT. EXIGÊNCIA DE TRANSCRIÇÃO DOS FUNDAMENTOS EM QUE SE IDENTIFICA O PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA OBJETO DE RECURSO DE REVISTA. TRANSCRIÇÃO INSUFICIENTE DO ACÓRDÃO RECORRIDO. ÓBICE ESTRITAMENTE PROCESSUAL. Nos termos do art. 896, § 1º-A, I, da CLT, incluído pela Lei n. 13.015/2014, a transcrição dos fundamentos em que se identifica o prequestionamento da matéria impugnada constitui exigência formal à admissibilidade do recurso de revista. Havendo expressa exigência legal de indicação do trecho do julgado que demonstre o enfrentamento da matéria pelo Tribunal Regional, evidenciando o prequestionamento, a ausência desse pressuposto intrínseco torna insuscetível de veiculação o recurso de revista. Com efeito, não há como se concluir pela violação de eventual dispositivo constitucional apontado no apelo se não houver qualquer manifestação sobre a matéria impugnada, cuja indicação, repita-se, constitui ônus da parte recorrente, nos termos do art. 896, §1º-A, I, da mencionada Lei 13.015/2014. Observe-se que, no caso concreto, os trechos indicados são **insuficientes** para o exame da controvérsia, na medida em que não constam dos excertos reproduzidos pela parte todas as premissas fáticas e fundamentos jurídicos adotados pelo Regional para a solução da controvérsia, em



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR-244-48.2019.5.17.0006

descompasso com o artigo 896, § 1º-A, I e III, da CLT. Assim sendo, a decisão agravada foi proferida em estrita observância às normas processuais (art. 557, caput, do CPC/1973; arts. 14 e 932, III e IV, "a", do CPC/2015), razão pela qual é insuscetível de reforma ou reconsideração. **Agravo desprovido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº **TST-Ag-AIRR-244-48.2019.5.17.0006**, em que é Agravante **ESTADO DO ESPÍRITO SANTO** e é Agravado **SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO e ZAP SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO EIRELI - ME.**

Insurge-se a Parte Agravante contra a decisão monocrática que, com fundamento no art. 932, III e IV, do CPC/2015 (art. 557, *caput*, do CPC/1973), negou provimento ao agravo de instrumento interposto.

Nas razões do agravo, a Parte Agravante pugna pelo provimento do agravo de instrumento.

É o relatório.

V O T O

I) CONHECIMENTO

Atendidos todos os pressupostos recursais, **CONHEÇO** do apelo.

II) MÉRITO

ART. 896, § 1º-A, I, DA CLT. EXIGÊNCIA DE TRANSCRIÇÃO DOS FUNDAMENTOS EM QUE SE IDENTIFICA O PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR-244-48.2019.5.17.0006

OBJETO DE RECURSO DE REVISTA. TRANSCRIÇÃO INSUFICIENTE DO ACÓRDÃO RECORRIDO. ÓBICE ESTRITAMENTE PROCESSUAL.

Nas razões do agravo, a Parte Agravante pugna pelo provimento do apelo.

Sem razão, contudo.

Do cotejo da decisão agravada com as razões do agravo, verifica-se que a Parte Agravante não logra êxito em desconstituir os fundamentos da decisão monocrática.

Tal como bem consignado na decisão agravada, não há como se concluir pela violação de eventual dispositivo legal ou constitucional apontado no apelo – ou aferir a existência de dissenso jurisprudencial – se não houver qualquer manifestação sobre as matérias impugnadas, cuja indicação, repita-se, constitui ônus da parte recorrente, nos termos do art. 896, §1º-A, I, da mencionada Lei 13.015/2014.

Observe-se que, no caso concreto, os trechos indicados são **insuficientes** para o exame da controvérsia, na medida em que não constam dos excertos reproduzidos pela parte todas as premissas fáticas e fundamentos jurídicos adotados pelo Regional para a solução da controvérsia, em descompasso com o artigo 896, § 1º-A, I e III, da CLT.

Tratando-se, portanto, de decisão proferida em estrita observância às normas processuais (art. 557, *caput*, do CPC/1973; arts. 14 e 932, IV, “a”, do CPC/2015), é insuscetível de reforma ou reconsideração.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, à unanimidade, negar provimento ao agravo.

Brasília, 10 de abril de 2024.

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

MAURICIO GODINHO DELGADO

Ministro Relator



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO

PROCESSO nº 0000244-48.2019.5.17.0006 (ROT)

RECORRENTES: ZAP SERVICOS E CONSERVACAO LTDA - ME; ESTADO DO ESPIRITO SANTO

RECORRIDOS: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES

ORIGEM: 6ª VARA DO TRABALHO DE VITÓRIA

RELATOR: DESEMBARGADOR JOSÉ CARLOS RIZK

COMPETÊNCIA: 1ª TURMA

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO DA 1ª RECLAMADA (ZAP SERVICOS). NÃO CONHECIMENTO. DESERÇÃO. Não tendo restado demonstrado que a 1ª Reclamada encontra-se em condição de miserabilidade jurídica, não se reputam verificadas as condições para o deferimento da justiça gratuita. Portanto, não se conhece do recurso ordinário interposto pela 1ª reclamada por deserção, ante o não recolhimento das custas e ausência do pagamento do depósito recursal.

RECURSO ORDINÁRIO DA 2ª RECLAMADA (ESTADO DO ESPIRITO SANTO). LEGITIMIDADE ATIVA DO SINDICATO-AUTOR. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. Os direitos pretendidos pelo sindicato-autor em nome de seus substituídos são homogêneos e têm origem comum, o que configura a legitimidade ativa do ente sindical profissional, nos termos do art. 8º, inciso III, da Constituição da República.

1. RELATÓRIO

Registre-se que a presente ação foi ajuizada em 19/03/2019, após a entrada em vigor da Lei 13.467/17 (Lei da Reforma Trabalhista) e que a Origem não declarou a prescrição, não havendo recurso quanto ao aspecto.

Trata-se de recursos ordinários interpostos pela 1ª Reclamada (ZAP SERVICOS) e pela 2ª Reclamada (ESTADO DO ESPIRITO SANTO) em face da r. sentença,

complementada pela decisão de embargos declaratórios, que rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa e passiva, rejeitou a preliminar de inépcia, por ausência de documento obrigatório, rejeitou a preliminar de litispendência e ausência de notificação dos substituídos, e, no mérito, julgou procedentes os pedidos formulados na inicial para condenar as Rés, sendo a segunda subsidiariamente, ao pagamento de adicional de insalubridade de 20% a todos os substituídos que laborem como auxiliares de serviços gerais na SETOP - Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas, além dos reflexos; e, por fim, condenou a Ré ao pagamento dos honorários periciais e honorários advocatícios no valor correspondente a 15% sobre o valor da condenação ao final apurado.

Em razões recursais, a 1ª Reclamada (ZAP SERVICOS) pretende a reforma quanto ao adicional de insalubridade e reflexos.

Depósito recursal ao Id. 5df1ef5.

A 2ª reclamada (ESTADO DO ESPIRITO SANTO), em razões de recurso, suscita preliminar de nulidade da sentença, por cerceamento de defesa; renova as preliminares de ilegitimidade ativa e litispendência; e, no mérito, pugna pela reforma da sentença quanto ao adicional de insalubridade e responsabilidade subsidiária.

Contrarrazões pelo Sindicato-Autor ao Id. 24a94bc.

Por meio do despacho de Id. 6a4ff3c, este Relator determinou a intimação da 1ª reclamada (ZAP SERVICOS) para comprovar o recolhimento das custas processuais, sob pena de deserção do recurso interposto.

A 1ª reclamada (ZAP SERVICOS) deixou de comprovar o recolhimento das custas, conforme certidão de Id. 095b68d.

Este relator, verificando que há ente público no polo passivo desta reclamação trabalhista (Estado do Espírito Santo), determinou a intimação do Ministério Público do Trabalho para manifestação (ID. d40b732).

O ilustre representante do *Parquet*, no parecer de ID. 0367add, oficiou pelo conhecimento do apelo e pelo não provimento do recurso das partes.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1.1. CONHECIMENTO DO RECURSO DA 1ª RECLAMADA (ZAP SERVICOS). ISENÇÃO DE CUSTAS. DESERÇÃO. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO APELO DA RÉ SUSCITADA DE OFÍCIO POR ESTE RELATOR

Registre-se que a presente ação foi ajuizada em 19/03/2019, após a entrada em vigor da Lei 13.467/17 (Lei da Reforma Trabalhista) e que a Origem não declarou a prescrição, não havendo recurso quanto ao aspecto.

Em suas razões recursais, requer a 1ª Reclamada (ZAP SERVICOS), inicialmente, a concessão do benefício da gratuidade de justiça, alegando não possuir recursos financeiros para custear as despesas processuais, tendo em vista encontrar-se em dificuldades financeiras.

Por meio do despacho de Id. 6a4ff3c, este Relator determinou a intimação da 1ª reclamada (ZAP SERVICOS) para comprovar o recolhimento das custas processuais, sob pena de deserção do recurso interposto.

A 1ª reclamada (ZAP SERVICOS) deixou de comprovar o recolhimento das custas, conforme certidão de Id. 095b68d.

Sem razão, todavia.

De início, frise-se que se reconhece a possibilidade de deferimento do benefício de justiça gratuita em grau recursal, na forma do art. 790, §3º da CLT e art. 99 do CPC, inclusive à pessoa jurídica.

No entanto, ao contrário do que ocorre com as pessoas físicas - para as quais a mera declaração de hipossuficiência autoriza a presunção da precariedade econômica (nos termos do art. 99, §3º, do CPC/2015) - para as pessoas jurídicas é necessária a prova cabal da situação econômica alegada pela empresa como impeditiva do pagamento das despesas processuais, não bastando a simples afirmação do aludido estado.

Nesse sentido é a Súmula nº 481 do STJ:

"Súmula 481/STJ. Justiça gratuita. Assistência judiciária. Gratuidade de justiça. Concessão às pessoas jurídicas sem fins lucrativos. Comprovação da impossibilidade de arcar com as custas do processo. Necessidade. Lei 1.060/1950.

Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais".

Também na mesma linha é o posicionamento do Excelso Supremo Tribunal Federal, que, por diversas vezes, já decidiu que os benefícios da assistência judiciária gratuita também são devidos às pessoas jurídicas, desde que haja a comprovação da insuficiência de recursos (AI 699.200 AgR/BA, Rel. Min. Carmen Lúcia; AI 562.364 AgR/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes; AI 652.954 AgR/SP, Rel. Min. Ellen Gracie; AI 646.099 ED/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes).

Sobre o tema:

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - PESSOA JURÍDICA. Ao contrário do que ocorre relativamente às pessoas naturais, não basta a pessoa jurídica asseverar a insuficiência de recursos, devendo comprovar, isto sim, o fato de se encontrar em situação inviabilizadora da assunção dos ônus decorrentes do ingresso em juízo. (Rcl 1905- 5 ED-AgR / SP -, Relator Min. Marco Aurélio, julgamento em 15/08/2002, Tribunal Pleno, DJ 20-09-2002)

Desta forma, entende-se que a pessoa jurídica que intenta ser beneficiada com a gratuidade de justiça deve demonstrar cabalmente sua impossibilidade de arcar com as custas e encargos processuais, não sendo suficiente a mera alegação de insuficiência financeira, inclusive no que diz respeito às entidades sem fins lucrativos.

Ocorre que, *in casu*, não foram juntados quaisquer elementos que apontem a alegada insuficiência de recursos narrada pela 1ª Reclamada (ZAP SERVICOS).

Não há, tampouco, prova de qualquer registro de pedido de recuperação judicial ou falência em nome da recorrente, razão pela qual não se deve falar em insolvência da empresa.

Ora, se, de fato, são verdadeiras as alegações quanto à total insuficiência de recursos financeiros da empresa, incumbiria a ela requerer a falência junto à Justiça Comum, passando a possuir a qualidade jurídica de "massa falida", atraindo destarte, a aplicação da Súmula nº 86 do C. TST, que a isentaria do depósito recursal e custas.

Desse modo, não tendo restado demonstrado que a Reclamada se encontra em condição de miserabilidade jurídica, não se reputam verificadas as condições para o deferimento do benefício.

Neste passo, embora devidamente intimada para recolher as custas processuais, a 1ª reclamada deixou transcorrer o prazo sem efetuar o recolhimento.

Ademais, a 1ª reclamada realizou o depósito recursal em valor inferior ao devido, como se verifica do Id. 5df1ef5.

Portanto, o recurso encontra-se deserto por ausência de comprovação do recolhimento das custas e parcial depósito recursal.

Registre-se que, no parecer de ID 0367add, o Ministério Público do Trabalho oficiou pelo conhecimento do apelo da 1ª reclamada (ZAP SERVICOS), em virtude de ter comprovado o preparo com depósito recursal no ID 5df1ef5.

Porém, o valor constante no depósito recursal é inferior ao estabelecido (R\$ 9.828,51) e não houve recolhimento das custas, portanto, resta caracterizada a deserção.

Portanto, não se conhece do recurso ordinário interposto pela 1ª reclamada (ZAP SERVICOS) por deserção, ante o não recolhimento das custas e ausência do pagamento do depósito recursal.

2.1.2. CONHECIMENTO DO RECURSO DA 2ª RECLAMADA (ESTADO DO ESPIRITO SANTO)

Registre-se que a presente ação foi ajuizada em 19/03/2019, após a entrada em vigor da Lei 13.467/17 (Lei da Reforma Trabalhista) e que a Origem não declarou a prescrição, não havendo recurso quanto ao aspecto.

Conhece-se do recurso ordinário interposto pela 2ª reclamada (ESTADO DO ESPIRITO SANTO), porquanto preenchidos os pressupostos legais de admissibilidade recursal.

2.2. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE DA SENTENÇA. ROL DE SUBSTITUÍDOS. ARGUIÇÃO EM RAZÕES DE RECURSO PELA 2ª RECLAMADA (ESTADO DO ESPIRITO SANTO).

A 2ª reclamada (ESTADO DO ESPIRITO SANTO) suscita preliminar de nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, em razão da inexistência do rol de substituídos.

Pois bem.

No direito processual brasileiro, é notório que incumbe ao Magistrado a direção do processo, devendo até mesmo afastar, em nome da celeridade e economia processual, provas que repute inócuas, inúteis, irrelevantes ou desnecessárias, sem que isso importe, necessariamente, em afronta ao amplo direito de defesa garantido às partes (art. 370 do CPC/2015).

Aliás, se o objetivo das provas é a veracidade das alegações, não se pode admitir a existência de duas verdades no processo, ainda que seja a verdade "processualmente possível", lastreada na fortíssima probabilidade.

Sob essa égide, o julgador pode indeferir uma prova inútil, desde que justifique tal medida, na forma do parágrafo único do artigo 370 do CPC de 2015, quando diz: "*o juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias*".

Trata-se da liberdade do juiz em conduzir o processo, também prevista no artigo 765, da CLT, que estabelece a "*ampla liberdade de direção do processo*" e o dever do magistrado em velar pelo "*andamento rápido das causas*".

Quanto à alegação de inviabilidade de exercer o direito de defesa, por não ter sido juntado o rol de substituídos, vale ressaltar que é inócua a discussão, isto porque nas

ações coletivas propostas pelos sindicatos profissionais como substitutos processuais não é necessária a juntada de lista de substituídos, pois o art. 8º, inciso III, da CF/1988 atribuiu legitimidade ao sindicato para defender os direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, tratando-se de legitimidade ampla, que abrange todos os trabalhadores integrantes da categoria profissional, de forma que qualquer trabalhador pertencente à categoria poderá ajuizar execução individual para se habilitar aos efeitos da sentença coletiva, independente de constar ou não na lista de substituídos na ação coletiva.

Porquanto, não há necessidade de rol de substituídos para apurar se a categoria representada faz jus ao adicional de insalubridade, tanto [e assim que a reclamada apresentou sua defesa impugnando todos os pedidos autorais.

Nesse sentido, não se encontram fundamentos, no presente caso, para acolher a preliminar por cerceio do direito de defesa e negativa de prestação jurisdicional, haja vista a liberdade de condução processual do julgador, bem como as demais provas constantes dos autos que são suficientes para a apreciação da matéria.

Por fim, lembre-se que, embora a lei assegure a produção de todos os meios de prova lícitos e moralmente legítimos para se buscar a verdade processual, faculta ao Juiz admitir ou não a produção da prova requerida, em razão de seu poder diretivo na instrução do processo, outorgado pelo art. 765 da CLT, competindo-lhe inclusive afastar, em nome da celeridade e economia processual, provas que repute inócuas, inúteis, irrelevantes ou desnecessárias, e que não contribuam para a solução da lide, sem que isso importe, essencialmente, em afronta ao amplo direito de defesa garantido às partes (artigo 370 do CPC/2015).

Rejeita-se a preliminar de nulidade da sentença por cerceio do direito de defesa suscitada pela 2ª reclamada (ESTADO DO ESPIRITO SANTO) em razões recursais.

2.3. RECURSO ORDINÁRIO DA 2ª RECLAMADA (ESTADO DO ESPIRITO SANTO)

2.3.1. ILEGITIMIDADE ATIVA DO SINDICATO-AUTOR. PRELIMINAR RENOVADA PELA RECLAMADA EM RECURSO ORDINÁRIO.

Registre-se que a presente ação foi ajuizada em 19/03/2019, após a entrada em vigor da Lei 13.467/17 (Lei da Reforma Trabalhista) e que a Origem não declarou a prescrição, não havendo recurso quanto ao aspecto.

Em contestação, a 2ª Reclamada (ESTADO DO ESPIRITO SANTO) suscitou preliminar de ilegitimidade ativa do Sindicato-Autor, alegando que a entidade sindical não atua como substituto processual na busca de um direito homogêneo, mas de interesses heterogêneos e personalíssimos.

O d. Juízo *a quo*, na r. sentença, rejeitou a preliminar, apontando os seguintes fundamentos:

Entende o segundo reclamado que a questão em debate não é coletiva, não tendo o sindicato legitimidade.

O artigo 8º, III, da CF, dispõe que cabe ao sindicato a defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria.

Ademais, pleitear o cumprimento de uma norma coletiva que o sindicato alega que está sendo descumprida não se trata de interesse individual heterogêneo.

Rejeito a preliminar.

Em razões recursais, a Ré pugna pela reforma da sentença, reiterando os termos da peça de defesa.

Analisa-se.

A Constituição Federal, em seu art. 8º, inciso III, elevou os sindicatos ao patamar de legítimos defensores dos direitos e dos interesses coletivos ou individuais dos membros da respectiva categoria profissional, em questões administrativas ou judiciais, ampliando a atuação anterior limitada pelo art. 513 da CLT.

Essa legitimação, consoante se depreende da redação do dispositivo constitucional em comento, afigura-se ampla, ou seja, independe de norma infraconstitucional que a preveja, da outorga de mandato pelos substituídos ou da juntada de rol dos substituídos.

Na realidade, é o próprio substituto que tem legitimação anômala para a ação, sendo que o alcance subjetivo dela não mais se restringe aos associados da entidade sindical ou aos substituídos arrolados, mas, ao contrário, alcança todos os integrantes da categoria profissional dentro da base territorial do sindicato.

Nessa toada, o sindicato possui legitimidade para propor qualquer espécie de ação para, em nome próprio, resguardar os interesses da categoria que representa, sejam coletivos, difusos ou individuais homogêneos.

In casu, o pleito do Sindicato-Autor está fundamentado e tem como causa de pedir a alegação de que seus substituídos laboram em condições insalubres sem o recebimento do respectivo adicional, mormente quanto descumprido norma coletiva a respeito.

Logo, o direito reivindicado - adicional de insalubridade - pelo sindicato-autor em nome de seus representados é homogêneo e tem origem comum, o que configura a legitimidade ativa do ente sindical profissional, nos termos do citado art. 8º, III, da Constituição da República.

Ressalte-se que apesar de a demanda envolver discussão acerca de direitos que variam conforme situações específicas e pessoais dos empregados, tais circunstâncias não são suficientes, "de per si", para alterar a natureza jurídica da pretensão, pois, como visto, a homogeneidade do direito relaciona-se com a sua origem e com a titularidade em potencial da pretensão, e não com a sua quantificação e expressão monetária.

Com efeito, a interpretação a ser conferida ao art. 8º, III da Constituição da República não pode ser restritiva. Trata-se de preceito que consolida instrumento de efetivação de direitos e garantias fundamentais.

Dessa forma, o sindicato da categoria profissional tem legitimidade para propor qualquer espécie de ação para, em nome próprio, resguardar os interesses da categoria que representa, sejam coletivos, difusos ou individuais homogêneos, não se acolhendo, assim, a alegação de ilegitimidade ativa do sindicato-autor.

