



PROCESSO N° TST-RR-8735-70.2011.5.12.0036

A C Ó R D ã O
(4ª Turma)
GMCB/lbtf

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO DO ENTE PÚBLICO.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA CONDUTA CULPOSA. PROVIMENTO.

Ante possível violado do artigo 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, o provimento do agravo de instrumento para o exame do recurso de revista é medida que se impõe.

Agravo de instrumento a que se dá provimento.

II - RECURSO DE REVISTA DO ENTE PÚBLICO.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA CONDUTA CULPOSA. PROVIMENTO.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC n° 16, ao declarar a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei n° 8.666/1993, firmou posição de que o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços não transfere à Administração Pública, de forma automática, a responsabilidade pelo pagamento do referido débito. Ressaltou, contudo, ser possível a imputação da mencionada responsabilidade, quando evidenciada a sua conduta culposa, caracterizada pelo descumprimento de normas de observância obrigatória, seja na escolha da empresa prestadora de serviços (culpa *in eligendo*), ou na fiscalização da execução do contrato (culpa *in vigilando*).

O STF tem entendido, ainda, que a responsabilização subsidiária da Administração Pública não pode fundamentar-se em mera presunção de culpa, baseada no simples



PROCESSO N° TST-RR-8735-70.2011.5.12.0036

inadimplemento da empresa prestadora de serviços, e desvinculada do exame probatório. Para esses casos, aquela excelsa Corte tem decidido que a responsabilização subsidiária do ente público ofende a autoridade da decisão proferida no julgamento da ADC n° 16. A comprovação da culpa somente pode decorrer do exame dos elementos probatórios existentes no processo, aptos a revelarem a conduta negligente da Administração Pública e o nexo de causalidade com o dano sofrido pelo trabalhador.

Na hipótese, depreende-se da leitura do acórdão recorrido que o egrégio Tribunal Regional, em descompasso com a decisão do STF, reconheceu a responsabilidade subsidiária do ente tomador de serviços, sem que fossem observados os critérios exigidos para a demonstração da conduta culposa da Administração Pública.

Ao assim decidir, acabou por responsabilizar o ente público de forma automática, procedimento que destoa do entendimento sufragado no julgamento da ADC n° 16 e da tese fixada no Tema 246 da Tabela de Repercussão Geral do STF.

Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.

III - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA PRIMEIRA RECLAMADA (ADSERVI ADMINISTRADORA DE SERVIÇOS LTDA.)

1. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535, II, DO CPC/73. SÚMULA N° 459. NÃO CONHECIMENTO.

De acordo com a Súmula n° 459, destaco que o recurso de revista tem sua admissibilidade quanto à preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional limitada à demonstração de violação do artigo 832 da CLT, 458 do CPC ou 93, IX, da Constituição Federal.



PROCESSO N° TST-RR-8735-70.2011.5.12.0036

Desse modo, a indicação de violação literal do artigo 535, II, do CPC/73 e a demonstração de divergência jurisprudencial não viabilizam a preliminar de nulidade do julgado, por negativa de prestação jurisdicional.

Recurso de revista de que não se conhece.

2. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. MOTORISTA. CARREGAMENTO E DESCARREGAMENTO DE LIXO. CONTATO PERMANENTE COM AGENTES BIOLÓGICOS. NÃO PROVIMENTO.

O egrégio Tribunal Regional registrou, com base no laudo pericial e por meio de prova testemunhal, que o reclamante ajudava no carregamento e descarregamento dos contentores de lixo (comum e infectante), que continham materiais contaminados, até o depósito de lixo onde é realizada a coleta pública e transportava o lixo orgânico para uma área de compostagem da universidade, reconhecendo o direito ao adicional de insalubridade em grau máximo por contato permanente com agentes biológicos.

Concluiu, portanto, pelo enquadramento dessas atividades desempenhadas pelo reclamante dentre as constantes do Anexo 14 da NR 15 da Portaria n° 3.214/78 do MTE, por estar o autor exposto a agentes biológicos, mesmo na atividade de motorista, quando procedia à coleta e ao transporte do lixo urbano da universidade reclamada, de forma habitual (duas a três vezes por semana). Nesse contexto, para se chegar à conclusão diversa, seria necessário o reexame das provas produzidas no processo, procedimento vedado nesta fase processual, nos termos da Súmula n° 126.

Recurso de revista de que não se conhece.



PROCESSO N° TST-RR-8735-70.2011.5.12.0036

3. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. APLICAÇÃO DO SALÁRIO-BASE PELA RECLAMADA. SÚMULA VINCULANTE N° 4. VIOLAÇÃO NÃO CONFIGURADA. NÃO PROVIMENTO.