Registra-se, por fim, que o *Parquet* oficiou pelo não provimento do apelo sob os seguintes fundamentos:

(...)

Assim, o cerne da questão envolve natureza dos direitos vinculados, isto é, a questão da legitimidade ativa do sindicato depende, precipuamente, da natureza jurídica dos direitos postulados: se individuais homogêneos ou se individuais puros.

Na hipótese em apreço, o SINDILIMPE ajuizou ação em favor dos substituídos que trabalham no setor de asseio, conservação e limpeza pública, postulando o pagamento de adicional de insalubridade a cargo da reclamada conforme previsto em norma coletiva.

Observa-se, portanto, que as parcelas postuladas são de interesse dos trabalhadores substituídos, independentemente de quais sejam os substituídos.

Assim, o interesse jurídico tutelado é do grupo profissional, pois o fato é comum a todos eles.

Desta feita, os direitos pretendidos se identificam como homogêneos e de origem comum, consoante tem caminhado a atual e reiterada jurisprudência desse E. TRT da 17º Região, em julgamento de casos semelhantes, conforme se verifica do teor da ementa a seguir transcrita:

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. LEGITIMIDADE ATIVA EXTRAORDINÁRIA DO SINDICATO. SUBSTITUTO PROCESSUAL. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. À luz do art. 8º, III, da Constituição Federal, cabe às entidades sindicais tutelar, dentre outros interesses coletivos, os direitos individuais homogêneos da categoria, cujo conceito pode ser extraído do art. 81, III, da Lei n.º 8.078/90, como sendo aqueles decorrentes de origem comum. Assim, reputa-se legítima a atuação do sindicato autor como substituto processual dos empregados da ré. Recurso ordinário da reclamada a que se nega provimento. RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. (...) (TRT 17ª R., RO 0000066-90.2017.5.17.0161, Divisão da 2ª Turma, Rel. Desembargador Marcello Maciel Mancilha, DEJT 24/09/2018).

Sendo assim, é inafastável a legitimidade do Sindicato para a postulação veiculada na presente ação.

Nega-se provimento.

2.3.2. LITISPENDÊNCIA E NOTIFICAÇÃO DOS SUBSTITUÍDOS

A 2ª reclamada (ESTADO DO ESPIRITO SANTO) renova a preliminar de litispendência e pretende a notificação dos substituídos.

Pois bem.

A litispendência ocorre quando se reproduz ação idêntica, com as mesmas partes, causa de pedir e pedido, sendo a sua finalidade evitar a duplicidade de processos sobre o mesmo litígio, o desperdício da atividade jurisdicional, bem como a existência de eventuais pronunciamentos judiciais conflitantes.

Nas ações coletivas, em face dos interesses tutelados e características próprias, a coisa julgada se formaliza de acordo com regras próprias, previstas no art. 16 da Lei da Ação Civil Pública e nos artigos 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, não induzindo litispendência para as ações individuais.

Assim, "as ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva" (art. 104 do CDC).

Ademais, entende-se que a execução de sentença de natureza coletiva pode ser promovida tanto pelos empregados beneficiados, assistidos processualmente pelo sindicato da categoria, como pela entidade sindical que ajuizou a ação coletiva.

Isso porque a legitimidade conferida aos sindicatos pela Constituição Federal, em seu art. 8º, III, não induz interpretação restritiva, no sentido de que tais entidades, em substituição processual, não poderiam atuar também durante a execução do julgado.

Ou seja, a legitimidade para a execução individual pelo empregado beneficiado não exclui a legitimidade do sindicato-autor para mover a execução da sentença coletiva.

Por outro lado, a legitimidade do sindicato-autor para mover a execução da sentença coletiva tampouco exclui a legitimidade do empregado beneficiado para promover a execução individual.

Como se trata de direitos individuais homogêneos postulados em ação coletiva, este Relator vinha entendendo que, aplicando-se o disposto no art. 100 da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), a entidade sindical poderia promover a demanda executiva apenas se os substituídos permanecessem inertes após um ano do trânsito em julgado.

Ocorre que este Regional, por intermédio da Súmula n.º 22, recentemente alterada em razão do julgado do IAC 0294-97.2016.5.17.0000, passou a adotar o entendimento de que o art. 100 do Código de Defesa do Consumidor não é aplicável ao processo de liquidação e execução de sentenças coletivas trabalhistas, bem como o Edital a que se refere o art. 94 deve ser publicado pelo sindicato como fonte informativa, senão vejamos:

"Legitimidade extraordinária do sindicato para liquidação e execução trabalhista. O artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor é incompatível com o processo de liquidação e execução de sentenças coletivas trabalhistas. O edital do art. 94 do CDC deve ser publicado pelo sindicato apenas para conhecimento dos beneficiários da sentença coletiva."

Dentre outras razões, tal posicionamento está fundamentado no fato de que conferir legitimidade ao sindicato para executar diretamente as ações coletivas significa garantir a impessoalização da demanda, notadamente quando não há qualquer garantia no emprego daqueles trabalhadores que permanecem submetidos à subordinação jurídica de seus empregadores.

Também se justifica em razão da natureza alimentar dos créditos trabalhistas e à luz dos princípios da proteção e da celeridade, porquanto não é razoável exigir o decurso do prazo de um ano para que o ente sindical possa dar início à liquidação e execução coletiva.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal submeteu a matéria à sistemática da repercussão geral (Tema n.º 823) e, reafirmando a jurisprudência dominante, reconheceu a ampla legitimidade dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria, inclusive na liquidação e execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores:

"EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ART. 8º, III, DA LEI MAIOR. SINDICATO. LEGITIMIDADE. SUBSTITUTO PROCESSUAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.

I - Repercussão geral reconhecida e reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da ampla legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam, inclusive nas liquidações e execuções de sentença, independentemente de autorização dos substituídos".

Dessa forma, não subsiste a imperatividade de notificação por Edital aos substituídos, nos moldes previsto no art. 94 do CDC.

No mesmo sentido, manifestou-se o Ministério Público do Trabalho no parecer de ID. 0367add, argumentando que, não há litispendência entre ação individual e coletiva.

Nega-se provimento.

2.3.3. SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Registre-se que a presente ação foi ajuizada em 19/03/2019, após a entrada em vigor da Lei 13.467/17 (Lei da Reforma Trabalhista) e que a Origem não declarou a prescrição, não havendo recurso quanto ao aspecto.

O Sindicato dos Trabalhadores em empresas de Asseio, Conservação e limpeza pública - SINDILIMPE/ES ajuizou a presente ação coletiva em face das reclamadas, postulando a condenação da 1ª ré (ZAP SERVICOS) e, subsidiariamente, da 2ª ré (ESTADO DO ESPIRITO SANTO) ao pagamento de adicional de insalubridade aos substituídos do setor de "limpeza predial dos prédios vinculados a SETOP - Secretaria de Estado Dos Transportes e Obras Públicas, em razão do contrato de trabalho de prestação de serviços terceirizados", por inobservância da Cláusula 10ª, parágrafo 1º da CCT.

Por isso pugnou o cumprimento da norma coletiva e a condenação das rés, sendo a segunda subsidiariamente, ao pagamento do adicional de insalubridade de 20%, além de reflexos.

Na decisão de Id. d6e5e50, a fim de evitar alegação de cerceamento de defesa, a Origem deferiu a produção de prova pericial.

Na r. sentença, o magistrado de primeiro grau julgou procedente o pedido, sob o seguinte fundamento:

"Com efeito, o Parágrafo 1º, da Cláusula Décima, da CCT, estabeleceu que, em contratos comerciais de prestação de serviços, haverá pagamento do adicional de insalubridade pelo percentual de 20% sobre o piso da categoria a todos os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial de contratos comerciais públicos e privados.

Verifica-se que ficou expressamente convencionado o pagamento do adicional de 20% para os trabalhadores que exercem a função de auxiliar de serviços gerais de limpeza predial.

A referida cláusula convencional não infringe disposições legais e constitucionais, havendo disposições na Constituição Federal e na CLT que prescrevem o pagamento de adicional para atividades insalubres, a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança, bem como o reconhecimento das convenções coletivas de trabalho.

Desse modo, não há invalidade na negociação coletiva na qual as partes convencionam o pagamento do adicional de insalubridade na forma como foi estipulada.

Diante do exposto, julgo procedente o pedido de pagamento do adicional de insalubridade de 20% a todos os auxiliares de serviços gerais de limpeza predial que laboram na SETOP - Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas, com reflexos no 13º salário, férias acrescidas de 1/3, adicional noturno, FGTS, e de aviso prévio e multa de 40% para os substituídos dispensados sem justa causa".

Irresignada, recorre a Reclamada, aduzindo que as Auxiliares de Serviços Gerais não fazem jus ao adicional de insalubridade perseguido, pois suas atividades não

estão enquadradas na Portaria nº 3.214/78 do MTE.

Ressalta que norma coletiva não pode disciplinar sobre o reconhecimento de atividades insalubres sem a respectiva previsão na NR 15 do MTE.

Argumenta que foi proferida decisão pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo (processo n. 0039221-60.2016.8.08.0024), que reconheceu a ilegalidade da previsão em norma coletiva sobre a instituição do adicional de insalubridade.

Analisa-se.

De início, registre-se que a presente ação foi ajuizada em 19/03/2019, após a entrada em vigor da Lei 13.467/17 (Lei da Reforma Trabalhista) e que a Origem não declarou a prescrição, não havendo recurso quanto ao aspecto.

O art. 7º, XXIII, da CRFB, e o art. 192 da CLT, prescrevem que o exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional de insalubridade, em grau a ser definido em perícia técnica (art. 195 da CLT).

A redação da Súmula 448 do TST foi alterada, em meados de 2014, para fazer constar que o labor em higienização de instalações sanitárias de uso público ou coletivo de grande circulação, e a respectiva coleta de lixo ensejariam o pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo, senão vejamos:

SÚMULA Nº 448. ATIVIDADE INSALUBRE. CARACTERIZAÇÃO. PREVISÃO NA NORMA REGULAMENTADORA Nº 15 DA PORTARIA DO MINISTÉRIO DO TRABALHO Nº 3.214/78. INSTALAÇÕES SANITÁRIAS.

I - Não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho.

II - 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 nº 3.214/78 quanto à coleta e industrialização de lixo urbano.

Acabou prevalecendo no TST o entendimento de que a higienização de instalações sanitárias de uso público ou coletivo de grande circulação e a respectiva coleta de lixo ensejariam direito ao adicional de insalubridade porque acarretam aos trabalhadores repetida exposição, manipulação e contato com dejetos humanos e, conseqüentemente, com todo o tipo de agente biológico patogênico, equiparando-se a coleta de lixo urbano, que é enquadrado pela lei como insalubre em grau máximo.

Ademais, este Relator entende que o recolhimento do lixo dos banheiros corresponde à própria fase inicial de coleta do lixo urbano, como também que a atividade de limpeza dos sanitários (especialmente dos vasos e pias) expõe o trabalhador ao contato com os mesmos agentes biológicos insalutíferos presentes nas galerias e tanques de esgoto, que recebem justamente os dejetos provindos dos vasos sanitários, caracterizando-se a insalubridade em grau máximo, nos termos do Anexo 14, da NR 15, da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego.

In casu, diversamente do que foi sustentado pela reclamada, o perito realizou, além de análise qualitativa do agente insalubre, a vistoria do local de trabalho e assim descreveu as seguintes atividades (Id. a5350b5):

"As avaliações foram feitas de forma qualitativa, fazendo análise dos documentos apresentados nos autos, como também as informações colhidas na Diligência Pericial, conforme a NR 15 e seus Anexos da referida portaria (...).

(...)

A Empresa 1ª Reclamada Zap Serviços e Conservação trata-se de uma terceirizadora de mão de obra. No caso em tela tem contrato de prestação de serviços com o Estado do Espírito Santo, para locação de trabalhadores em várias repartições públicas para atuarem em atividades relacionadas a conservação e limpeza dos ambientes de trabalho.

A 1ª Reclamada mantém aproximadamente 153 Auxiliares de Serviços Gerais trabalhadores lotados nas várias repartições públicas do E.S.

conforme descritas abaixo:

SEMOB; DER; SEAGE;

SETOP; IEMA; DER; SETUR;

SESPORT; SEGER; IPEM;

SESA; IBAMA; SEBRAE; etc.

Locais de Trabalho dos Substituídos:

Os Substituídos laboram nos locais acima citados em turnos e horários diversos realizando atividades relacionadas à conservação e limpeza dos respectivos locais. Alguns Auxiliares de Serviços Gerais - ASG atuam somente na limpeza comum e outros na limpeza dos banheiros existentes nos locais acima citados.

Atividades executadas pelos Substituídos:

Auxiliar de Serviços Gerais (Comum):

Fazer a varrição das áreas comuns (salas, corredores, cozinha, sala de dança, etc.);

Limpar janelas; Recolher lixo dos escritórios e das salas comum do processo de limpeza.

Auxiliar de Serviços Gerais (Banheiristas):

Realizar a limpeza e manter limpos os banheiros das repartições;

Recolher o lixo dos banheiros

(...)

A metodologia utilizada para avaliação foi feita de forma qualitativa, fazendo inspeção no local de labor do Reclamante, embasadas no Anexo 14 (Agentes Biológicos) da

NR-15, para avaliação da Insalubridade".

O perito registrou que "os Substituídos na função de Auxiliar de Serviços Gerais - ASG (Banheiristas) no labor de suas atividades na limpeza dos banheiros existentes nas dependências das várias Secretarias de Estado, poderia manter contato direto com esgoto sanitário, uma vez que os referidos local trata-se de local com grande circulação de pessoas sendo comum no local ocorrer o entupimento de vasos sanitários que eram desentupidos pelos Banheiristas da equipe".

Acrescentou que "pelo número de empregados existentes nas repartições públicas, público externo (usuários diversos) assim como os da 2ª Reclamada lotados em cada local, pode-se afirmar que os banheiros das referidas repartições tratam-se de banheiros de uso coletivo com grande circulação de pessoas, dessa forma, as atividades de limpeza dos banheiros, com o conseqüente recolhimento de lixo NÃO pode ser comparada a limpeza doméstica".

Assim, concluiu o *expert* que "as funções e atividades dos Substituídos na função de Auxiliar de Serviços Gerais (Banheiristas - aqueles que efetivamente realizam a limpeza de banheiros), durante o pacto laboral não prescrito, são caracterizadoras do adicional de insalubridade por exposição ao agente BIOLÓGICO, dentro do que disciplina o Anexo 14 da NR-15 (esgotos galerias e tanques) e Sumula 448 do TST que garante pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo aqueles que prestam serviços de higienização de instalações sanitárias de uso público ou coletivo de grande circulação, e a respectiva coleta de lixo".

Ressaltou, ademais, que os EPI's fornecidos pela reclamada não são suficientes para neutralizar a possibilidade de infecção por agentes biológicos.

Dessa forma, o perito concluiu que apenas os banheiristas se enquadram em atividades insalubres, fazem jus ao adicional de insalubridade de 40% (grau máximo), nos moldes descritos na pericial judicial.

No entanto, a causa de pedir da presente ação coletiva restringe ao cumprimento de Convenção Coletiva firmada entre os tores sociais coletivo a todos os auxiliares de serviços gerais que não forem banheiristas, que assim dispõe:

"CLÁUSULA DÉCIMA - PAGAMENTO DA INSALUBRIDADE

Fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção Coletiva de Trabalho 2017/2018, continuarão a realizar o pagamento do adicional de insalubridade, em grau máximo, ou seja, no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre o piso da categoria, sendo que a partir do dia 01 de Janeiro de 2018 o benefício será calculado com base no piso mínimo da categoria que é de R\$ 1.060,00 (Um Mil e Sessenta Reais), respeitando a jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais banheirista que realizam a limpeza de banheiros públicos de uso coletivo ou de grande circulação igual ou superior a 40 (quarenta) pessoas. O

pagamento do adicional aqui previsto será pago enquanto perdurar a eficácia da súmula 448 do TST.

Parágrafo 1º - Em contratos comerciais de prestação de serviços haverá pagamento do adicional de insalubridade pelo percentual de 20% (vinte por cento), a todos os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial de contratos comerciais públicos e privados, sendo pago da seguinte maneira: fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção, continuarão a realizar o pagamento do adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre o piso da categoria, sendo que a partir do dia 01 de Janeiro de 2018 o benefício será calculado com base no piso mínimo da categoria que é de R\$ 1.060,00 (Um Mil e Sessenta Reais), respeitando a jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial, exceto os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial já enquadrados no *caput* desta cláusula.

Parágrafo 2º - Fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção Coletiva de Trabalho 2018/2018, continuarão a realizar o pagamento do adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre o piso da categoria, sendo que a partir do dia 01 de Janeiro de 2018 o benefício será calculado com base no piso mínimo da categoria que é de R\$ 1.060,00 (Um Mil e Sessenta Reais), respeitando a jornada laborada, para a função de Merendeira.

Parágrafo 3º - Entende-se por limpeza predial, a limpeza realizada em escolas, comércios, shopping Center, aeroportos, portos, rodoviárias, bancos e imóveis em geral, públicos e privados, tanto na área geral como na área industrial".

Como se vê, de uma simples leitura da cláusula normativa, percebe-se que o direito ao adicional de insalubridade foi estendido para toda a categoria que trabalha na função de serviços gerais, mas reduzido ao percentual de 20% (grau médio).

Ora, restou claro que a norma coletiva, ao privilegiar o princípio da criatividade jurídica que permeia o direito coletivo, não exclui o direito ao adicional de insalubridade aos banheiristas, mas arrefeceu a controvérsia que pudesse existir entre estes e os auxiliares de serviços gerais comum, a fim de implementar o adicional para todos os auxiliares de serviços gerais comuns, porém, com a respectiva redução do grau da insalubridade (20%), sendo um percentual inferior ao previsto aos banheiristas (40%).

Ressalte-se que este Relator entende que, em se tratando de direito trabalhista previsto em lei, este não pode simplesmente ser suprimido ou diminuído por norma coletiva, pois a esta última é vedada criar mecanismos prejudiciais ao trabalhador, sob pena de violação ao princípio da vedação ao retrocesso.

Ocorre que, como visto, o Sindicato-autor não suprimiu o direito das banheiristas ao adicional de insalubridade de 40%, até mesmo porque se trata de norma de ordem pública, mas apenas reduziu o percentual a que teria direito os demais auxiliares de serviços gerais que comprovassem o contato com agente insalubre.

Em termos comparativos, vale a aplicação analógica do entendimento proferido pelo STF, no RE 590.415. Esta decisão trata da possibilidade de supressão das horas *in itinere* por meio de acordo coletivo, mas mediante a necessidade de existir cláusula compensatória, de modo que não se verifique uma simples renúncia de direitos trabalhistas. Almejou-se, com isso,

garantir à relação negocial uma natureza jurídica de transação de direitos, adotando-se, para tanto, a teoria do *loss-win* (perdas e ganhos).

A par disso, depreende-se que, a Cláusula 10 da CCT, além de não prevê a exclusão do adicional de insalubridade às banheiristas, estabeleceu uma efetiva compensação para toda a categoria ora substituída, porém com adicional inferior.

Nota-se, portanto, que a norma coletiva não vulnerou a norma de ordem pública que estabelece o pagamento de um adicional para os trabalhadores que estão sujeitos à ambiente insalubre.

Portanto, em que pese a Origem tenha determinado a produção de prova pericial, esta era desnecessária, notadamente porque o que se visa nesta demanda é o cumprimento de cláusula normativa negociada pelos atores sociais, o que enaltece o princípio da adequação setorial negociada. Tanto é assim, que o Juízo *a quo*, na decisão de Id. d6e5e50, ao determinar a produção de prova pericial, enalteceu que a prova seria produzida apenas para evitar futuras alegações de cerceamento de defesa.

Repise-se que, o simples fato de a perícia constatar a atividade insalubre apenas das banheiristas, mediante o corresponde pagamento do adicional de 40%, não torna nula a Cláusula 10ª da CCT em análise, mormente diante da compensação entre a perda e ganho do benefício para a categoria (Teoria do *loss-win*).

Outrossim, com o advento da Lei 13.467/17, é certo que se adotou o princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva, ao dispor que "a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o dispositivo do art. 104" do CC/02.

Saliente-se que a chancela da possibilidade de redução do respectivo grau de insalubridade prevista na norma coletiva foi prevista no art. 611-B, XVII da CLT, após Reforma Trabalhista, mas que, por óbvio, deve se conformar ao quanto já decidido pelo Supremo Tribunal Federal (RE 590.415), que estabelece a necessidade de compensação (Teoria do *loss-win*).

Portanto, em estrita análise aos elementos essenciais do negócio jurídico, não se verifica qualquer ilegalidade na previsão disposta na Cláusula 10ª das CCTs acostadas aos autos.

E, ainda que assim não fosse, é certo que os atores sociais coletivos, ao estipularem o direito ao recebimento do adicional de insalubridade para todos os substituídos não banheiristas, muito antes de violar a NR 15 do MTE, como pretendem fazer crer as reclamadas,

de certo que tornaram incontroverso que todos os auxiliares de serviços gerais trabalham em contato com agentes insalubres.

A par disso, aplicar-se-ia, por analogia, o mesmo fundamento previsto na Súmula 453 do TST, que torna desnecessária a realização de prova pericial, ante a incontrovérsia estabelecida pelas partes (art. 374, III, do CPC):

Súmula nº 453 do TST

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PAGAMENTO ESPONTÂNEO. CARACTERIZAÇÃO DE FATO INCONTROVERSO. DESNECESSÁRIA A PERÍCIA DE QUE TRATA O ART. 195 DA CLT.

O pagamento de adicional de periculosidade efetuado por mera liberalidade da empresa, ainda que de forma proporcional ao tempo de exposição ao risco ou em percentual inferior ao máximo legalmente previsto, dispensa a realização da prova técnica exigida pelo art. 195 da CLT, pois torna incontroversa a existência do trabalho em condições perigosas.

Em que pese a reclamada não tenha efetuado o pagamento do adicional de insalubridade aos substituídos, de certo que se encontra obrigada ao cumprimento da norma coletiva pelo prazo de sua vigência, que expressamente reconheceu a incontrovérsia de tal direito, não podendo, portanto, descumprir um acordo previamente estabelecido pelo atores sociais, inclusive daquele que representa a categoria econômica da reclamada.

Portanto, entende-se que a Cláusula 10ª previstas nas CCTs anexas devem produzir todos os seus efeitos jurídicos, posto que entabulada por agente capaz, mediante forma prescrita em lei (Convenção Coletiva), sendo o objeto lícito, possível, determinado ou determinável, nos moldes do art. 104 do CC/02.

Quanto ao argumento de que a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo (processo n. 0039221-60.2016.8.08.0024) reconheceu a ilegalidade da previsão em norma coletiva sobre a instituição do adicional de insalubridade, vale lembrar que a análise sobre a cláusula normativa não forma coisa julgada, uma vez que foi analisada apenas como questão prejudicial ao processo licitatório do Estado do Espírito Santo, mormente porque a Justiça Estadual não detém de competência absoluta para a análise da invalidade do instrumento coletivo celebrado entre os atores sindicais profissional e econômico.

Ademais, a Convenção coletiva faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda*), não podendo ser objeto de impugnação pela 2ª reclamada, até mesmo porque sequer tem legitimidade para representar qualquer categoria que lhe presta serviços terceirizados.

Por fim, registre-se que, tratando-se de ação de cumprimento de cláusula normativa, não há espaço para se questionar sobre a matéria de fato e de direito disposta na Convenção Coletiva de Trabalho, como pretendem as reclamadas, como dispõe o art. 872, parágrafo único da CLT.

Sendo assim, diante da comprovada mora de cláusula normativa por parte do empregador, os substituídos fazem jus ao pagamento do adicional de insalubridade e reflexos, nos moldes fixados pela sentença de Origem.

Com base nesse mesmo fundamento, qual seja a cláusula normativa prevista em Convenção Coletiva de Trabalho (ID. de51ce6 a ID.5214e43), cuja garantia de cumprimento está no art. 7º, da CF, o MPT manifestou-se pelo não provimento do apelo, entendendo ser devido o adicional de insalubridade e reflexos, conforme deferido na r. sentença.

Nega-se provimento.

2.3.4. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Registre-se que a presente ação foi ajuizada em 19/03/2019, após a entrada em vigor da Lei 13.467/17 (Lei da Reforma Trabalhista) e que a Origem não declarou a prescrição, não havendo recurso quanto ao aspecto.

O Sindicato dos Trabalhadores em empresas de Asseio, Conservação e limpeza pública - SINDILIMPE/ES ajuizou a presente ação coletiva em face das reclamadas, postulando a condenação da 1ª ré (ZAP SERVICOS) e, subsidiariamente, da 2ª ré (ESTADO DO ESPIRITO SANTO) ao pagamento de adicional de insalubridade aos substituídos do setor de "limpeza predial dos prédios vinculados a SETOP - Secretaria de Estado Dos Transportes e Obras Públicas, em razão do contrato de trabalho de prestação de serviços terceirizados", por inobservância da Cláusula 10ª, parágrafo 1º da CCT.

Por isso pugnou o cumprimento da norma coletiva e a condenação das rés, sendo a segunda subsidiariamente, ao pagamento do adicional de insalubridade de 20%, além de reflexos.

Na r. sentença, o magistrado de primeiro grau julgou procedente o pedido e condenou subsidiariamente a 2ª reclamada (ESTADO DO ESPIRITO SANTO) no pagamento do adicional de insalubridade, sob o seguinte fundamento:

"O sindicato-autor afirma que a o segundo réu (tomador de serviços) contratou a empregadora para a prestação de serviços, tendo os substituídos laborado nas dependências da SETOP.

O segundo reclamado sustenta que cumpriu rigorosamente a Lei nº 8.666/93, não havendo possibilidade de reconhecimento de qualquer forma da responsabilização do Ente Público no que concerne a presente ação.

Consoante pacificado pela Súmula nº 331, IV, do TST, o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive no tocante aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666 de 21/06/93).

Necessário ressaltar que a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, por possuir natureza objetiva, abrange todas as obrigações do empregador judicialmente reconhecidas, inclusive as indenizações e multas resultantes de obrigações de fazer não adimplidas pelo prestador dos serviços, tais como a multa prevista no artigo 477, § 8º e 467, da Consolidação das Leis do Trabalho e as multas convencionais aplicadas.

Assim, julgo procedente o pedido de responsabilidade subsidiária do segundo reclamado".

Irresignada, pugna a 2ª reclamada pela reforma da decisão *a quo* a fim de excluir a responsabilidade subsidiária ao argumento de que não há prova da culpa *in eligendo* ou *in vigilandoda* Administração Pública.

Examina-se.

No âmbito do Judiciário Trabalhista era pacífico o entendimento de que os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta deveriam responder subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas inadimplidas por parte dos contratados, conforme dispunha a antiga redação do item IV da Súmula 331 do TST. Assim, bastava o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador para que os entes públicos, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista fossem responsabilizados subsidiariamente por essas parcelas.

Ocorre que os entes da Administração Pública reiteradamente questionavam a legalidade do item IV da Súmula 331 do TST, pois, segundo eles, contrariava a norma do art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/93, a qual, ao tratar dos contratos administrativos, estabelece que "a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento".

Em 11/03/2009, o Pleno do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, ao julgar incidente de inconstitucionalidade nos autos do processo nº 0080900-06.2007.5.17.0008, reconheceu a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/93, mas dispôs que referido dispositivo legal não desobriga o ente público da responsabilidade pelo pagamento das verbas que vierem a ser reconhecidas, vez que ele simplesmente atribui responsabilidades primárias ao contratado. Com efeito, assentou-se na ocasião que "referida norma não exclui a responsabilidade, apenas atribui obrigações primárias, não havendo transferência da responsabilidade final pelas obrigações trabalhistas assumidas pelo empregador".

Dessa forma, no âmbito deste Regional adotava-se, de forma pacífica, o entendimento de que, em que pese a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/93, as pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública direta e indireta responderiam subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pelo contratado.

Em seguida, o Supremo Tribunal Federal, na sessão do dia 24/11/2010, julgou procedente o pedido formulado pelo Governador do Distrito Federal na Ação Direta de Constitucionalidade n. 16 para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93. Entendeu-se naquele julgamento que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado não viesse a gerar essa responsabilidade.

Diante da decisão do STF na citada ADC, o Tribunal Superior do Trabalho alterou a redação da Súmula n. 331, retirando a referência aos entes da Administração Pública direta e indireta constante no item "IV", e acrescentando o item "V", *in verbis*:

"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 decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada."

Destarte, pela nova redação da Súmula 331 do TST, os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta somente respondem de forma subsidiária pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador quando estiver comprovada sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, principalmente na fiscalização do adimplemento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora (culpa *in vigilando*).

A partir de então, este Relator vinha entendendo, à luz da decisão proferida pelo STF na ADC nº 16 e do item V da Súmula 331 do TST, que para responsabilizar subsidiariamente a Administração Pública, nos casos de terceirização de mão de obra, seria necessário investigar com mais rigor se houve falha ou falta de fiscalização pelo ente público contratante, competindo ao tomador de serviços comprovar a efetiva fiscalização do contrato.

Com efeito, ao firmar um contrato de prestação de serviços ou de empreitada, a contratante tem o dever de fiscalizar a idoneidade financeira da contratada, já que é a beneficiária direta dos serviços prestados, sob pena de ser responsabilizada subsidiariamente pelos danos causados aos trabalhadores, por ocorrência de culpa *in vigilando* e de culpa *in eligendo*, nos termos dos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil.

Neste prisma, determina o art. 67 da Lei n. 8.666/93 que "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". Complementa, ainda, o §1º: "o representante da

Administração anotar em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados".

Ou seja, a própria Lei n. 8.666/93 determina que o administrador fiscalize o cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias, cabendo à Administração Pública anotar em livro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, e, quando houver irregularidades, aplicar sanções à contratada, como a suspensão provisória ou temporária do direito de participar de licitação, o impedimento de contratar com a Administração e a declaração de sua inidoneidade (art. 87, III e IV, da Lei de Licitações).

Frise-se que foi sumulado no âmbito deste Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região o seguinte entendimento:

SÚMULA Nº 21 DO TRT DA 17ª REGIÃO.

"RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. A declaração, pelo STF, de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 não obsta que seja reconhecida a responsabilidade de ente público, quando esse último não comprovar a efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações legais e contratuais do prestador de serviços como empregador."

Ocorre que o Pleno do E. STF, nos autos do RE 760931, em julgamento realizado sob a sistemática de repercussão geral e com efeito vinculante, em 30/03/2017, decidiu, por apertada maioria (6 a 5), que a Administração Pública não pode ser responsabilizada automaticamente pelos encargos trabalhistas decorrentes de inadimplência da prestadora de serviço (empresa terceirizada), só cabendo condenação se houver prova inequívoca da conduta omissiva na fiscalização dos contratos.

Em 26/04/2017, foi fixada a seguinte tese para efeito de repercussão geral:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio, fixou a seguinte tese de repercussão geral: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93".

Da análise dos fundamentos expendidos pelo pretório Excelso no julgamento do RE 760931, extrai-se, portanto, que a responsabilidade da Administração Pública somente poderá ser declarada se existente prova nos autos de sua culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.

Desta forma, modificando seu posicionamento anterior, este Relator curva-se à decisão com efeito vinculante tomada pelo Excelso STF e passa a adotar o entendimento de que para a caracterização da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, deve restar comprovada a sua culpa.

Pois bem.

É incontroverso nos autos que a 2ª Reclamada (ESTADO DO ESPÍRITO SANTO) manteve contrato de parceria com a 1ª Reclamada (ZAP SERVICOS).

Da mesma forma, restou também comprovado que o Sindicato-autor representa os substituídos que prestaram ou prestam serviços em benefício da 2ª Ré (ESTADO DO ESPÍRITO SANTO).

Acerca do instituto da responsabilidade subsidiária, a jurisprudência tem se inclinado no sentido de reconhecer que como beneficiário de trabalho humano, o tomador de serviços não se desvincula das consequências produzidas pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas.

E, configurando-se a situação do tomador de serviços, aplica-se ao presente caso a Súmula 331, item IV, do Tribunal Superior do Trabalho, in verbis:

"O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial".

Compulsando os autos, este Relator entende que a 2ª reclamada (ESTADO DO ESPÍRITO SANTO) não comprovou o exercício de fiscalização satisfatória, sobretudo se considerado que houve condenação ao pagamento do adicional de insalubridade.

Quanto ao argumento de que a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo (processo n. 0039221-60.2016.8.08.0024) reconheceu a ilegalidade da previsão em norma coletiva sobre a instituição do adicional de insalubridade, vale lembrar que a análise sobre a cláusula normativa não forma coisa julgada, uma vez que foi analisada apenas como questão prejudicial ao processo licitatório do Estado do Espírito Santo, mormente porque a Justiça Estadual não detém de competência absoluta para a análise da invalidade do instrumento coletivo celebrado entre os atores sindicais profissional e econômico.

Sendo assim, em que pese a decisão judicial proferida nos autos do processo n. 0039221-60.2016.8.08.0024 tenha dispensado a Administração Pública de incluir verba destinada ao pagamento de adicional de insalubridade nos processos licitatórios, de certo que não exonerou a 2ª reclamada (Estado do Espírito Santo) do dever de fiscalizar o cumprimento de normas coletivas.

Ademais, a Convenção coletiva faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda*), não podendo ser objeto de impugnação pela 2ª reclamada, até mesmo porque sequer

tem legitimidade para representar qualquer categoria que lhe presta serviços terceirizados.

Neste ínterim, reconhece-se a culpa *in eligendo* e *in vigilandoda* segunda reclamada, pois não pode servir o art. 71 da Lei 8.666/93 de escudo para as entidades públicas se esquivarem das suas responsabilidades.

Portanto, restou patente a omissão da 2ª Ré (Estado do Espírito Santo) em fiscalizar a empresa contratada, impondo-se o reconhecimento de que restou caracterizada a culpa do Estado, a qual autoriza sua responsabilização subsidiária, nos termos do item V, da súmula 331, do E. TST.

Não se pode olvidar que o art. 67 da Lei n. 8.666/93 determina que "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". O § 1º desse dispositivo legal estabelece, ainda, que 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".

Destarte, a Lei n. 8.666/93 determina que o administrador fiscalize o cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias, cabendo à Administração Pública anotar em livro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, e, quando houver irregularidades, aplicar sanções à contratada, como a suspensão provisória ou temporária do direito de participar de licitação, o impedimento de contratar com a Administração e a declaração de sua inidoneidade (art. 87, III e IV, da Lei de Licitações).

Observe-se, também, que, apesar de ausente a relação de emprego entre os substituídos e a 2ª Reclamado (Estado do Espírito Santo) houve prestação de serviços por parte daquela em prol desta, o que atrai a responsabilização.

Nessa toada, a jurisprudência tem reconhecido que, como beneficiário do trabalho humano, o tomador de serviços não se desvincula das consequências produzidas pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas, sendo responsável por estas, ainda que de forma subsidiária.

Ressalte-se, ainda, que o entendimento acima encontra-se em consonância com a decisão proferida pelo Pleno do E. STF, nos autos do RE 760931, em julgamento realizado sob a sistemática de repercussão geral, bem como ao art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93; art. 186, do Código Civil; 373, I, do CPC e 818, da CLT; não havendo, tampouco, falar em contrariedade à Súmula nº 331 do TST e ao art. 37 da CF/88.

Saliente-se, outrossim, que o devedor (*in casu*, o tomador dos serviços), na responsabilidade subsidiária, não se obriga inteiramente pelo débito, somente respondendo nas hipóteses de inadimplemento ou insuficiência patrimonial do prestador dos serviços.

Por fim, no tocante à ordem das responsabilidades e possível desconsideração da personalidade jurídica do primeiro réu, deve-se aplicar o disposto na Súmula n. 04 deste E. TRT, que dispõe, "in verbis":

"EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ORDEM DOS ATOS EXECUTÓRIOS. A responsabilidade patrimonial do devedor subsidiário na execução precede a dos sócios do devedor principal, salvo manifestação do credor em sentido contrário. A desconsideração da personalidade jurídica do devedor principal se faz em caráter excepcional, sendo possível após frustradas as medidas executórias contra os devedores expressos no título executivo."

Registre-se, por fim, que a extensão da responsabilidade subsidiária abrange todas as verbas rescisórias, inclusive as verbas de natureza previdência/tributária, porque a Súmula nº 331 do TST não faz distinção entre verbas salariais, indenizatórias ou multas.

Observe-se, ainda, os ensinamentos de Maurício Godinho Delgado, para quem "tal responsabilidade deriva do risco empresarial objetivado pela terceirização, independentemente da alegação (ou evidência) de inidoneidade da empresa contratante direta da força de trabalho. Desde que o caso em exame seja de terceirização (lícita ou ilícita) há a possibilidade de responsabilização subsidiária do tomador. A única exigência é que este figure no pólo passivo da lide trabalhista correspondente ao lado do empregador formal". (citado por Carlos Henrique Bezerra Leite, em sua obra "Direito do Trabalho e Processo Trabalhista - Temas Controvertidos, Ed. RTM, Pág. 150).

Assim, a responsabilidade subsidiária deve ser reconhecida, pois quem deve assumir os riscos da atividade são os contratantes e não a própria empregada, ora reclamante, que despendeu sua força de trabalho em favor de terceiros e merece obter efetivamente os seus haveres trabalhistas.

Registra-se que a condenação subsidiária do Estado do Espírito Santo, uma vez declarada, é integral e substitutiva, devendo responder por todas as parcelas deferidas judicialmente e não adimplidas pela primeira reclamada - ZAP SERVICOS.

No sentido exposto, manifestou-se o Ministério Público do Trabalho, ressaltando que o ente público não fiscalizou o pagamento dos débitos trabalhistas (culpa *in vigilando*).

Nega-se provimento.

3. ACÓRDÃO

Acordam os Magistrados da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, na 10ª Sessão Ordinária Virtual, com início em 25 de agosto de 2020, às 13h30min, e encerramento em 28 de agosto de 2020, às 13h30min, sob a Presidência do Exmo. Desembargador Gerson Fernando da Sylveira Novais, com a participação do Exmo. Desembargador José Carlos Rizk, do Exmo. Desembargador Cláudio Armando Couce de Menezes, e do Procurador Regional do Trabalho, Dr. Levi Scatolin, por unanimidade, não conhecer do recurso ordinário interposto pela 1ª reclamada (ZAP SERVICOS) por deserção, ante o não recolhimento das custas e ausência do pagamento integral do depósito recursal; conhecer do recurso ordinário interposto pelo 2º Reclamado (Estado do Espírito Santo) e, no mérito, negar provimento ao apelo. Mantido o valor da condenação.

DESEMBARGADOR JOSÉ CARLOS RIZK
Relator

PJe



Assinado eletronicamente por: [JOSE CARLOS RIZK] - e8bb704
<https://pje.trt17.jus.br/primeirograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>



PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA DO TRABALHO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO

6ª Vara do Trabalho de Vitória

ENDEREÇO: AVENIDA CLETO NUNES, 85, 8º andar, PARQUE MOSCOSO, VITORIA - ES - CEP: 29018-906

EMAIL: vitv06@trtes.jus.br

ACum 0000244-48.2019.5.17.0006

AUTOR: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES

RÉU: ZAP SERVICOS E CONSERVACAO LTDA - ME, ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Processo nº 0000990-13.2019.5.17.0008

Reclamante: SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO - SINDILIMPE ES

Reclamada: ZAP SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO EIRELI e ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

SENTENÇA

I - RELATÓRIO

SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO - SINDILIMPE ES, qualificado nos autos, ajuizou Ação de Cumprimento em face de **ZAP SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO EIRELI e ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, também qualificada, formulando, pelos fatos e fundamentos jurídicos relatados na peça de ingresso, as pretensões arroladas no pedido. Valorou a causa em R\$ 45.000,00. Foram juntados documentos.

Na audiência inicial, as reclamadas apresentaram contestação, com preliminar de ilegitimidade ativa, ausência de documento obrigatório, ausência de notificação dos substituídos, litispendência, ilegitimidade passiva da segunda reclamada, refutando as alegações autorais, com documentos.

Foi deferida a realização de prova pericial.

O segundo reclamado impugnou o laudo pericial e o sindicato autor apresentou concordância.

Na audiência de instrução, as partes declararam não terem mais provas a produzir. Encerrou-se a instrução processual, permanecendo as partes inconciliáveis.

O sindicato-autor se manifestou.

É o relatório.

Isto posto, decido.

II - FUNDAMENTAÇÃO

1 - Ilegitimidade ativa

Entende o segundo reclamado que a questão em debate não é coletiva, não tendo o sindicato legitimidade.

O artigo 8º, III, da CF, dispõe que cabe ao sindicato a defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria.