Esta Corte Superior tem entendimento no sentido de que quando o empregador paga deliberadamente o adicional de insalubridade sobre o salário base do empregado, não há falar em substituir referido índice pelo salário mínimo, em obediência ao comando da Súmula Vinculante n° 4 do STF.

Isso porque, nas hipóteses em que o índice já foi definido pelo próprio empregador, por liberalidade da empresa, qualquer modificação por base de cálculo diversa restaria configurada alteração contratual lesiva, prevista no artigo 468 da CLT, além de afronta aos princípios constitucionais da irredutibilidade salarial e do direito adquirido. Precedentes de Turmas e da SBDI-1.

Na hipótese, o egrégio Tribunal Regional registrou que a reclamada já pagava o adicional de insalubridade, porém em grau médio, calculado sobre o salário básico do empregado. Concluiu assim que o adicional de insalubridade deve continuar a observar como base de cálculo o salário base do reclamante. O acórdão recorrido, portanto, encontra-se em consonância com o entendimento deste Tribunal Superior. Óbice da Súmula n° 333.

Recurso de revista de que não se conhece.

4. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. LABOR APÓS A 44ª HORA SEMANAL. SÚMULA N° 126. NÃO PROVIMENTO.

O egrégio Tribunal Regional registrou, com base no depoimento da testemunha apresentada pela ré, que o reclamante trabalhava das 08h às 18h40min/18h50min, com 1 hora de



PROCESSO N° TST-RR-8735-70.2011.5.12.0036

intervalo, reconhecendo seu direito às horas extraordinárias laboradas após a 44ª hora semanal.

Nesse contexto, para se chegar à conclusão diversa no sentido que o autor nunca laborou após a 44ª hora semanal ou que os controles de ponto correspondem à realidade dos fatos, seria necessário o reexame das provas produzidas no processo, procedimento vedado nesta fase processual, nos termos da Súmula n° 126.

Incólume o artigo 7º, XIII, da Constituição Federal.

Recurso de revista de que não se conhece.

5. MULTA CONVENCIONAL. PEDIDO ACESSÓRIO DAS HORAS EXTRAORDINÁRIAS. RECURSO DESFUNDAMENTADO. NÃO PROVIMENTO.

O tema não merece exame por esta colenda Corte Superior, tendo em vista que a reclamada não indicou, nas razões recursais, qualquer dispositivo de Lei ou da Constituição Federal como violado, nem apresenta arestos para comprovação de divergência jurisprudencial, pressupostos intrínsecos necessários ao conhecimento do recurso de revista, nos termos do artigo 896 da CLT.

Recurso de revista de que não se conhece.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° **TST-RR-8735-70.2011.5.12.0036**, em que são Recorrentes e Recorridas **UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC** e **ADSERVI ADMINISTRADORA DE SERVIÇOS LTDA.** e Recorrido **ALMIR CARDOSO SANTOS.**

A Presidência do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região negou seguimento ao seu recurso de revista interposto pelo ente público reclamado, e deu prosseguimento ao recurso de revista



PROCESSO N° TST-RR-8735-70.2011.5.12.0036

interposto pela primeira reclamada ADSERVI ADMINISTRADORA DE SERVIÇOS LTDA.

Interpõe o ente público agravo de instrumento alegando, em síntese, que o seu apelo merece ser destrancado, porquanto devidamente comprovado o enquadramento da hipótese vertente no artigo 896, "a" e "c", da CLT.

Contraminuta e contrarrazões não apresentadas.

O d. Ministério Público do Trabalho opinou pelo conhecimento do apelo e, no mérito, pelo seu não provimento.

É o relatório.

V O T O

I) AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELO ENTE PÚBLICO.

1. CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos extrínsecos de admissibilidade referentes à tempestividade, à regularidade da representação processual e ao preparo, passo ao exame do mérito do agravo de instrumento.

2. MÉRITO

Inicialmente, cumpre salientar que a parte agravante não reiterou na presente minuta suas alegações relativas às preliminares - competência da Justiça do Trabalho, legitimidade ad causam e condições da ação.

Desse modo, estão preclusas tais matérias, razão por que resta prejudicada a sua análise por este Tribunal Superior.

2.1. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO.



PROCESSO N° TST-RR-8735-70.2011.5.12.0036

Sobre a matéria, assim decidiu o egrégio Tribunal Regional:

A recorrente, de forma inequívoca, foi beneficiária dos serviços prestados pelo autor, viabilizando o alcance da finalidade e do objetivo das suas atividades.