Ademais, pleitear o cumprimento de uma norma coletiva que o sindicato alega que está sendo descumprida não se trata de interesse individual heterogêneo.

Rejeito a preliminar.

2 - Ilegitimidade passiva do segundo reclamado

O segundo reclamado argui que não é parte legítima na presente ação.

No direito processual, aplica-se a teoria da asserção, na qual a legitimidade deve ser auferida em abstrato, decorrendo da indicação como credora da relação jurídica material.

A verificação da legitimidade passiva decorre da análise do mérito.

Rejeito.

3 - Ausência de documento obrigatório

Sustenta o segundo reclamado que, em se tratando de ação coletiva, proposta por sindicato, a inicial deve ser instruída, obrigatoriamente, com a ata da assembleia que autorizou o sindicato-autor a propor a demanda, o que não ocorreu.

A Constituição Federal de 1988 atribuiu ao sindicato a condição de substituto processual, com legitimidade ampla e irrestrita, para atuar na defesa dos direitos ou interesses coletivos ou individuais homogêneos da categoria. E, dessa forma, desnecessária a apresentação de ata de assembleia com autorização, nome dos associados e indicação dos respectivos endereços, uma vez que Lei 9.494/97 não pode se sobrepor à norma constitucional.

A OJ nº 29, da SDC, dispõe que a ata da assembleia geral é requisito essencial para instauração de dissídio coletivo, o que não é o caso da presente ação de cumprimento.

Nesse sentido, rejeito a preliminar.

4 - Ausência de notificação dos substituídos e litispendência

Aduz o segundo reclamado que é uma peculiaridade específica das ações coletivas a notificação dos substituídos a fim de que tomem ciência da propositura da demanda, requerendo a litispendência em face de eventuais ações individuais ajuizadas.

Nos termos do art. 104, do CDC, as ações coletivas não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da ação coletiva não beneficiarão os autores das ações individuais se não for requerida sua suspensão .

Desse modo, rejeito a preliminar.

5 - Adicional de insalubridade

O sindicato alega que os substituídos foram admitidos pela primeira reclamada para exercerem a função de auxiliar de serviços gerais, realizando limpeza dos prédios vinculados à SETOP - Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas, recebendo salário no valor de R\$ 1.060,00 a partir de 01.01.2018.

Informa que foi pactuado na Cláusula 10ª, Parágrafo 1º, da CCT, benefício consistente no pagamento de adicional de insalubridade de 20% para os trabalhadores que exercem a função de auxiliar de serviços gerais, a partir de 01.01.2016, calculado sobre o piso da categoria, mas que a primeira reclamada não efetuou o pagamento do referido benefício, desde o início da vigência do contrato com a SETOP.

A primeira reclamada sustenta, em sua defesa, que não recebe repasse da referida verba do órgão contratante e que recorrentemente tem solicitado aos órgãos públicos estaduais termo aditivo ao contrato de prestação de serviço para o pagamento do adicional de insalubridade aos auxiliares de serviços gerais, o que não ocorre, sob o fundamento de invalidade da Cláusula 10ª.

O segundo reclamado entende que não participou da Convenção Coletiva de Trabalho e, dessa forma, não possui responsabilidade quanto ao pedido do sindicato.

Com efeito, o Parágrafo 1º, da Cláusula Décima, da CCT, estabeleceu que, em contratos comerciais de prestação de serviços, haverá pagamento do adicional de insalubridade pelo percentual de 20% sobre o piso da categoria a todos os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial de contratos comerciais públicos e privados.

Verifica-se que ficou expressamente convencionado o pagamento do adicional de 20% para os trabalhadores que exercem a função de auxiliar de serviços gerais de limpeza predial.

A referida cláusula convencional não infringe disposições legais e constitucionais, havendo disposições na Constituição Federal e na CLT que prescrevem o pagamento de adicional para atividades insalubres, a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança, bem como o reconhecimento das convenções coletivas de trabalho.

Desse modo, não há invalidade na negociação coletiva na qual as partes convencionam o pagamento do adicional de insalubridade na forma como foi estipulada.

Diante do exposto, julgo procedente o pedido de pagamento do adicional de insalubridade de 20% a todos os auxiliares de serviços gerais de limpeza predial que laboram na SETOP - Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas, com reflexos no 13º salário, férias acrescidas de 1/3, adicional noturno, FGTS, e de aviso prévio e multa de 40% para os substituídos dispensados sem justa causa.

6 - Responsabilidade Subsidiária

O sindicato-autor afirma que a o segundo réu (tomador de serviços) contratou a empregadora para a prestação de serviços, tendo os substituídos laborado nas dependências da SETOP.

O segundo reclamado sustenta que cumpriu rigorosamente a Lei nº 8.666/93, não havendo possibilidade de reconhecimento de qualquer forma da responsabilização do Ente Público no que concerne a presente ação.

Consoante pacificado pela Súmula nº 331, IV, do TST, o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive no tocante aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666 de 21/06/93).

Necessário ressaltar que a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, por possuir natureza objetiva, abrange todas as obrigações do empregador judicialmente reconhecidas, inclusive as indenizações e multas resultantes de obrigações de fazer não adimplidas pelo prestador dos serviços, tais como a multa prevista no artigo 477, § 8º e 467, da Consolidação das Leis do Trabalho e as multas convencionais aplicadas.

Assim, julgo procedente o pedido de responsabilidade subsidiária do segundo reclamado.

7 - Honorários periciais

Considerando o tempo exigido para realização da perícia e o grau de zelo do profissional, arbitro os honorários periciais em R\$ 3.000,00, a cargo da reclamada, por ter sido sucumbente no objeto da perícia, nos termos do art. 790-B da CLT.

Observe a secretaria.

8 - Gratuidade de Justiça

Tendo em vista que o sindicato não comprovou a impossibilidade de arcar com as despesas processuais, indefiro o pedido de benefício da justiça gratuita.

A hipossuficiência dos substituídos será analisada na ação de liquidação individual.

9 - Honorários advocatícios

Dispõe a redação do art. 791-A da CLT:

"Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa. § 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria. § 2º Ao fixar os honorários, o juízo observará:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço".

Desse modo, arbitro honorários sucumbenciais de 15% sobre o valor da condenação ao final apurado.

III - DISPOSITIVO

Posto isso, a 6ª Vara do Trabalho de Vitória, nos autos da ação de cumprimento, decide **JULGAR PROCEDENTES** os pedidos formulados por **SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO - SINDILIMPE ES** em face de **ZAP SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO EIRELI e, subsidiariamente, do ESTADO DO ESPÍRITO SANTO** para que a reclamada pague aos substituídos as verbas deferidas na fundamentação que integra este dispositivo.

Os valores serão apurados em liquidação individual de sentença, na forma do art. 98, §2º, I, da Lei 8078/90.

Custas calculadas sobre o valor da causa de R\$ 45.000,00, no montante de R\$ 900,00, pela reclamada.

Nada mais.

Intimem-se as partes.

Vitória/ES, data conforme assinatura eletrônica.

mnv

VITORIA, 12 de Dezembro de 2019

ANDREA CARLA ZANI
Juiz(íza) do Trabalho Substituto(a)

PJe



Assinado eletronicamente por: [ANDREA CARLA ZANI] - 69fa4bb

<https://pje.trt17.jus.br/primeirograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>



Documento assinado pelo Shodo



PROCESSO Nº TST-ED-AIRR-761-44.2019.5.17.0009

ACÓRDÃO
(5ª Turma)
GDCJPS/rca

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - NULIDADE PROCESSUAL POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.

Constatada a existência de omissão na decisão embargada, necessário o acolhimento dos embargos de declaração, para acrescer fundamentação acerca da arguição de nulidade processual por negativa de prestação jurisdicional e do adicional de insalubridade.

Embargos de declaração acolhidos, sem atribuição de efeito modificativo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº **TST-ED-AIRR-761-44.2019.5.17.0009**, tendo por Embargante **ESTADO DO ESPÍRITO SANTO** e Embargados **SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO** e **PRISMA SERVICOS EIRELI**.

Inconformado com o acórdão de fls. 1.097/1.106, o reclamado **ESTADO DO ESPÍRITO SANTO** opõe embargos de declaração às fls. 1.109/1.121, com fulcro nos artigos 897-A da CLT e 1.022 do CPC.

É o relatório.

VOTO

1 - CONHECIMENTO



PROCESSO Nº TST-ED-AIRR-761-44.2019.5.17.0009

Conheço dos embargos de declaração porque atendidos os pressupostos legais de admissibilidade.

2 - MÉRITO

Consta do acórdão embargado:

“(…)

A agravante sustenta que a imputação da responsabilidade subsidiária ao ente público encontra óbice no artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, cuja constitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADC nº 16, razão pela qual entende ser inaplicável o disposto no item V da Súmula nº 331 desta Corte, sobretudo após o julgamento do Tema 246 do Banco de Repercussão Geral do STF (RE nº 760.931), no qual restou expressamente vedada a transferência automática de responsabilidade subsidiária ao ente público em face de terceirização trabalhista. Aponta contrariedade ao referido verbete sumular, bem como ofensa ao citado artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 e aos demais dispositivos de lei e da Constituição Federal indicados nas razões do recurso de revista, suscitando, ainda, divergência jurisprudencial.

Ao exame.

Registro, inicialmente, que o recurso de revista foi interposto na vigência da Lei nº 13.467/2017.

Considerando a controvérsia jurisprudencial verificada nas Turmas do Tribunal Superior do Trabalho e nas manifestações do Supremo Tribunal Federal de qual(is) ato(s) omissivo(s) da Administração Pública autorizaria(m) a sua responsabilidade subsidiária, reconheço a transcendência jurídica da questão.

A controvérsia versada no recurso de revista está centrada na responsabilidade subsidiária do Ente Público pelos créditos trabalhistas devidos pela empresa prestadora de serviços.



PROCESSO Nº TST-ED-AIRR-761-44.2019.5.17.0009

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o precedente vinculante constituído pelo Tema 246 da Repercussão Geral (RE nº 760.931), fixou a tese jurídica segundo a qual “o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”.

Com isso, o Pretório Excelso deixou claro que a dicção do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, apesar de constitucional, como delimitado por ocasião do julgamento da ADC nº 16, não representa o afastamento total da responsabilidade civil do Estado em contratos de terceirização, mas, ao revés, indica a existência de tal responsabilidade em caso de haver elementos de comprovação da culpa do ente público pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas da empresa terceirizada.

Tendo em vista o substrato fático do acórdão regional, no sentido de que restou demonstrada a ausência da adequada fiscalização por parte do ente da Administração Pública, acerca do cumprimento das obrigações trabalhistas a cargo da empresa prestadora de serviços, conclui-se que o acórdão recorrido está em conformidade com a tese fixada pela Suprema Corte no precedente de repercussão geral citado e com a atual redação do item V da Súmula nº 331 do TST.

Por outro lado, somente com o reexame do conjunto fático probatório da ação trabalhista, procedimento vedado em sede de recurso de revista, seria possível concluir pela ausência de culpa do ente da Administração Pública na fiscalização das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços contratada.

O processamento da revista encontra óbice, assim, no Verbete nº 126 desta Corte Superior.

Nego provimento” (fls. 1.104/1.105).



PROCESSO Nº TST-ED-AIRR-761-44.2019.5.17.0009

O reclamado ESTADO DO ESPÍRITO SANTO opõe embargos de declaração, alegando a existência de **contradição** no julgado em relação a dois aspectos.

No primeiro ponto, aduz que, *"da leitura do trecho do v. Acórdão Regional acima transcrito, resta cristalino que houve fiscalização por parte do Estado do Espírito Santo e a ausência total de demonstração – de forma específica e individualizada – da sua conduta culposa e o nexo de causalidade"* (fls. 1.112). em razão disso, defende que *"o entendimento consignado no v. Acórdão embargado não pode prevalecer, pois a atribuição de responsabilidade subsidiária ao ente público depende de efetiva demonstração da conduta culposa decorrente da completa ausência de fiscalização, o que não restou identificado nos autos"* (fls. 1.114).

No segundo ponto, sustenta ser inaplicável o óbice contido na Súmula 126 do TST, sob o argumento de que não buscou o reexame do contexto fático-probatório, mas sim o reenquadramento jurídico da situação consignada no acórdão regional. Afirma que esta Quinta Turma examinou de forma equivocada os pressupostos fáticos registrados pela instância ordinária.

Não há qualquer vício a ser sanado.

A contradição que autoriza embargos declaratórios é aquela que ocorre entre os vários tópicos da fundamentação (incoerência interna) ou quando a conclusão está dissonante da fundamentação (e não pela contrariedade aos interesses da parte ou entre as razões de decidir e os preceitos legais ou jurisprudenciais por ela tidos como violados ou contrariados).

No caso, a fundamentação do julgado embargado é no sentido de que a Corte Regional constatou que o ente público deixou de fiscalizar a prestadora dos serviços terceirizados, de modo que não há como afastar o reconhecimento da responsabilidade subsidiária da Administração Pública. Assim, a conclusão lógica do exame do agravo de instrumento interposto pelo reclamado ESTADO DO ESPÍRITO SANTO é o seu não provimento, uma vez que a decisão regional está de acordo com o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal. Logo, não há contradição a ser sanada.

Na verdade, ao alegar que *"houve fiscalização por parte do Estado do Espírito Santo e a ausência total de demonstração – de forma específica e individualizada*



PROCESSO Nº TST-ED-AIRR-761-44.2019.5.17.0009

- da sua conduta culposa e o nexo de causalidade" (fls. 1.112) e que "não há se falar em proibição decorrente da Súmula 126/TST, quando a parte não pretende reexame de prova" (fls. 1.115), o embargante não aponta contradição no julgado, mas se limita a demonstrar seu inconformismo com a decisão embargada.

Contudo, não cabe a esta Turma verificar se a sua decisão está (ou não) correta, tampouco os embargos de declaração se destinam a essa finalidade.

Logo, não há qualquer dos vícios especificados no artigo 897-A da CLT, tampouco é o presente recurso expediente para a parte manifestar seu inconformismo a respeito da decisão proferida.

Em seguida, o reclamado ESTADO DO ESPÍRITO SANTO indica **omissão** no julgado embargado. Argumenta que não foram examinados os temas relativos à **nulidade processual por negativa de prestação jurisdicional** e ao **adicional de insalubridade** (sob o enfoque de que seu pagamento decorreu de previsão em norma coletiva e de que era necessária a realização de perícia médica a fim de se reconhecer o direito ao adicional).

Afirma que "as referidas alegações em nada se relacionam com as alegações de inexistência de responsabilidade subsidiária do Estado do Espírito Santo" e que, portanto, devem ser apreciadas por esta Turma.

Com razão.

Em exame ao acórdão embargado, observa-se que não houve exame dos temas em destaque, matérias que foram trazidas no recurso de revista e renovadas no agravo de instrumento, motivo pelo qual **se constata omissão no julgado**, que passa a ser sanada conforme a seguinte fundamentação:

No tocante à arguição de **nulidade processual do acórdão regional por negativa de prestação jurisdicional**, o reclamado ESTADO DO ESPÍRITO SANTO afirma que a Corte Regional não se manifestou acerca de questões relevantes para o deslinde da controvérsia.

De plano, inviável o processamento do recurso de revista, quanto ao tema em exame.

Dispõe o art. 896, § 1º-A, IV, da CLT que é ônus da parte "transcrever na peça recursal, no caso de suscitar preliminar de nulidade de julgado por negativa de prestação jurisdicional, o trecho dos embargos declaratórios em que foi pedido o pronunciamento do tribunal sobre questão veiculada no recurso ordinário e o trecho da



PROCESSO Nº TST-ED-AIRR-761-44.2019.5.17.0009

decisão regional que rejeitou os embargos quanto ao pedido, para cotejo e verificação, de plano, da ocorrência da omissão".

No caso, o agravante não atendeu ao comando legal, uma vez que não transcreveu o trecho do acórdão resolutório dos embargos de declaração, a fim de demonstrar a ausência de pronunciamento do Tribunal sobre questão veiculada no recurso ordinário. Sendo assim, inviável o processamento do recurso de revista no particular.

Já em relação ao **adicional de insalubridade**, o reclamado ESTADO DO ESPÍRITO SANTO busca a reforma do acórdão regional, sob a alegação de que é inconstitucional a previsão em norma coletiva de pagamento dessa verba de forma indistinta e geral para todos os auxiliares de serviços gerais. Sustenta que norma coletiva não pode prevalecer sobre legislação, que condiciona o pagamento do adicional ao reconhecimento das condições insalubres, o que não ficou delineado nos autos. Afirma ser imprescindível a realização de prova técnica a fim de constatar a presença de agentes nocivos à saúde do trabalhador.

Inviável o processamento do recurso de revista neste particular.

Isso porque se observa do despacho denegatório do recurso de revista (fls. 989/992) que o Tribunal Regional não se manifestou sobre o referido tema, tampouco houve oposição de embargos de declaração a fim de sanar omissão. Logo, operou-se a preclusão da matéria, nos termos do art. 1º, § 1º, da Instrução Normativa nº 40 do TST.

Diante do exposto, **acolho** os embargos de declaração, a fim de sanar omissão e acrescentar fundamentação ao acórdão embargado, mas sem modificação do julgado.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, **acolher** os embargos de declaração, a fim de sanar omissão e acrescentar fundamentação ao acórdão embargado, sem atribuição de efeito modificativo ao julgado.

Brasília, 18 de maio de 2022.



PROCESSO Nº TST-ED-AIRR-761-44.2019.5.17.0009

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

JOÃO PEDRO SILVESTRIN
Desembargador Convocado Relator

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 10049C0FB0616BFB08.



PROCESSO N° TST-AIRR-761-44.2019.5.17.0009

A C Ó R D ã O
(5ª Turma)
GDCJPS/

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. APELO SUBMETIDO À LEI N° 13.467/2017. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA. EXISTÊNCIA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL N° 246 DO STF. CULPA IN VIGILANDO DELIMITADA NO ACÓRDÃO REGIONAL.

1. Considerando a controvérsia jurisprudencial verificada nas Turmas do Tribunal Superior do Trabalho e nas manifestações do Supremo Tribunal Federal de qual(is) ato(s) omissivo(s) da Administração Público autorizaria(m) a sua responsabilidade subsidiária, reconheço a transcendência jurídica da questão.

2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o precedente vinculante constituído pelo Tema 246 da Repercussão Geral (RE n° 760.931), fixou a tese jurídica segundo a qual *"o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei n° 8.666/93."*

3. Com isso, o Pretório Excelso deixou claro que a dicção do art. 71, § 1º, da Lei n° 8.666/1993, apesar de constitucional, como delimitado por ocasião do julgamento da ADC n° 16, não representa o afastamento total da responsabilidade civil do Estado em contratos de terceirização, mas, ao revés, indica a existência de tal responsabilidade em caso de haver elementos de comprovação da culpa do ente público pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas da empresa terceirizada.



PROCESSO N° TST-AIRR-761-44.2019.5.17.0009

4. Tendo em vista o substrato fático do acórdão regional, no sentido de que restou demonstrada a ausência da adequada fiscalização por parte do ente da Administração Pública, acerca do cumprimento das obrigações trabalhistas a cargo da empresa prestadora de serviços, conclui-se que o acórdão recorrido está em conformidade com a tese fixada pela Suprema Corte no precedente de repercussão geral citado e com a atual redação do item V da Súmula n° 331 do TST.

5. Por outro lado, somente com o reexame do conjunto fático probatório da ação trabalhista, procedimento vedado em sede de recurso de revista, seria possível concluir pela ausência de culpa do ente da Administração Pública na fiscalização das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços contratada. O processamento da revista encontra óbice, assim, no Verbete n° 126 desta Corte Superior.

Agravo de instrumento conhecido e não provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n° **TST-AIRR-761-44.2019.5.17.0009**, em que é Agravante **ESTADO DO ESPÍRITO SANTO** e Agravado **SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO e PRISMA SERVICOS EIRELI**.

Trata-se de agravo de instrumento, objetivando o processamento do recurso de revista em que se discute a responsabilidade subsidiária do ente da Administração Pública pelos débitos trabalhistas da empresa prestadora de serviços.



PROCESSO N° TST-AIRR-761-44.2019.5.17.0009

Intimada a parte contrária para apresentação de razões de contrariedade.

É o relatório.

V O T O

1. CONHECIMENTO

Preenchidos os pressupostos legais de admissibilidade recursal, **conheço** do agravo de instrumento.

2. MÉRITO

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. APELO SUBMETIDO À LEI N° 13.467/2017. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA. EXISTÊNCIA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL N° 246 DO STF. CULPA IN VIGILANDO DELIMITADA NO ACÓRDÃO REGIONAL.

O recurso de revista teve seu processamento denegado no âmbito do Tribunal Regional pelos seguintes fundamentos:

PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Tempestivo o recurso (ciência da decisão em 22/07/2020 - fl(s)/Id ; petição recursal apresentada em 06/08/2020 - fl(s)/Id 8ffd9f5).

Regular a representação processual, nos termos da Súmula 436, I, do TST - Id 8ffd9f5.

A parte recorrente está isenta de preparo, conforme CLT, artigo 790-A, I, e DL 779/69, artigo 1.º, IV.

PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO / Atos Processuais / Nulidade / Negativa de Prestação Jurisdicional.

Ao arguir a nulidade do acórdão por negativa de prestação jurisdicional, cabe à parte transcrever, em seu apelo, o trecho dos embargos declaratórios em que foi pedido o pronunciamento do tribunal sobre questão veiculada no recurso ordinário, bem como o trecho da decisão regional que



PROCESSO Nº TST-AIRR-761-44.2019.5.17.0009

rejeitou os embargos quanto ao pedido, como requer o artigo 896, §1º-A, IV, da CLT, de forma a viabilizar o cotejo e a verificação, de plano, da ocorrência da omissão. Não tendo a recorrente se desincumbido de seu ônus, nesse aspecto, inviável o recurso, no particular.

Registre-se, por oportuno, que tal exigência, inserida expressamente no texto da CLT com o advento da Lei 13.467/2017, já estava consagrada na pacífica jurisprudência da Colenda Corte Revisora, em razão do disposto no artigo 896, §1º-A, da CLT, incluído no texto consolidado pela Lei 13.015/2014. Nesse sentido:

"RECURSO DE EMBARGOS. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. ART. 896, § 1º-A, INCS. I, II E III, DA CLT. ARGUIÇÃO DE NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. REQUISITOS FORMAIS. 1. A Turma, com fundamento na inobservância da exigência contida no art. 896, § 1º-A, inc. I, da CLT, deixou de conhecer de arguição de nulidade da decisão proferida pelo Tribunal Regional, por negativa de prestação jurisdicional, suscitada no Recurso de Revista. 2. Pacificou-se, na SDI-1, desta Corte, que, consoante os termos do art. 896, § 1º-A, incs. I, II e III, da CLT, introduzido pela Lei 13.015/2014, afigura-se imprescindível à parte que, em Recurso de Revista, arguir a nulidade da decisão recorrida, por negativa de prestação jurisdicional, demonstrar nas razões do seu recurso, mediante a transcrição do trecho da petição dos Embargos de Declaração e do trecho do acórdão respectivo, a recusa do Tribunal Regional em apreciar a questão objeto do recurso ou a apreciação de forma incompleta. 3. A fim de observar o princípio da impugnação específica e de desincumbir-se do ônus de comprovar a recusa do Tribunal em prestar a jurisdição completa, a parte deverá demonstrar, objetivamente, que exigiu dele a apreciação da questão mediante a oposição dos indispensáveis embargos de declaração alusivos ao tema objeto da arguição de nulidade. Do contrário, estar-se-á diante da impugnação genérica da decisão proferida pelo Tribunal Regional, inviabilizando o exame das violações a que faz referência a Súmula 459 desta Corte". (E-RR - 20462-66.2012.5.20.0004 , Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 16/03/2017, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 08/09/2017)



PROCESSO Nº TST-AIRR-761-44.2019.5.17.0009

No mesmo sentido: E-RR - 1522-62.2013.5.15.0067, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 16/03/2017, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 20/10/2017; E-ED-RR - 543-70.2013.5.23.0005, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 04/05/2017, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 12/05/2017.

Responsabilidade Solidária / Subsidiária.

Alegação(ões):

- contrariedade ao: item V da Súmula nº 331; item VI da Súmula nº 331; item I da Súmula nº 448 do Tribunal Superior do Trabalho.

- contrariedade à: Orientação Jurisprudencial nº 278 da SBDI-I/TST.

- violação do inciso II do artigo 5º; inciso LV do artigo 5º; inciso XXII do artigo 7º; inciso XXIII do artigo 7º; inciso XXVI do artigo 7º; inciso III do artigo 8º; artigo 22; artigo 37-C da Constituição Federal.

- violação do §1º do artigo 71 da Lei nº 8666/1993; artigo 155 da Consolidação das Leis do Trabalho; artigo 156 da Consolidação das Leis do Trabalho; artigo 189 da Consolidação das Leis do Trabalho; artigo 190 da Consolidação das Leis do Trabalho; artigo 195 da Consolidação das Leis do Trabalho; artigo 611 da Consolidação das Leis do Trabalho; inciso XII do artigo 611-A da Consolidação das Leis do Trabalho; artigo 611-B da Consolidação das Leis do Trabalho; artigo 623-C da Consolidação das Leis do Trabalho; parágrafo único do artigo 623 da Consolidação das Leis do Trabalho.

- divergência jurisprudencial.

contrariedade à Súmula nº 190 e nº 460, do Supremo Tribunal Federal.

O recorrente insurge-se contra a sua reponsabilização subsidiária.

No intuito de demonstrar o prequestionamento da matéria em epígrafe, a parte recorrente transcreveu o seguinte trecho do v. acórdão:

"(...)

Dessa forma, resta claro que o segundo réu se beneficiou da prestação de serviços dos reclamantes, fator preponderante para atrair a responsabilidade subsidiária, cujo objetivo é permitir a satisfação do credor trabalhista, em decorrência do aproveitamento de sua força de trabalho, ainda que indiretamente.



PROCESSO Nº TST-AIRR-761-44.2019.5.17.0009

(...)

Ao contrário do que alega o segundo reclamado, os elementos dos autos revelam que não ficou comprovada a fiscalização efetiva por sua parte, pois, restou demonstrado que foi sonegado aos reclamantes o pagamento do adicional de insalubridade. Destaco que os documentos juntados aos demonstram que o segundo reclamado não efetuou fiscalização efetiva, na medida em que a Convenção Coletiva juntada determina o pagamento do adicional de insalubridade em grau máximo aos auxiliares de serviços gerais. Fica evidente que se a fiscalização fosse efetiva, em face da sonegação do referido adicional, o 2º réu não teria mantido contrato de prestação de serviços em tais circunstâncias.

O segundo réu, portanto não vigiou, de forma eficaz, a prestação dos serviços quanto aos direitos trabalhistas, logo, incorreu em culpa in vigilando, já que era obrigação sua fiscalizar o cumprimento do contrato, como já dito, especialmente no que tange ao cumprimento por parte do empregador do pagamento das verbas trabalhistas, exurgindo daí sua responsabilidade. Assento que dos autos demonstram que não houve a efetiva fiscalização realizada pelo segundo réu, como destacado.

Ademais, importa ressaltar que há, no contrato celebrado entre os réus, cláusula de garantia, na qual a contratada garante a execução do contrato na modalidade seguro garantia, o que justifica ainda mais a responsabilização do 2ª reclamado.

Se o tomador de serviços se beneficiou do trabalho dos reclamantes, justo e lícito atribuir-lhe responsabilidade subsidiária pelos créditos devidos aos autores. Além do mais, foi em cumprimento ao contrato de prestação de serviços entre os reclamados que os direitos dos empregados foram lesados.

(...)

A responsabilidade subsidiária, além de objetiva, é irrestrita, não importando a natureza jurídica da verba, não havendo como se limitar a responsabilidade do tomador de serviços, pois a subsidiariedade compreende o pagamento de todas as parcelas inadimplidas pelo prestador de serviços contratado. Inclusive benefícios previstos em normas coletivas.

Portanto, inconteste que TODAS as verbas deferidas em sentença são abrangidas pela responsabilidade subsidiária, até porque não há obrigação



PROCESSO Nº TST-AIRR-761-44.2019.5.17.0009

personalíssima de pagar, pois dinheiro é bem fungível e a obrigação pode ser cumprida por qualquer devedor. Neste ponto, razão assiste à insurgência obreira, cabendo a extensão da responsabilidade subsidiária ao pagamento do adicional de insalubridade.

(...)

Logo, se é decorrente do inadimplemento, por parte do empregador direto, de obrigações inerentes ao contrato de trabalho, não há razão para isentar o tomador do serviço da obrigação de pagar o direito ora postulado, uma vez que se beneficiou do cumprimento das obrigações inerentes ao empregado.

(...)."

Assim, em nova análise sobre o caso, observo ser iterativo o entendimento do TST no sentido de caracterizar a culpa in vigilando da Administração Pública tomadora de serviços, quando esta não tiver se desincumbido do seu ônus da prova acerca da efetiva fiscalização da empresa prestadora de serviços, quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas, conforme decisão exarada pela SDI-I no E-RR-925-07.2016.5.05.0281 (Relator: Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, acórdão publicado em 25/05/2020).

No mesmo sentido: AIRR-10008-49.2015.5.15.0137, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, 9/3/2018; AIRR-86-76.2015.5.11.0401, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, DEJT 11/11/2016; AIRR-1859-45.2013.5.10.0017, Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, DEJT 29/4/2016; RR-1000672-55.2014.5.02.0313, Relatora Ministra Delaíde Miranda Arantes, 2ª Turma, DEJT 11/11/2016.

Além disso, verifica-se que a C. Turma, após analisar o caso concreto, assentou estar evidenciada a culpa in vigilando da tomadora de serviços, ora recorrente, ao não fiscalizar a empresa prestadora, quanto ao adimplemento das obrigações trabalhistas assumidas com o obreiro-recorrido. Assim, a decisão se encontra em consonância com o disposto na Súmula 331, itens IV e V, do Eg. TST, o que torna inviável o prosseguimento do apelo, com fulcro no artigo 896, § 7º, da CLT e Súmula 333, do Eg. TST.

CONCLUSÃO

DENEGO seguimento ao recurso de revista.



PROCESSO Nº TST-AIRR-761-44.2019.5.17.0009

A agravante sustenta que a imputação da responsabilidade subsidiária ao ente público encontra óbice no artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, cuja constitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADC nº 16, razão pela qual entende ser inaplicável o disposto no item V da Súmula nº 331 desta Corte, sobretudo após o julgamento do Tema 246 do Banco de Repercussão Geral do STF (RE nº 760.931), no qual restou expressamente vedada a transferência automática de responsabilidade subsidiária ao ente público em face de terceirização trabalhista. Aponta contrariedade ao referido verbete sumular, bem como ofensa ao citado artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 e aos demais dispositivos de lei e da Constituição Federal indicados nas razões do recurso de revista, suscitando, ainda, divergência jurisprudencial.

Ao exame.

Registro, inicialmente, que o recurso de revista foi interposto na vigência da Lei nº 13.467/2017.

Considerando a controvérsia jurisprudencial verificada nas Turmas do Tribunal Superior do Trabalho e nas manifestações do Supremo Tribunal Federal de qual(is) ato(s) omissivo(s) da Administração Pública autorizaria(m) a sua responsabilidade subsidiária, reconheço a **transcendência jurídica** da questão.

A controvérsia versada no recurso de revista está centrada na responsabilidade subsidiária do Ente Público pelos créditos trabalhistas devidos pela empresa prestadora de serviços.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o precedente vinculante constituído pelo Tema 246 da Repercussão Geral (RE nº 760.931), fixou a tese jurídica segundo a qual "o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante



PROCESSO Nº TST-AIRR-761-44.2019.5.17.0009

a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”.

Com isso, o Pretório Excelso deixou claro que a dicção do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, apesar de constitucional, como delimitado por ocasião do julgamento da ADC nº 16, não representa o afastamento total da responsabilidade civil do Estado em contratos de terceirização, mas, ao revés, indica a existência de tal responsabilidade em caso de haver elementos de comprovação da culpa do ente público pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas da empresa terceirizada.

Tendo em vista o substrato fático do acórdão regional, no sentido de que restou demonstrada a ausência da adequada fiscalização por parte do ente da Administração Pública, acerca do cumprimento das obrigações trabalhistas a cargo da empresa prestadora de serviços, conclui-se que o acórdão recorrido está em conformidade com a tese fixada pela Suprema Corte no precedente de repercussão geral citado e com a atual redação do item V da Súmula nº 331 do TST.

Por outro lado, somente com o reexame do conjunto fático probatório da ação trabalhista, procedimento vedado em sede de recurso de revista, seria possível concluir pela ausência de culpa do ente da Administração Pública na fiscalização das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços contratada.

O processamento da revista encontra óbice, assim, no Verbete nº 126 desta Corte Superior.

Nego provimento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, **conhecer** do agravo de instrumento e, no mérito, **negar-lhe** provimento.

Brasília, 26 de maio de 2021.



PROCESSO N° TST-AIRR-761-44.2019.5.17.0009

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

JOÃO PEDRO SILVESTRIN
Desembargador Convocado Relator

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 1004285EA6DFED7553.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO

gdcacm-9

PROCESSO nº 0000761-44.2019.5.17.0009 RORSum

RECORRENTE: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES

RECORRIDO: PRISMA SERVICOS EIRELI - EPP, ESTADO DO ESPIRITO SANTO

RELATOR: DESEMBARGADOR CLÁUDIO ARMANDO COUCE DE MENEZES

EMENTA

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO. FALHA NO DEVER DE FISCALIZAÇÃO. CULPA CONFIGURADA. Em virtude da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC 16, o C. Tribunal Superior do Trabalho incluiu o item V, na Súmula 331, mas sem afastar a possibilidade de responsabilização do ente público. Com efeito, a condenação subsidiária da Administração Pública decorre da culpa *in eligendo* e *in vigilando*, com base nos artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002. A culpa *in vigilando* se revela porque o contratante tem o poder de fiscalizar as obrigações existentes entre a empresa prestadora dos serviços e o empregado, nos termos dos artigos 58, III e 78, VII, da Lei 8.666/93. No âmbito do Direito Administrativo, os poderes da Administração possuem caráter meramente instrumental, tendo como único objetivo a satisfação do interesse público, que não se confunde com o interesse da Administração. Por isso que, nas palavras do Professor Celso Antonio Bandeira de Mello, o poder administrativo há de ser visto como um "poder-dever". Assim, no exercício do poder de fiscalizar a execução do contrato, a Administração tem o dever de zelar pelo atendimento dos direitos sociais dos trabalhadores que prestam serviços a seu favor, atendendo aos mais altos valores constitucionais, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e o valor social do trabalho (art. 1º, IV, e 170, da CF).

1. RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário interposto pelo sindicato-autor em face da r. sentença que julgou parcialmente procedente o pleito da inicial.

Nas razões requer a condenação do 2º reclamado (Estado do Espírito Santo) na responsabilidade subsidiária.

Contrarrazões do Ente Público pela manutenção da sentença.

Parecer do MTP oficializando pelo conhecimento e provimento do recurso.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. CONHECIMENTO

Conheço do recurso ordinário do sindicato-autor, por presentes os pressupostos de admissibilidade.

Considero as contrarrazões, por regulares e tempestivas.

2.2. MÉRITO

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO

Busca o reclamante a reforma da r. *decisum* que julgou improcedente a condenação do 2º reclamado na forma da responsabilidade subsidiária, com esteio nos seguintes fundamentos:

" I-2-5-DA RESPONSABILIDADE DO 2º RECLAMADO

O 2º Reclamado contratou a 1ª Reclamada para execução de serviços de conservação e limpeza nas dependências da Polícia Militar do Espírito Santo, conforme instrumentos contratuais constantes dos autos.

Decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal prolatada na Ação Direta de Constitucionalidade nº 16-9 reiterou a eficácia plena no campo constitucional do disposto no artigo 71 da Lei 8.666/93, que consagra a irresponsabilidade patrimonial da Administração Pública - The King can do no wrong - em face dos Trabalhadores prestadores de serviço intermediados por interposta pessoa jurídica, verbis:

"Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis".

Restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal que é indispensável a prova da culpa in eligendo ou in vigilando por quem imputa à Administração Pública a responsabilização executória secundária, também dita subsidiária.

Desse modo, por força vinculante (CRFB, art.102, §2º, III), o colendo Tribunal Superior do Trabalho alterou o teor do inciso V do enunciado n.º 331 da Súmula da Jurisprudência do colendo Tribunal Superior do Trabalho, que assim passou a ser redigido, verbis:

"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".

Logo, impõe-se o implemento da conduta culposa pelo ente da Administração Pública para impor-se a sua responsabilização trabalhista executória secundária.

E o da dilação probatória não foi o bastante para se inferir o implemento da conduta culposa pelo ente da Administração Pública para que se imponha a sua responsabilização trabalhista executória secundária, não se desincumbindo o Autor de seu ônus processual de comprovar o fato constitutivo de seu direito (CLT, art. 818).

Por conseguinte, não se tutela o pedido jurisdicional em face do 2º Reclamado (ESTADO DO ESPÍRITO SANTO)."

Alega que " É de responsabilidade do ente público a contratação da empregadora, incluindo observar a idoneidade econômico-financeira da prestadora, bem como fiscalizar a execução do contrato e das obrigações trabalhistas", asseverando que restou demonstrada a culpa do ente público que não elegeu empresa idônea e tampouco fiscalizou de forma eficaz o contrato celebrado entre os reclamados.

Apona os artigos 58, III, 67, e 78, VII, da Lei 8.666/93, 1º, III e IV, 37, XXI, da CF, bem como a Súmula 331 do TST (incisos IV e V).

Requer, assim, a condenação subsidiária do ente público no pagamento das verbas deferidas na r. sentença.

Pois bem.

Restou incontroverso que os autores foram contratados pela primeira reclamada para prestar serviços em favor do segundo réu, tendo em vista que o recorrente contratou a primeira ré como prestadora de serviços, tratando-se, pois, em evidente terceirização de serviços.

Quanto ao processo de terceirização e sua influência no Direito do Trabalho, em especial quanto às responsabilidades do tomador e do prestador dos serviços pelos créditos dos trabalhadores, coube, sobretudo, ao Julgador, traçar um caminho para a interpretação das relações triangulares de trabalho, baseada nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, de modo a assegurar uma proteção jurídica mínima ao trabalhador.

Nesta difícil arte, o C. TST editou a Súmula 331, que prevê a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços diante do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, desde que tenha participado da relação processual e conste do título executivo judicial.

Em virtude da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC 16, o C. TST incluiu o item V na Súmula 331, mas sem afastar a possibilidade de responsabilização do ente público:

SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE(nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

(...)

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos 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.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.

O Supremo Tribunal Federal ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, com eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 102, § 2º, da Constituição Federal), declarou constitucional o art. 71, § 1º, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), na redação que lhe deu o art. 4º da Lei nº 9.032/95, com a consequência de que o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública, após regular licitação, não acarreta a esta última, de forma automática e em qualquer hipótese, sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles direitos.

No entanto, segundo também expressamente decidido naquela mesma sessão de julgamento pelo STF, isso não significa que, em determinado caso concreto, com base nos elementos fático-probatórios delineados nos autos e em decorrência da interpretação sistemática daquele preceito legal em combinação com outras normas infraconstitucionais igualmente aplicáveis à controvérsia, não se possa identificar a presença de culpa in vigilando na conduta omissiva do ente público contratante, diante da ausência comprovada de fiscalização daquelas obrigações trabalhistas devidas pelo empregador, como estabelecem as normas da Lei de Licitações.

Portanto, mesmo após a decisão proferida na ADC nº 16-DF, continua perfeitamente possível, com base nos elementos fáticos delineados nos autos e do conjunto das normas infraconstitucionais que regem a matéria, que se reconheça a responsabilidade extracontratual, patrimonial ou aquiliana do ente público contratante, autorizadora de sua condenação, ainda que de forma subsidiária, ao pagamento dos direitos trabalhistas de natureza alimentar dos trabalhadores terceirizados que colocaram sua força de trabalho em seu benefício.

Sendo assim, a partir da decisão do E. STF, a responsabilidade subsidiária somente pode ser imputada ao integrante da Administração Pública, quando comprovada sua culpa no exercício da fiscalização do contrato de prestação de serviços e não pelo simples inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada, o que resta claro com a nova redação conferida ao inciso V, da Súmula 331, TST (RR 938-35.2011.5.09.0001, data de julgamento: 12/06/13, Relatora: Ministra Maria de Assis Calsing 4.ª Turma, DEJT: 14/06/13).

Com efeito, a condenação subsidiária decorre da culpa in eligendo e vigilando do segundo réu, com base nos artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002.

Culpa in eligendo, porque o recorrente deveria ter sido mais cauteloso na escolha de seu contratado, no que toca à idoneidade econômico-financeira.

A culpa in vigilando se revela porque o contratante tem o poder de fiscalizar as obrigações existentes entre a empresa prestadora dos serviços e o empregado, nos termos dos artigos 58, III e 78, VII, da Lei 8.666/93:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

(...)

III - fiscalizar-lhes a execução;

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;

Ressalto que, no âmbito do Direito Administrativo, os poderes da Administração possuem caráter meramente instrumental, tendo como único objetivo a satisfação do interesse público, que não se confunde com o interesse da Administração. Por isso que, nas palavras do Professor Celso Antonio Bandeira de Mello, o poder administrativo há de ser visto como um "poder-dever".

Assim, no exercício do poder de fiscalizar a execução do contrato, a Administração tem o dever de zelar pelo atendimento dos direitos sociais dos trabalhadores que prestam serviços a seu favor, atendendo aos mais altos valores constitucionais, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e o valor social do trabalho (art. 1º, IV, e 170, da CF).

Além disso, insta ressaltar que a Lei 8.666/93 estabelece uma série de direitos e garantias para a Administração Pública se resguardar de eventual inadimplemento do contratado:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes conseqüências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei:

(...)

III - execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;

IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.

Dessa forma, resta claro que o segundo réu se beneficiou da prestação de serviços dos reclamantes, fator preponderante para atrair a responsabilidade subsidiária, cujo objetivo é permitir a satisfação do credor trabalhista, em decorrência do aproveitamento de sua força de trabalho, ainda que indiretamente.

O escopo dessa interpretação é garantir o pagamento do crédito trabalhista do hipossuficiente, em situações em que inadimplente o real empregador.

E verificados o inadimplemento e a omissão no dever de fiscalização, o tomador de serviços é, de plano, responsável subsidiariamente, sem necessidade de se provar a efetiva inidoneidade financeira do empregador.

Ao contrário do que alega o segundo reclamado, os elementos dos autos revelam que não ficou comprovada a fiscalização efetiva por sua parte, pois, restou demonstrado que foi sonegado aos reclamantes o pagamento do adicional de insalubridade. Destaco que os documentos juntados aos demonstram que o segundo reclamado não efetuou fiscalização efetiva, na medida em que a Convenção Coletiva juntada determina o pagamento do adicional de insalubridade em grau máximo aos auxiliares de serviços gerais. Fica evidente que se a fiscalização fosse efetiva, em face da sonegação do referido adicional, o 2º réu não teria mantido contrato de prestação de serviços em tais circunstâncias.

O segundo réu, portanto não vigiou, de forma eficaz, a prestação dos serviços quanto aos direitos trabalhistas, logo, incorreu em culpa in vigilando, já que era obrigação sua fiscalizar o cumprimento do contrato, como já dito, especialmente no que tange ao cumprimento por parte do empregador do pagamento das verbas trabalhistas, exsurgindo daí sua responsabilidade. Assento que dos autos demonstram que não houve a efetiva fiscalização realizada pelo segundo réu, como destacado.

Ademais, importa ressaltar que há, no contrato celebrado entre os réus, cláusula de garantia, na qual a contratada garante a execução do contrato na modalidade seguro garantia, o que justifica ainda mais a responsabilização do 2ª reclamado.

Se o tomador de serviços se beneficiou do trabalho dos reclamantes, justo e lícito atribuir-lhe responsabilidade subsidiária pelos créditos devidos aos autores. Além do mais, foi em cumprimento ao contrato de prestação de serviços entre os reclamados que os direitos dos empregados foram lesados.

Por outro lado, não se pode entender que o comando normativo do art. 71 da Lei n. 8.666/93, de Licitações e Contratos, exime a administração pública da responsabilidade subsidiária pelo não cumprimento dos encargos trabalhistas quando houver inadimplemento do empregador.

O legislador objetivou, com o citado texto legal, apenas impedir que a administração pública assumisse a responsabilidade principal do contrato, não permitindo a existência de vínculo de emprego de empregados de empresa interposta com órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, em desobediência ao princípio do concurso público, inserto no art. 37, II, da Constituição.

Ressalte-se também não haver qualquer ofensa ao princípio constitucional da legalidade e da separação de poderes em razão da edição da Súmula 331/TST, instituída com a finalidade de regular a situação de terceirização em face dos créditos trabalhistas. Saliente-se, também, que a responsabilidade subsidiária de entidades jurídicas de direito público, tratada na Súmula 331/TST, não foi editada com desprezo aos dispositivos da Lei nº 8.666/93.

Princípios constitucionais também fundamentam a condenação do tomador dos serviços, de forma subsidiária.

O art. 170 da Constituição da República tem por escopo fincar o primado do trabalho:

"A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da Justiça Social..."

Igualmente o art. 1.º, inciso IV, erigiu "os valores sociais do trabalho", como um dos fundamentos do Estado.

Conclui-se, então, que nosso ordenamento jurídico está voltado ao primado do trabalho, aos valores sociais, à garantia da dignidade do trabalho. Nada disso restará assegurado se não imputarmos responsabilidade a todos os que se valeram da prestação dos serviços.

O juiz, a teor do art. 5.º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ao aplicar a lei, atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Portanto, a responsabilidade subsidiária decorre da comprovação da não fiscalização efetiva do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços, configurando a culpa in vigilando.

Acresça-se que, em face do processo de terceirização, não compete ao empregado da empresa prestadora de serviços suportar ônus decorrente da omissão da Administração Pública no dever de fiscalizar a empresa prestadora contratada. E esta fiscalização deve ser contínua e preventiva, a fim de evitar não só o comprometimento do contrato firmado, como também evitar a violação de direitos trabalhistas.

O segundo reclamado já se beneficiou do trabalho prestado pelos reclamantes; e, como os autores se desincumbiram de comprovar a ausência de fiscalização efetiva do cumprimento das obrigações

trabalhistas, agora, nada mais justo que o retribuir, por meio de sua responsabilidade subsidiária pelo pagamento das verbas deferidas.

Destarte, nos termos do item VI, da Súmula 331 do TST, "A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral", incluindo o adicional de insalubridade. Dessa forma, a responsabilidade subsidiária é ampla.

A responsabilidade subsidiária, além de objetiva, é irrestrita, não importando a natureza jurídica da verba, não havendo como se limitar a responsabilidade do tomador de serviços, pois a subsidiariedade compreende o pagamento de todas as parcelas inadimplidas pelo prestador de serviços contratado. Inclusive benefícios previstos em normas coletivas.

Portanto, incontestemente que TODAS as verbas deferidas em sentença são abrangidas pela responsabilidade subsidiária, até porque não há obrigação personalíssima de pagar, pois dinheiro é bem fungível e a obrigação pode ser cumprida por qualquer devedor. Neste ponto, razão assiste à insurgência obreira, cabendo a extensão da responsabilidade subsidiária ao pagamento do adicional de insalubridade.

Ressalto que, apesar da decisão proferida na ADC 16/STF, de caráter vinculante, revelando-se a omissão culposa do recorrente em relação à fiscalização pelo contrato celebrado - se a empresa contratada é ou não idônea, se paga ou não encargos decorrentes da relação de emprego e também dos empregados cuja força de trabalho lhe beneficiou, como no caso em tela - gera responsabilidade subsidiária.

Visto, então, em conformidade com a decisão proferida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal na ADC 16, que a contratação através de procedimento regular impõe ao administrador a verificação, na contratação, da idoneidade financeira da contratada, e, uma vez adjudicada a contratação, a fiscalização quanto ao regular cumprimento mensal, pelo vencedor/contratado, das obrigações alusivas às contribuições fiscais e sociais, encargos trabalhistas e cumprimento da legislação trabalhista, constata-se, sem maior dificuldade, que o ente público, através de seus agentes, causou prejuízo indiscutível aos autores por ter descuidado dos deveres que lhe incumbiam, o que conduz à responsabilização subsidiária.

Em face do acima exposto, in casu, a responsabilidade subsidiária do segundo reclamado está em plena consonância com a Súmula 331, do egrégio TST, e seus incisos V e VI.

Por fim, cabe salientar que a edição de súmulas é fruto da interpretação sistemática dos dispositivos que regulam a matéria debatida, refletindo a Súmula a jurisprudência do tema em comento, não sendo razoável admitir-se que a manifestação reiterada da Superior Corte Trabalhista seja contra legem ou inconstitucional. Ademais, a Corte Superior Trabalhista, com a edição da Súmula 331, não está editando lei, e sim interpretando diversos dispositivos legais e, desta forma, não se vislumbra violação aos dispositivos invocados (tais como o artigo 5º, II ou 37, II, da CRFB) ou ao princípio da separação dos poderes (artigo 2º, da Constituição Federal).

Também não há falar-se em violação da Súmula vinculante 10/STF ou à cláusula de reserva de plenário. As súmulas no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, são formalizadas pela sua composição plenária. Assim, o disposto na Súmula 331, inciso V/TST, acerca da manutenção da responsabilidade subsidiária dos entes públicos, atende a exigência relacionada à cláusula de reserva de plenário a que aludem o art. 97 da Constituição Federal e a Súmula Vinculante 10/STF. Ademais, a decisão hostilizada não declarou a inconstitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/93, mas apenas consignou que referido dispositivo de lei não afasta a responsabilidade subsidiária do Recorrente.

Destaco, também, que não se configura violação ao artigo 37, XXI, da CF/88. Primeiramente, não se declarou a nulidade do contrato firmado pelo 2º Reclamado com o prestador e sequer se suscitou que este fosse fraudulento; além disso, não houve reconhecimento de vínculo de emprego dos trabalhadores diretamente com o

Recorrente e nem se entendeu que ele deva dirigir a atividade dos empregados da prestadora; entretanto, a tomadora deveria cumprir a obrigação legal fixada pelo artigo 55, da Lei 8.666/93, de fiscalizar o cumprimento do contrato e o adimplemento das obrigações trabalhistas pelo prestador de serviços contratado.

Logo, se é decorrente do inadimplemento, por parte do empregador direto, de obrigações inerentes ao contrato de trabalho, não há razão para isentar o tomador do serviço da obrigação de pagar o direito ora postulado, uma vez que se beneficiou do cumprimento das obrigações inerentes ao empregado.

De resto, a possibilidade de reconhecimento da responsabilidade subsidiária da tomadora pelo cumprimento das obrigações inadimplidas pela prestadora encontra-se expressamente contemplada no art. 2º, §5º, da Lei 13.429/2017 e no entendimento constante da Súmula 331 do E. TST.

Assim, **dou provimento ao apelo** para condenar o 2º Reclamado a responder subsidiariamente pelas verbas deferidas na presente ação.

Mantenho o valor da condenação. Custas pelo 1º reclamado.

3. CONCLUSÃO

Acordam os Magistrados da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, na Sessão Extraordinária Virtual, com início em 02 de junho de 2020, às 13h30min, e encerramento em 05 de junho de 2020, às 13h30min, sob a Presidência do Exmo. Desembargador Gerson Fernando da Sylveira Novais, com a participação do Exmo. Desembargador José Carlos Rizk, do Exmo. Desembargador Cláudio Armando Couce de Menezes, do Exmo. Desembargador Mário Ribeiro Cantarino Neto e do Procurador Regional do Trabalho, Dr. Levi Scatolin, por unanimidade, conhecer do recurso e, por maioria, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, vencido o Exmo. Desembargador Mário Ribeiro Cantarino Neto, que negava provimento ao apelo, mantendo a sentença, Mantido o valor da condenação. Custas pelo 1º reclamado.

CLÁUDIO ARMANDO COUCE DE MENEZES
Desembargador Relator

PJe



Assinado eletronicamente por: [CLAUDIO ARMANDO COUCE DE MENEZES] - fff1594

<https://pje.trt17.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>

 Documento assinado pelo Shodo



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO
9ª Vara do Trabalho de Vitória
ENDEREÇO: AVENIDA CLETO NUNES, 85, 7º andar, PARQUE MOSCOSO,
VITORIA - ES - CEP: 29018-906
EMAIL: vitv09@trtes.jus.br
ACum 0000761-44.2019.5.17.0009
AUTOR: SIND TRAB EMPRESAS ASSEIO CONS LIMP PUB E SERV SIMIL ES
RÉU: PRISMA SERVICOS EIRELI - EPP, ESTADO DO ESPIRITO SANTO

SENTENÇA

Vistos, etc

I-RELATÓRIO

SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO - SINDILIMPE/ES ajuizou Ação de Cumprimento em face de **PRISMA SERVIÇOS LTDA - EPP e ESTADO DO ESPÍRITO SANTO** postulando, pelos fatos e fundamentos apresentados, o atendimento dos pedidos apontados na inicial.

Audiência realizada em 16-09-2019. Ausente a 1ª Reclamada. Conciliação recusada. Defesa escrita com documentos pelo 2º Reclamado.

Sem mais provas, encerrada a instrução processual.

Razões finais orais remissivas.

Segunda proposta de conciliação recusada.

DECIDO

II-FUNDAMENTAÇÃO

II-1-QUESTÕES PRELIMINARES

II-1-1-DA ILEGITIMIDADE DO SINDICATO

O sindicato é entidade competente para representar a categoria dos trabalhadores que atuam no setor de asseio, conservação e limpeza pública, competindo a ele defender a titularidade do direito material da categoria (art. 8º, III, da CF/88 e art. 513 da CLT).

A legitimidade ativa do sindicato autor justifica-se na pretensão da defesa de direitos e interesses individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, III, do CDC); no caso, a alegação de

descumprimento de direito previsto em norma coletiva.

Afasto a preliminar.

II-1-2-DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DO 2º RECLAMADO

O 2º Reclamado foi indicado como devedor da relação jurídica material, o que basta para legitimá-lo a compor o polo passivo da demanda, em observância ao princípio da asserção, adotado pelo nosso ordenamento jurídico.

Afasto a preliminar.

II-2-MÉRITO

II-2-1-DA PRESCRIÇÃO

Esta ação de cumprimento foi proposta em 23/07/2019.

Acolho a prescrição bienal em relação aos substituídos que tenham se desligado da Reclamada em data anterior 23/07/2017.

No caso, não há falar em prescrição quinquenal, porque o pedido se refere ao adicional de insalubridade em período posterior a janeiro de 2016.

II-2-2-DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE PREVISTO EM CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

O Sindicato Autor requer a condenação da Reclamada ao pagamento do adicional de insalubridade em grau de 20% (vinte por cento) a todos os Auxiliares de Serviços Gerais, que tenham laborado ou laboram nas dependências do 2º Reclamado, ou seja, nos batalhões e demais unidades da Polícia Militar do Estado do Espírito Santo, em razão do contrato de prestação de serviço terceirizado.

A 1ª Reclamada, embora citada, não contestou.

O 2º Reclamado, em síntese, sustenta que a cláusula prevista em norma coletiva de trabalho não pode prosperar. Aduz que de forma genérica impõe o pagamento do adicional de insalubridade sem prova técnica para tanto.

Vejamos.

A cláusula décima da CCT 2015/2016, notadamente o parágrafo 1º, prevê:

"Fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção, a partir do dia 01 de Janeiro de 2015, procederão ao pagamento do adicional de insalubridade, em grau máximo, ou seja, no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre o piso da categoria R\$ 884,92 (Oitocentos e Oitenta e Quatro Reais e Noventa e Dois Centavos), para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial que realizam a limpeza de banheiros públicos de uso coletivo ou de grande circulação igual ou superior a 40 (quarenta) pessoas. O pagamento do adicional aqui previsto será pago enquanto perdurar a eficácia da súmula 448 do TST.

Parágrafo 1º - Especificamente na questão de efeitos pretéritos em contratos comerciais de prestação de serviços não mais existentes,

bem como nos contratos ativos, como contrapartida haverá indenização pecuniária através do pagamento do adicional de insalubridade pelo percentual de 20% (vinte por cento), a todos os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial de contratos comerciais públicos e privados, sendo pago da seguinte maneira: fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção, a partir do dia 01 de Janeiro de 2015, exclusivamente para novos contratos publico, privados e comerciais, procederão ao pagamento do adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre o piso da categoria R\$ 884,92 (Oitocentos e Oitenta e Quatro Reais e Noventa e Dois Centavos), para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial. Ficando acordado o prazo limite para concessão do benefício aqui previsto a todos os trabalhadores que exercem a função de Auxiliar de Serviços Gerais de limpeza predial, a partir de 31 de Dezembro de 2015, exceto os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial já enquadrados no caput desta cláusula.

Parágrafo 2º - Fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção, a partir do dia 01 de Janeiro de 2015, exclusivamente para novos contratos comerciais publico e privados, procederão ao pagamento do adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre o piso da categoria R\$ 884,92 (Oitocentos e Oitenta e Quatro Reais e Noventa e Dois Centavos), para a função de Merendeira. Ficando acordado o prazo limite para concessão do benefício aqui previsto a todos os trabalhadores que exercem a função de Merendeira, a partir de 31 de Dezembro de 2015.

Parágrafo 3º - Entende-se por limpeza predial, a limpeza realizada em escolas, comércios, shopping Center, aeroportos, portos, rodoviárias, bancos e imóveis em geral, públicos e privados, tanto na área geral como na área industrial.

Parágrafo 4º - Com a assinatura do presente aditivo, as partes se comprometem a informarem, nos autos das ações trabalhistas coletivas, ficando ressalvadas eventuais ações trabalhistas individuais em curso, que versem sobre o adicional de insalubridade de que trata o caput desta cláusula".

A cláusula décima, notadamente o parágrafo 1º, do Termo Aditivo à Convenção Coletiva de Trabalho 2016/2016 dispõe que:

"Fica convencionado que as empresas abrangidas por este Aditivo à Convenção Coletiva de Trabalho 2015/2016, a partir do dia 01 de Janeiro de 2016 procederão ao pagamento do adicional de insalubridade, em grau máximo, ou seja, no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre o piso da categoria R\$ 973,41 (novecentos e setenta e três reais e quarenta e um centavos), respeitando a jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial que realizam a limpeza de banheiros públicos de uso coletivo ou de grande circulação igual ou superior a 40 (quarenta) pessoas. O pagamento do adicional aqui previsto será pago enquanto perdurar a eficácia da súmula 448 do TST.

Parágrafo 1º - Especificamente na questão de efeitos pretéritos em contratos comerciais de prestação de serviços não mais existentes, bem como nos contratos ativos, como contrapartida haverá indenização pecuniária através do pagamento do adicional de insalubridade pelo percentual de 20% (vinte por cento) a todos os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial de contratos comerciais públicos e privados, sendo pago da seguinte maneira: fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção, a partir do dia 01 de janeiro 2016, procederão ao pagamento do adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre o piso da categoria R\$ 973,41 (novecentos e setenta e três reais e quarenta e um centavos), respeitando a jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial, exceto os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial já enquadrados no caput desta cláusula.

Parágrafo 2º - Fica convencionado que as empresas abrangidas por este Aditivo à Convenção Coletiva de Trabalho 2015/2016, a partir do dia 01 de Janeiro de 2016, procederão ao pagamento do adicional de 20% (vinte por cento) sobre o piso da categoria R\$ 973,41 (novecentos e setenta e três reais e quarenta e um centavos), respeitando a jornada laborada, para a função de Merendeira. Ficando acordado o prazo limite para concessão do benefício aqui previsto a todos os trabalhadores que exercem a função de Merendeira, a partir de 31 de Dezembro de 2015.

Parágrafo 3º - Entende-se por limpeza predial a limpeza realizada em escolas, comércios, shopping center, aeroportos, portos, rodoviárias, bancos e imóveis em geral, públicos e privados, tanto na área geral como na área industrial.

Parágrafo 4º - Com a assinatura do presente aditivo, as partes se comprometem a informarem nos autos das ações trabalhistas coletivas, ficando ressalvadas eventuais ações trabalhistas individuais em curso, que versem sobre o adicional de insalubridade de que trata o caput desta cláusula".

A cláusula décima da CCT 2017/2018, notadamente o parágrafo 1º, prevê:

"Fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção Coletiva de Trabalho 2017/2018, continuarão a realizar o pagamento do adicional de insalubridade, em grau máximo, ou seja, no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre o piso da categoria, já previsto nas CCTs de 2015/2016, sendo que a partir do dia 01 de Maio de 2017 o benefício será calculado com base no piso mínimo da categoria que é de R\$ 1.031,82 (Um Mil Trinta e Um Reais e Oitenta e Dois Centavos), respeitando a jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais banheirista que realizam a limpeza de banheiros públicos de uso coletivo ou de grande circulação igual ou superior a 40 (quarenta) pessoas. O pagamento do adicional aqui previsto será pago enquanto perdurar a eficácia da súmula 448 do TST.

Parágrafo 1º - Especificamente na questão de efeitos pretéritos em contratos comerciais de prestação de serviços não mais existentes, bem como nos contratos ativos, como contrapartida haverá indenização pecuniária através do pagamento do adicional de insalubridade pelo percentual de 20% (vinte por cento), a todos os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial de contratos comerciais públicos e privados, sendo pago da seguinte maneira: fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção, continuarão a realizar o pagamento do adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre o piso da categoria, já previsto nas CCTs de 2015/2016, sendo que a partir do dia 01 de Maio de 2017 o benefício será calculado com base no piso mínimo da categoria que é de R\$ 1.031,82 (Um Mil Trinta e Um Reais e Oitenta e Dois Centavos), respeitando a jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial, exceto os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial já enquadrados no caput desta cláusula.

Parágrafo 2º - Fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção Coletiva de Trabalho 2017/2018, continuarão a realizar o pagamento do adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre o piso da categoria, já previsto nas CCTs de 2015/2016, sendo que a partir do dia 01 de Maio de 2017 o benefício será calculado com base no piso mínimo da categoria que é de R\$ 1.031,82 (Um Mil Trinta e Um Reais e Oitenta e Dois Centavos), respeitando a jornada laborada, para a função de Merendeira.

Parágrafo 3º - Entende-se por limpeza predial, a limpeza realizada em escolas, comércios, shopping Center, aeroportos, portos, rodoviárias, bancos e imóveis em geral, públicos e privados, tanto na área geral como na área industrial.

Parágrafo 4º - Com a assinatura do presente, as partes se comprometem a informarem, nos autos das ações trabalhistas

coletivas, ficando ressalvadas eventuais ações trabalhistas individuais em curso, que versem sobre o adicional de insalubridade de que trata o caput desta cláusula."

A cláusula décima da CCT 2018, notadamente o parágrafo 1º, estabelece que:

"Fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção Coletiva de Trabalho 2017/2018, continuarão a realizar o pagamento do adicional de insalubridade, em grau máximo, ou seja, no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre o piso da categoria, sendo que a partir do dia 01 de Janeiro de 2018 o benefício será calculado com base no piso mínimo da categoria que é de R\$ 1.060,00 (Um Mil e Sessenta Reais), respeitando a jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais banheirista que realizam a limpeza de banheiros públicos de uso coletivo ou de grande circulação igual ou superior a 40 (quarenta) pessoas. O pagamento do adicional aqui previsto será pago enquanto perdurar a eficácia da súmula 448 do TST.

Parágrafo 1º - Em contratos comerciais de prestação de serviços haverão pagamento do adicional de insalubridade pelo percentual de 20% (vinte por cento), a todos os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial de contratos comerciais públicos e privados, sendo pago da seguinte maneira: fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção, continuarão a realizar o pagamento do adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre o piso da categoria, sendo que a partir do dia 01 de Janeiro de 2018 o benefício será calculado com base no piso mínimo da categoria que é de R\$ 1.060,00 (Um Mil e Sessenta Reais), respeitando a jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial, exceto os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial já enquadrados no caput desta cláusula.

Parágrafo 2º - Fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção Coletiva de Trabalho 2018/2018, continuarão a realizar o pagamento do adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre o piso da categoria, sendo que a partir do dia 01 de Janeiro de 2018 o benefício será calculado com base no piso mínimo da categoria que é de R\$ 1.060,00 (Um Mil e Sessenta Reais), respeitando a jornada laborada, para a função de Merendeira.

Parágrafo 3º - Entende-se por limpeza predial, a limpeza realizada em escolas, comércios, shopping Center, aeroportos, portos, rodoviárias, bancos e imóveis em geral, públicos e privados, tanto na área geral como na área industrial".

A cláusula décima, notadamente o parágrafo 1º, da Convenção Coletiva de Trabalho 2019/2019, com vigência no período de 01/01/2019 a 31/12/2019, dispôs que:

"Fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção Coletiva de Trabalho pagarão adicional de insalubridade, em grau máximo, ou seja, no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre a base de cálculo de R\$ 1.060,00 (Um Mil e Sessenta Reais), proporcional à jornada laborada, para a função dos Auxiliares de Serviços Gerais banheirista que realizam a limpeza de banheiros públicos de uso coletivo ou de grande circulação igual ou superior a 40 (quarenta) pessoas. O pagamento do adicional aqui previsto será pago enquanto perdurar a eficácia da súmula 448 do TST.

Parágrafo 1º - A todos os trabalhadores que exercem as funções de Auxiliar de Serviços Gerais de limpeza predial e Merendeira, fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção pagarão adicional de insalubridade de 20% (vinte por cento) sobre a base de cálculo de R\$ 1.060,00 (Um Mil e Sessenta Reais), proporcional a jornada laborada, exceto os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial já enquadrados no caput desta cláusula.

Parágrafo 2º - Entende-se por limpeza predial, a limpeza realizada em escolas, comércios, shopping center, aeroportos, portos, rodoviárias,

bancos e imóveis em geral, públicos e privados, tanto na área geral como na área industrial".

A Constituição Federal confere especial relevância aos acordos e convenções coletivas de trabalho, conforme se verifica em seu art. 7º, XXVI, que assegura o "reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho"; fonte formal do direito do trabalho.

Dito isso, ainda que não tenha sido produzida prova pericial nos autos, a fim de apurar a insalubridade alegada, entendo que a produção de tal prova é dispensada, no caso, tendo em vista o exposto reconhecimento em cláusula normativa das Convenções Coletivas de Trabalho acima relatadas, no sentido de que o adicional de insalubridade é devido pelo percentual de 20% (vinte por cento), a todos os Auxiliares de Serviços Gerais de limpeza predial de contratos comerciais públicos e privados.

Não restou demonstrado o cumprimento da cláusula 10ª das CCTs da categoria, ônus que incumbia à Reclamada, nos termos dos arts. 818 da CLT c/c 373, II, do CPC.

Condeno a Reclamada ao pagamento do adicional de insalubridade, em grau médio, 20% (vinte por cento), para todos os auxiliares de serviços que tenham laborado ou laboram nas dependências do 2ª Reclamado, localizada nos batalhões e demais unidades da Polícia Militar do Estado do Espírito Santo, em razão do contrato de prestação de serviços terceirizado celebrado entre os Reclamados, em parcelas vencidas e vincendas, desde janeiro de 2016 até 31/12/2019 (vigência do último instrumento coletivo de trabalho constante dos autos). Para tanto, deverá ser observada a cláusula décima, notadamente o parágrafo 1º, dos instrumentos coletivos de trabalho constantes dos autos. O adicional de insalubridade será calculado com base no piso mínimo da categoria, conforme previsto na cláusula décima, parágrafo 1º, em cada instrumento coletivo de trabalho constante dos autos. Reflexos: 13º salários, férias com acréscimo de 1/3, adicional noturno e FGTS, bem como reflexos do referido adicional em aviso-prévio e adicional de 40% sobre o FGTS.

Acolho, ainda, o pedido do item "e" do rol da inicial.

II-2-3-DA JUSTIÇA GRATUITA

O Sindicato Autor requer os benefícios da justiça gratuita. Afirma que os substituídos são pobres na forma da lei, percebendo menos de dois salários mínimos.

Incontroversa a insuficiência de recursos dos substituídos para demandarem sem prejuízo próprio e de suas famílias.

Acolho o pedido do item "b" do rol da inicial.

II-2-4-DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Condeno a Reclamada a pagar 15% (quinze por cento) de honorários advocatícios sobre o valor da condenação, porque preenchidos os requisitos da Súmula 219, III, do TST.

II-2-5-DA RESPONSABILIDADE DO 2º RECLAMADO

O 2º Reclamado contratou a 1ª Reclamada para execução de serviços de conservação e limpeza nas dependências da Polícia Militar do Espírito Santo, conforme instrumentos contratuais constantes dos autos.

Decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal prolatada na Ação Direta de Constitucionalidade nº 16-9 reiterou a eficácia plena no campo constitucional do disposto no artigo 71 da Lei 8.666/93, que consagra a irresponsabilidade patrimonial da Administração Pública - The King can do no wrong -

em face dos Trabalhadores prestadores de serviço intermediados por interposta pessoa jurídica, verbis:

"Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis".

Restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal que é indispensável a prova da culpa in eligendo ou in vigilando por quem imputa à Administração Pública a responsabilização executória secundária, também dita subsidiária.

Desse modo, por força vinculante (CRFB, art.102, §2º, III), o colendo Tribunal Superior do Trabalho alterou o teor do inciso V do enunciado n.º 331 da Súmula da Jurisprudência do colendo Tribunal Superior do Trabalho, que assim passou a ser redigido, verbis:

"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".

Logo, impõe-se o implemento da conduta culposa pelo ente da Administração Pública para impor-se a sua responsabilização trabalhista executória secundária.

E o da dilação probatória não foi o bastante para se inferir o implemento da conduta culposa pelo ente da Administração Pública para que se imponha a sua responsabilização trabalhista executória secundária, não se desincumbindo o Autor de seu ônus processual de comprovar o fato constitutivo de seu direito (CLT, art. 818).

Por conseguinte, não se tutela o pedido jurisdicional em face do 2º Reclamado (ESTADO DO ESPÍRITO SANTO).

III-DISPOSITIVO

Posto isso, julgo PROCEDENTES, EM PARTE, os pedidos formulados por SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, LIMPEZA PÚBLICA E SERVIÇOS SIMILARES NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO - SINDILIMPE/ES em face de PRISMA SERVIÇOS LTDA - EPP, condenando-a ao pagamento do adicional de insalubridade, obedecidos os parâmetros fixados na fundamentação acima, que este *decisum* integra.

Julgo, ainda, IMPROCEDENTES os pedidos formulados em face do ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, nos termos da fundamentação supra.

Custas, pela Reclamada, no valor de R\$ 500,00, calculadas sobre o valor de R\$ 25.000,00, arbitrado à condenação para este efeito específico (art. 789, IV, § 2º, CLT).

Intimem-se.

VITORIA, 27 de Novembro de 2019

LUCY DE FATIMA CRUZ LAGO
Juiz(íza) do Trabalho Titular



Assinado eletronicamente por: **[LUCY DE FATIMA CRUZ LAGO]** -
35c6d75
<https://pje.trt17.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO
1ª VARA DO TRABALHO DE VITÓRIA

ACum 0001173-57.2023.5.17.0001

RECLAMANTE: SINTRAREFEIÇÃO COLETIVA-SIND INTERM DOS TRAB EM REF
COLETIVAS REF CONVENIOS COZINHAS IND RESTAURANT IND REF ESC E EM
CRECHES REF SERV PARA PASAG

RECLAMADO: F.G.R.SILVA BUFFET E EVENTOS LTDA E OUTROS (1)

S E N T E N Ç A

RT 0001173-57.2023.5.17.0001

I- RELATÓRIO

SINTRAREFEIÇÃO –SINDICATO INTERMUNICIPAL DOS TRABALHADORES EM REFEIÇÕES COLETIVAS, REFEIÇÕES CONVÊNIOS, COZINHAS INDUSTRIAIS, RESTAURANTES INDUSTRIAIS, REFEIÇÃO ESCOLAR E EM CRECHES, REFEIÇÕES SERVIDAS PARA PASSAGEIROS DE AERONAVES, REFEIÇÕES CONVÊNIO NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, na qualidade de substituto processual, ajuíza ação de cumprimento em face de **F.G.R SILVA BUFFET E EVENTOS LTDA ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**. Em resumo, pretende a condenação da 1ª reclamada na obrigação de fazer de cumprimento integral das cláusulas 17ª, 21ª, 33ª e 34ª da CCT 2023/2024 (pagamento do adicional de insalubridade; instituir plano de saúde e pagar diferenças salariais e multa convencional) e ao pagamento de honorários advocatícios. Requereu a concessão da assistência judiciária. Deu à causa o valor de R\$ 55.000,00. Juntou documentos.

Notificadas, as reclamadas compareceram à audiência.

Primeira tentativa de conciliação, sem sucesso.

A primeira ré, em defesa, apresentou preliminares de inépcia e requereu a imediata aplicação da lei 13.467/2017. No mérito pugnou pela improcedência da lide, pelas razões ali expostas. Juntou documentos.

A segunda ré apresentou defesa. Arguiu preliminares e no mérito requereu a improcedência da lide, pelas razões ali expostas. Juntou documentos.

A parte autora se manifestou sobre as defesas e documentos.

Sem mais provas encerrou-se a instrução processual.

Derradeira proposta de conciliação, sem sucesso.

Decido.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1.DIREITO INTERTEMPORAL. APLICAÇÃO DA LEI Nº 13.467/2017

A CF/ 1988 consagra no art. 5º, XXVI, o princípio da segurança jurídica, materializado no direito à irretroatividade das normas ou retroatividade restrita das leis, pelo qual a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Do mesmo modo, prescreve no artigo 6º da LINDB que a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Esse, inclusive, é o entendimento do TST em sua Súmula 191, item III, segundo o qual a alteração da base de cálculo do adicional de periculosidade do eletricitário promovida pela Lei nº 12.740/2012 atinge somente contrato de trabalho firmado a partir de sua vigência.

Assim, com o escopo de respeitar os princípios da não surpresa e da segurança jurídica, a aplicação da nova Lei 13.467/2017, quanto ao direito material, será restrita aos contratos de trabalho iniciados após a sua vigência.

Quanto ao direito processual, a aplicação das normas processuais previstas na reforma trabalhista é imediata, sem atingir, no entanto, situações iniciadas ou consolidadas na vigência da lei revogada. No mesmo sentido, o entendimento consignado na IN 41/2018 do TST (art.1º).

No que se referem aos honorários advocatícios as regras da nova lei sobre a matéria serão aplicadas aos processos ajuizados após a entrada em vigor da lei 13.467/2017, caso dos autos.

2.INÉPCIA

A 1ª reclamada alegou a inépcia da inicial, pois os pedidos não atendem ao §1º do art. 840 da CLT, inclusive pela ausência de liquidação.

Contudo, a inicial preenche os requisitos do artigo 840, §1º da CLT, pois apresenta pedido certo, determinado e com indicação de seu respectivo valor, o qual não precisa estar liquidado, nem acompanhado de planilha de cálculos, podendo ser feito até mesmo por estimativa, eis que o Processo do Trabalho está pautado pelos princípios da celeridade e simplicidade.

Por força do art. 12, §2º, da IN 41/2018 do TST, que dispõe sobre a aplicação das normas processuais da CLT alteradas pela lei 13.467/2017, estabelece que o valor da causa será estimado.

Por fim, verifico que a parte autora apresentou os valores dos pedidos por estimativa.

Rejeito.

3. ILEGITIMIDADE

O 2º reclamado, Estado do Espírito Santo, afirma ser parte ilegítima para compor o polo passivo da lide, pois não participou ou ratificou as CCTs.

Na seara do processo do trabalho a legitimidade é analisada com base nas alegações da inicial, prestigiando a Teoria da Asserção, a qual afirma que se em face da parte foram formulados pedidos, esta é legítima para responder à demanda.

Por outro lado, a pretensão da parte autora em face do Estado do Espírito Santo se refere à responsabilidade subsidiária, por eventuais verbas trabalhistas devidas aos substituídos, sendo do conhecimento comum que as CCTs e demais instrumentos coletivos são fontes instituídas de direitos trabalhistas e são reconhecidas pela Constituição Federal (art. 7º, XXVI) como direito fundamental dos trabalhadores.

Assim, a parte contratante de empresa fornecedora de mão-de obra para a prestação dos serviços não pode alegar desconhecimento de direitos legitimamente pactuados pelos sujeitos coletivos que serão aplicados aos contratos individuais de trabalho.

Rejeito.

4.NULIDADE DA CCT

O 2º réu afirma a nulidade da CCT, pois o sindicato não comprovou que publicou editais, convocando a assembleia geral de trabalhadores que deu origem à CCT descumprindo o art. 612 da CCT.

A validade das CCTs esta condicionada aos depósitos do instrumento coletivo para fins de registro e de arquivo, na forma do art. 614 da CLT e seus parágrafos, e entram em vigor 03 dias após a data da entrega das cópias nos órgãos descritos no citado artigo. Não norma legal que condicione a validade das CCTs à comprovação em juízo da realização da assembleia geral dos trabalhadores.

Rejeito.

5. LEGITIMIDADE ATIVA. DIREITOS HETEROGÊNEOS. PEDIDOS GENÉRICOS. RELAÇÃO DE SUBSTITUÍDOS

O segundo reclamado afirma que há prejuízo à defesa porque ausente a relação dos substituídos.

No entanto, o sindicato autor não está obrigado a trazer rol ou procuração dos substituídos com a inicial, em se tratando de lide coletiva, pois a sentença será genérica, ou seja, se pronunciará acerca da procedente ou não do pedido, ficando para uma segunda fase as individualizações de eventuais beneficiários.

Por outro lado, cabe à contratante o dever de fiscalizar os contratos de trabalho dos empregados das empresas contratadas, logo, não é cabível alegar desconhecimento acerca de quais os

substituídos lhe prestou serviços, assim, não há falar em violação ao contraditório e a ampla defesa.

Ao contrário do que argui o 2º réu, o artigo 8º, III, da Constituição Federal outorgou de forma ampla e irrestrita a legitimação das entidades sindicais para a defesa dos direitos e interesses difusos ou coletivos e individuais homogêneos da categoria profissional.

Demais disso, a Súmula 286 do C. TST confere legitimidade ao sindicato para propor ação de cumprimento, cujo objeto é a observância de acordo ou de convenções coletivas, abaixo, *in verbis*:

Súmula nº 286 do TST: **SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. CONVENÇÃO E ACORDO COLETIVOS (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.** A legitimidade do sindicato para propor ação de cumprimento estende-se também à observância de acordo ou de convenção coletivos.

Assim, o Sindicato está legitimado a atuar na defesa dos interesses da categoria, associados ou não. À guisa de ilustração, o seguinte julgado do C. TST:

"RECURSO DE REVISTA. LEGITIMIDADE ATIVA DO SINDICATO. ABRANGÊNCIA DA SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. EX-EMPREGADOS. I. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, o art. 8.º, III, da Constituição Federal assegura ao Sindicato a possibilidade de substituição processual ampla e irrestrita para agir no interesse de toda a categoria, bem como legitimidade processual para atuar na defesa de todos e quaisquer direitos subjetivos individuais e coletivos dos integrantes da categoria por ele representada, aí incluídos ex-empregados. II. Recurso de revista de que se conhece, por divergência jurisprudencial, e a que se dá provimento " (RR-20132-69.2013.5.04.0751, 4ª Turma, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 14/09/2018).

Portanto, é legítimo o sindicato autor para propor a presente ação.

Rejeito.

6. NOTIFICAÇÃO DOS SUBSTITUÍDOS

O 2º réu sustenta que uma peculiaridade específica das ações coletivas reside na exigência de notificação adequada dos substituídos, com o intuito de que eles tomem ciência da propositura da demanda coletiva pelo Sindicato autor.

No entanto, equivoca-se.

A norma do art. 104 do CDC, citada pelo réu, não exige notificação dos substituídos como pressuposto do ajuizamento da ação coletiva. O que a norma informa é uma faculdade, concedida aos substituídos, para os fins dos efeitos da sentença (coisa julgada), a partir da ciência do

ajuizamento da norma coletiva, sendo certo que a ciência ocorrerá, por qualquer meio inequívoco, após o ajuizamento da lide e não conjuntamente à propositura da ação.

Rejeito.

7. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CCT 2023/2024. DESCUMPRIMENTO

A inicial informa que a 1ª reclamada descumpriu as disposições constantes na Convenção Coletiva de Trabalho 2023/2024 referente à cláusula 17ª, pois deixou de pagar o adicional de insalubridade em grau médio, na forma pactuada, às merendeiras, cozinheiras escolares e auxiliares.

A defesa da 1ª ré informa que estabeleceu contrato emergencial com o 2º réu e neste contrato encontram-se descritas as escolas cujas cozinhas foram caracterizadas como insalubres, definidas por meio da perícia realizada e fixada pelo Estado (2º réu). Aduz que faz o pagamento aos trabalhadores que laboram nas cozinhas das escolas consideradas insalubres, sendo indevido o pagamento aos empregados que laboraram em outras escolas/creches não incluídas no laudo pericial.

Vejamos.

Consta dos autos a notificação (id 13bb77a), enviada pelo Sindicato à 1ª ré e recebida em 21.08.2023, solicitando o cumprimento das cláusulas da CCT 203/2024.

Consta na cláusula 17ª da CCT 2023/2024:

CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA - INSALUBRIDADE PARA OS PROFISSIONAIS DAS COZINHAS DE PREPARAÇÃO DE ALIMENTOS. Fica convencionado que as empresas abrangidas por esta Convenção Coletiva de Trabalho ficam obrigadas a pagar adicional de insalubridade no percentual de 20% (vinte por cento) sobre a base no salário-mínimo nacional para os empregados contratados pelas empresas prestadoras de serviços preponderantemente em escolas e creches independentemente de laudo pericial, que exercem funções de Merendeiras/Cozinheiras Escolares e auxiliares.

O art. 7º, XXVI da CF/88 inclui o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho no rol de direitos mínimos dos trabalhadores, sendo, inclusive direito fundamental.

O art. 611-A da CLT, incluído pela lei 13.467/2017, prevê expressamente que a convenção coletiva tem prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre enquadramento do grau de insalubridade.

Desta forma, se os instrumentos coletivos podem prevalecer sobre o legislado, por maiores razões, também devem prevalecer sobre o que fora pactuado individualmente entre aos réus no contrato de prestação de serviços por eles entabulados. É dizer, as normas internas do contrato de prestação de serviços, regidas pelo direito civil ou pela lei de licitações, não se prestam a afastar direitos legitimamente pactuados pelos autores coletivos.

Ademais, o STF analisando a questão do negociado sobre o legislado fixou o tema 1046 para afirmar que é constitucional norma oriunda de negociação coletiva que, apesar de limitar ou afastar direitos trabalhistas, assegura aos trabalhadores os direitos absolutamente indisponíveis.

Na hipótese, a norma coletiva sequer limita direitos, pelo contrário, estende a todos os empregados da 1ª ré que preponderantemente atuam em escolas e creches e exercem funções de Merendeiras/Cozinheiras Escolares e auxiliares, independentemente de laudo pericial. Assim, patente a constitucionalidade da CCT.

Por outro lado, os acordos e convenções coletivas devem ser interpretados com base no princípio da equivalência entre os negociantes, de modo que os ajustes acordados com aval sindical são revestidos de boa-fé e a invalidade deles deve ser a exceção, não a regra.

A anulação dos acordos, na parte em que supostamente interessa ao empregador, ao mesmo tempo em que viola o art. 7º, XXVI, da CF/1988, leva a um claro desestímulo à negociação coletiva, que deveria ser valorizada e respeitada.

No caso, a norma coletiva estabeleceu o pagamento do adicional de insalubridade, no percentual de 20% (vinte por cento) sobre o salário-mínimo nacional, para os empregados contratados pelas empresas prestadoras de serviços preponderantemente em escolas e creches, que exercem funções de Merendeiras/Cozinheiras Escolares e auxiliares, independentemente de laudo pericial.

È dizer, o pressuposto para o recebimento do adicional de insalubridade é ser empregado contratado pela 1ª ré, empresa prestadora de serviços, para laborar nas escolas e creches da rede estadual de ensino, ou seja, do 2º réu, e exercer as funções de merendeiras/cozinheiras escolares e auxiliares de cozinha, independentemente destes locais constarem em laudo pericial confeccionado pelo 2º réu.

Assim, alegado pela 1ª ré que apenas efetua o pagamento aos seus empregados que exercem as funções de merendeiras/cozinheiras escolares e auxiliares de cozinha que laboram nas dependências das escolas e creches caracterizadas como insalubres no laudo pericial realizado pelo 2º réu, resta patente que não cumpre integralmente os termos da cláusula 17ª da CCT 2023/2024.

Dito isso, condeno a 1ª reclamada ao pagamento do adicional de insalubridade no grau médio (20%) a todos os seus empregados que exercem as funções de merendeiras/cozinheiras escolares e auxiliares de cozinha, no Estado do Espírito Santo e que laboram nas dependências das escolas e creches estaduais do 2º réu.

A condenação se limita ao período de vigência do contrato de prestação de serviços firmado com o 2º réu, observada a vigência da CCT 2023/2024.

São devidos pagamentos retroativo dentro do período de vigência do contrato de prestação de serviços firmado pela 1ª ré com o 2º réu e da CCT 2023/2024.

Defiro reflexos do adicional de insalubridade sobre: aviso prévio, se for o caso, férias acrescidas de 1/3, décimo terceiro salário, FGTS e multa dos 40%, se for o caso.

A base de cálculo do adicional será o salário-mínimo na forma estabelecida na cláusula 17ª da CCT 2023/2024.

8. PLANO DE SAÚDE

O sindicato informa que notificou a 1ª reclamada para cumprir a norma coletiva de forma a conceder o plano de saúde aos seus empregados.

A defesa informa que em razão do contrato firmado com o Estado do Espírito Santo ser temporário (maio de 2023 a abril de 2024) e considerando que o plano de saúde será implementado após o prazo do contrato de experiência, que pode durar até 90 dias, a norma seria aplicada praticamente no final do contrato com o Estado. Informou que os planos de saúde não aceitam a inclusão em massa de empregados, por curto período.

Vejamos.

Consta dos autos a notificação (id 13bb77a), enviada pelo Sindicato à 1ª ré e recebida em 21.08.2023, solicitando o cumprimento das cláusulas da CCT 203/2024.

A cláusula 21ª da CCT 2023/2024 estabelece que as empresas oferecerão obrigatoriamente, até o mês subsequente ao vencimento do contrato de experiência, plano de assistência médica hospitalar aos seus empregados, cônjuges e dependentes legais até 16 anos, devidamente consignados perante a Previdência Social, em conformidade com as Leis 9.656 de 03/11/98 e 9.961 de 28/01/2000, ficando estabelecido o limite de idade para os filhos de até dezesseis anos.

O prazo de vigência do contrato emergencial nº 021/2023 firmado pelos réus (id 2418042), na cláusula 6ª estabelece que o prazo de vigência do contrato será de 180 (cento e oitenta) dias, com início no dia 02 de maio de 2023 e término no dia 28 de outubro de 2023, compreendendo aproximadamente 114 (cento e quatorze) dias letivos.

O prazo do contrato foi prorrogado, conforme consta no contrato emergencial 092/2023 (Id 0dd121d), que estabeleceu na cláusula 6ª o prazo de vigência contratual de 180 (cento e oitenta) dias, com início no dia 30 de outubro de 2023 e término no dia 26 de abril de 2024, compreendendo aproximadamente 87 (oitenta e sete) dias letivos.

A 1ª reclamada é confessa. Bem como não apresentou a negativa dos planos de saúde. E, a despeito disso, os vínculos de emprego de seus empregados não se limitam à prestação de serviços que mantém com o 2º réu, sendo certo ainda que a CCT também não se vincula ao contrato de prestação de serviços firmado com o 2º réu.

Assim, em razão do descumprimento da cláusula 21ª da CCT 2023/2024, condeno a 1ª ré na obrigação de fazer de contratar plano de assistência médica para seus empregados.

Quanto à aplicação de penalidades por descumprimento, deixo por ora de fixar a multa, sem prejuízo de ser analisada na face de liquidação e execução de sentença.

9.SALÁRIOS PAGOS POR HORA

O sindicato autor informa que os trabalhadores que laboram para a 1ª reclamada nas Escolas Estaduais localizadas no Estado do Espírito Santo foram receberem salários por horas e que o procedimento adotado é inferior ao piso da categoria, infringindo a norma coletiva. Aduz que a norma coletiva da categoria não autoriza a implantação de jornadas de trabalho que não seja a prevista na cláusula 33ª da CCT 2023/2024 ou a especial da cláusula 34ª da mesma CCT, em Jornada 12X36.

Requer a condenação da 1ª ré ao pagamento das diferenças salariais mensais.

Disse a 1ª reclamada que todos os empregados recebem de forma mensal e aqueles que laboram com jornada reduzida recebem na proporção das horas trabalhadas, porém recebem mensalmente o valor do salário.

Vejamos.

A parte autora impugna a jornada de trabalho parcial aplicada pela 1ª reclamada, o que violaria, em tese, as cláusulas normativas previstas na CCT que apresenta jornada de trabalho tradicional, disposta na cláusula 33ª da CCT 2023/2024 (jornada semanal de 44 horas ou 220 mensais) ou a especial prevista em cláusula 34ª da CCT 2023/2024 –Jornada 12X36, que se transcrevem:

"33 - Fica estabelecida a jornada semanal de 44 horas ou 220 mensais, sendo facultado o trabalho aos domingos, respeitada a legislação vigente"

"34- As Empresas poderão adotar a Jornada Especial 12X36, 12 (doze) horas corridas de trabalho por 36 (trinta e seis) horas corridas de descanso, sem redução do salário, respeitados os pisos salariais da categoria.

A 1ª reclamada não comprova suas alegações. A ré sequer apresentou a lista de empregados que laboram em tempo parcial para comprovar que o salário deverá ser proporcional à jornada, em relação aos empregados que cumprem, nas mesmas funções, tempo integral.

Assim, à míngua de elementos de provas que possam comprova a tese da defesa, ônus que lhe competia, por se tratar de fato impeditivo do direito dos substituídos, a teor do art. 818, II, CLT, condeno a 1ª reclamada ao pagamento das diferenças salarias, tendo como base o piso normativo da categoria.

10.MULTA POR DESCUMPRIMENTO DA CCT 2023/2024

O sindicato pretende a condenação da 1ª reclamada ao pagamento a multa convencional da cláusula 48ª da CCT 2023/2024.

A 1ª ré pugna pela improcedência do pedido.

Entretanto, ante aos fatos acima expostos, comprovado que a 1ª ré descumpriu as cláusulas 17ª, 21ª, 33ª e 34ª da CCT 2023/2024, bem como que restou provada que fora notificada para cumprir as mencionadas cláusulas, mas permaneceu inerte, condeno a 1ª ré ao pagamento da multa de ½ (meio) piso admissional, por trabalhador em situação irregular, revertida ao sindicato, na forma da cláusula 48ª da CCT 2023/2024.

A multa fica limitada ao número de substituídos em situação irregular identificados durante a vigência da CCT de 2023/2024.

11. RESPONSABILIDADE DO 2º RÉU

Requer o sindicato autor a responsabilização subsidiária do Estado do Espírito Santo.

O C. STF, em decisão plenária, por votação majoritária, realizada em 24 de novembro de 2010, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 16, ajuizada pelo governador do Distrito Federal em face do Enunciado da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) declarou a constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei 8.666, de 1993 (Lei de Licitações), prevalecendo o consenso entre os Ministros de que o TST não poderá generalizar os casos e terá de investigar com mais rigor se a inadimplência tem como causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante.

Diante dessa decisão, o TST alterou a redação da Súmula n. 331 e acrescentou o item V, nos seguintes termos:

"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 decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada."

Assim, de acordo com a decisão proferida pelo STF na ADC 16 e do item V da Súmula 331 do TST, cabe a responsabilização subsidiária do ente público, nas hipóteses de terceirização da mão de obra, quando estiver comprovada sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666/93.

Depois, o pleno do STF, no julgamento do (RE) 760.931, com repercussão geral reconhecida e efeito vinculante, fixou, em 26/04/2017, a seguinte tese para efeito de repercussão geral:

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

Noutras palavras, é vedada a responsabilização automática da administração pública, só cabendo sua condenação se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização do contrato.

No presente caso, houve falha na fiscalização, porquanto desde o início do contrato emergencial nº 021/2023, com início no dia 02 de maio de 2023, a contratada não cumpria corretamente as obrigações trabalhistas.

Os documentos anexados no processo eletrônico pelo 2º réu são insuficientes para comprovar a efetiva ação de fiscalização pela contratante quanto ao cumprimento das obrigações contratuais

Ora, conforme acima exposto, os reclamados pactuaram norma interna, limitando o pagamento do adicional de insalubridade aos empregados cujas escolas haviam sido classificadas como insalubre pela perícia realizada pelo Estado, em nítida violação ao pactuado na CCT 2023/2024

A Administração Pública tem o dever de fiscalizar o cumprimento dos contratos por ela firmados, inclusive quanto à integral satisfação das obrigações do trabalho assalariado, já que beneficiária direta dos serviços prestados.

Assim sendo, a responsabilidade subsidiária se impõe, quer pelo disposto na lei comum (art. 186 do Código Civil), quer pelo entendimento contido no item V da Súmula 331 do TST.

Pelo exposto, condeno o 2º réu, Estado do Espírito Santo, subsidiariamente pelos créditos deferidos, o que não obsta o exercício do direito de regresso, pela via adequada, não havendo que se cogitar, no momento, sobre bens dos sócios da devedora principal (Súmula n. 4 TRT 17ª Região).

12. BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA

Atuando o sindicato, na condição de substituto processual, objetivando proteger os direitos e interesses dos empregados substituídos hipossuficientes, impõe-se o deferimento do benefício da Justiça Gratuita, previsto no parágrafo 3º do artigo 790 da CLT.

Não tendo o sindicato litigado em nome próprio, mas em defesa dos interesses dos substituídos, não é exigível a comprovação de insuficiência de recursos.

Nesse sentido, o seguinte julgado do TRT da 17ª Região:

**RECURSO DO SINDICATO-AUTOR.
SUBSTITUTO PROCESSUAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA.**

Alterando meu entendimento anterior, entendo que, em se tratando de ação em que o sindicato figure como substituto processual em defesa de interesses individuais homogêneos da categoria, não se aplica as normas processuais trabalhistas e sim as normas relativas às ações coletivas. Assim, faz jus o sindicato substituto aos benefícios da assistência judiciária gratuita, com base nos artigos 87 do CDC (Código de Defesa do Consumidor) e 18 da Lei 7.347/85 (Lei que disciplina a Ação Civil Pública), eis que tais artigos têm idêntica redação no

sentido de que nas ações de que trata o CDC ou a LACP "... não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais". É certo que, à primeira vista, partindo-se de interpretação meramente literal do disposto nos artigos 5º da Lei 7.347/85 e 82 do CDC, o sindicato autor não teria legitimidade ativa para postular em sede de ação civil pública e, conseqüentemente, a ele não se aplicariam as referidas leis. No entanto, como preleciona Carlos Henrique Bezerra Leite (*in* Curso de Direito Processual do Trabalho, 8.ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 1249), "*em se tratando de ACP, a legitimidade ativa ad causam emerge da aplicação conjunta da CF (art. 129, III e seu § 1.º), da LACP (art. 5.º), do CDC (art. 82), da LOMPU (art. 6.º, VII) e da LONMP (art. 25, IV)*", o que significa dizer que legitimados para a propositura dessa ação, além daqueles expressamente nominados nos referidos dispositivos, são também os sindicatos, espécies do gênero associações civis, cuja legitimação está taxativamente prevista no inciso V do art. 5.º da multicitada Lei n. 7.347/85. (TRT 17ª R., ROT 0001226-53.2017.5.17.0161, Divisão da 1ª Turma, Rel. Desembargador Gerson Fernando da Sylveira Novais, DEJT 17/02/2020).

Assim, com base nos arts. 18 da Lei 7.347/85 e 87 do CDC, defiro ao sindicato a gratuidade da justiça.

13.HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, vigente a partir de 11 de novembro de 2017, inseriu o artigo 791-A na Consolidação das Leis do Trabalho, obrigando a parte vencida na lide trabalhista ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, destinados ao advogado da parte vencedora.

Diante da sucumbência da primeira Reclamada, devidos honorários advocatícios sucumbenciais ao patrono do sindicato autor, os quais fixo em 10% sobre o valor arbitrado à condenação.

Observo que o deferimento de pedido em valor menor que o pleiteado não representa sucumbência, para fim de fixação de honorários advocatícios.

14.DEMAIS PARÂMETROS PARA LIQUIDAÇÃO

Para os efeitos do §3º do artigo 832 da CLT, a ré deverá recolher as contribuições previdenciárias sobre as parcelas deferidas na presente sentença que constituam salário-de-contribuição (excluídas as contribuições previdenciárias relativas aos salários pagos, ante a ausência de competência material desta Justiça Especializada), na forma do inciso I do artigo 28 da lei nº 8.212/91, com exceção daquelas descritas no § 9º do artigo 214 do decreto nº3.048/99.

A contribuição da parte reclamante será descontada de seus créditos. Observar-se-à o entendimento consignado na Súmula 368 do TST.

O imposto de renda incidente sobre os valores da condenação que constituam sua base de cálculo será calculado mês a mês (regime de competência), na forma prevista na Instrução Normativa nº 1.500/2014 da Receita Federal do Brasil com alterações posteriores.

Observe-se que tal tributo não incide sobre os juros de mora (OJ-SDI1-400 do TST).

O desconto do imposto de renda é sempre devido por quem auferir renda.

15. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, no julgamento das ADCs 58 e 59 e das ADIs 5867 e 6021, que é inconstitucional a aplicação da Taxa Referencial (TR) para a correção monetária de débitos trabalhistas e de depósitos recursais no âmbito da Justiça do Trabalho.

Assim, até que o Poder Legislativo delibere sobre a questão, devem ser aplicados os mesmos índices de correção monetária e de juros vigentes para as condenações cíveis em geral, quais sejam:

- 1- na fase pré-judicial: Índice Nacional de Preço ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e os juros legais de 1% ao mês (art. 39, caput, da Lei 8.177, de 1991);
- 2- a partir do ajuizamento da ação (face pós-processual), a taxa SELIC (juros e correção monetária).

III – DISPOSITIVO

Diante do exposto, decido afastar as preliminares arguidas e no mérito julgar **PROCEDENTES EM PARTE** os pedidos formulados pelo **SINTRAREFEIÇÃO –SINDICATO INTERMUNICIPAL DOS TRABALHADORES EM REFEIÇÕES COLETIVAS, REFEIÇÕES CONVÊNIOS, COZINHAS INDUSTRIAIS, RESTAURANTES INDUSTRIAIS, REFEIÇÃO ESCOLAR E EM CRECHES, REFEIÇÕES SERVIDAS PARA PASSAGEIROS DE AERONAVES, REFEIÇÕES CONVÊNIO NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, na qualidade de substituto processual, em face de **F.G.R SILVA BUFFET E EVENTOS LTDA e ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, para condenar a primeira reclamada, respondendo a segunda ré, **subsidiariamente**, na forma da fundamentação:

- ao pagamento do adicional de 20% e reflexos a todos os seus empregados, ora, substituídos, que exercem as funções de merendeiras/cozinheiras escolares e auxiliares de cozinha, no Estado do Espírito Santo e que laboram nas dependências das escolas e creches estaduais do 2º réu.

- na obrigação de fazer de contratar plano de assistência médica para seus empregados;
- ao pagamento das diferenças salariais, tendo como base o piso normativo da categoria;
- ao pagamento da multa convencional (cláusula 48ª CCT 2023/2024).

A condenação se limita ao período de vigência do contrato de prestação de serviços firmado com o 2º réu, observada a vigência da CCT 2023/2024.

São devidos pagamentos retroativo dentro do período de vigência do contrato de prestação de serviços firmado pela 1ª ré com o 2º réu e da CCT 2023/2024.

Os interessados deverão ingressar com ações individuais ou plúrimas para liquidarem e executarem a condenação imposta na presente ação coletiva, devendo os pretensos beneficiários, na oportunidade, demonstrarem a subsunção do caso concreto ao direito declarado na sentença genérica, sem prejuízo de o sindicato, na qualidade de substituto processual, promover a liquidação e execução da sentença condenatória.

Poderá, na forma do art. 113, §1º, do CPC ser autorizada a limitação do litisconsórcio ativo facultativo quando este dificultar a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. Tal limitação deverá ser analisada nas fases de liquidação e execução da sentença coletiva.

As ações de execução originada de sentença condenatória proferida no julgamento de ação coletiva, constituem processos autônomos, a serem distribuídos dentre as diversas Varas do Trabalho, inexistindo prevenção em relação à Vara da qual se originou o título executivo. Inteligência dos arts. 95, 98, § 2º, I, 99 e 100 da Lei 8.078/90, Súmula 13 do TRT da 17ª Região.

Na oportunidade, os pretensos beneficiários deverão juntar nos autos do processo de liquidação/execução cópia do título judicial, certidão de trânsito em julgado, contrato de trabalho (CTPS) e outros documentos necessários à comprovação da subsunção do fato concreto aos termos do título judicial, bem como, memória de cálculos.

Por todo o exposto, **após o trânsito em julgado**, cobrem-se os honorários advocatícios fixados nesta ação, atualizando-se antes o débito.

Custas de R\$ 1.000, 00, pelos reclamados, calculadas sobre R\$ 50.000,00, valor da condenação.

Partes cientes com a publicação.

VITORIA/ES, 08 de junho de 2024.

ANGELA BAPTISTA BALLIANA KOCK

Juíza do Trabalho Titular