O fato de ter havido a contratação de serviços com a prestadora não retira a responsabilidade da segunda ré. Em "caso de inadimplemento das obrigações condenatórias por parte da primeira demandada, o tomador dos serviços arcará com o ônus da condenação, podendo, após, exercer seu direito de regresso, na forma prevista em lei, perante o Juízo competente, e em sede apropriada.

A extensão e a força do art. 2º da CLT denotam a tentativa de proteção do obreiro em relação ao poder econômico do empregador e do tomador dos serviços, restando sempre ao Juiz o poder legal de proclamar a solidariedade passiva ou a responsabilidade subsidiária deste em face do crédito daquele.

Integrando a recorrente a administração pública, ao optar pela contratação do trabalho com a empresa prestadora, atraiu para si a responsabilidade objetiva perante terceiros, definida pela própria Constituição Federal no art. 37, § 6º e, bem assim, pelos princípios protetores do Direito do Trabalho, encontrando-se a matéria já consolidada pelo TST, consoante revela a Súmula, 331 do TST que, aliás, não foi sequer citada na decisão recorrida.

É inaplicável, portanto, o art., 71 da Lei 8.666/93, que não pode ser invocado para o fim de obstaculizar a ação desta Justiça Especializada em prol da defesa, do direito do empregado, dada a natureza alimentar do seu crédito. Não cabe, assim dizer que é *contra legem* a decisão, mesmo porque encontra amparo, acima de tudo, em disposição constitucional.

Dessarte, não se está a declarar a inconstitucionalidade ou a negar a eficácia desses dispositivos legais, de modo, que não há falar em ferimento da cláusula de reserva de plenário. .

Ademais, é inaceitável em relação ao Poder Público - que está obrigado a zelar pelo cumprimento dos contratos e leis, aqui incluída a legislação trabalhista - admitir a contratação e a execução de serviços e o pagamento por sua realização ao prestador para que este repasse as importâncias devidas



PROCESSO N° TST-RR-8735-70.2011.5.12.0036

aos empregados, para ao final eximi-lo de fiscalizar e exigir o fiel cumprimento das leis.

Nesse aspecto, é relevante frisar que os arts. 58 e 67 da Lei 8.666/93 consignam expressamente o dever da administração de acompanhar e fiscalizar o pactuado com a empresa vencedora da licitação, sendo que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, permite reconhecer a responsabilidade da administração pública.

Se a recorrente não fiscalizou a contento - é isso é presumível, uma vez que se limitou a juntar o contrato de prestação de serviços, mas não comprovou, por qualquer outro meio, que, efetivamente, exercia a fiscalização. Assim, configurada restou a sua culpa *in vigilando*.

Portanto, a obrigação do tomador dos serviços transcende a observância das regras legais de licitação e o mero adimplemento do contrato administrativo, cabendo-lhe, é pé de igualdade, fiscalizar e exigir o fiel cumprimento das leis laborais.

Insisto em dizer que fere os mais comezinhos princípios de moralidade e justiça admitir que, por via indireta (mediante terceirização, licitação ou outra figura administrativa), a administração pública possa se apropriar da obra/construção/serviços feitos em prol. do próprio Poder Público e da sociedade sem que o trabalhador receba por seu labor, ficando à mercê de um contratado que não logrou êxito em, bem gerir seus negócios, e da administração que não zelou por fiscalizá-los com rigor.

Ao optar pela a contratação de empresa de prestação de serviços, em vez de utilizar seu próprio corpo funcional, a par de exercer prerrogativa que lhe confere maior - agilidade e até redução de custos, a recorrente atraiu para si, também, os ônus dessa escolha que, como dito, vão além do pagamento do valor contratado. Por isso, deve responder pelos créditos devidos ao empregado lesado pela empresa prestadora, caso esta não o faça.

Cumprir ainda lembrar que, adotada a tese da responsabilização subsidiária, haverá maior cuidado na feitura dos contratos para a execução; de serviços e obras públicas e medidas simples de fiscalização serão estimuladas. Aliás, a fiscalização já existe: fiscaliza-se o cronograma de execução das obras/serviços, o desembolso financeiro, as especificações técnicas, etc. Por que tão somente do cumprimento da legislação trabalhista e



PROCESSO N° TST-RR-8735-70.2011.5.12.0036

das obrigações que dela decorrem dispensado estaria o Poder Público do dever de fiscalização?

Ante esses fundamentos, inafastável é a condenação subsidiária imposta, não havendo reparo a ser feito no julgado, devendo a recorrente responder pelos débitos de eventual inadimplemento das parcelas pecuniárias oriundas desta ação.

Não há, pelos fundamentos expostos, violação a qualquer dos dispositivos legais e constitucionais invocados, sendo a alegação de todo desarrazoada.

Nego, pois, acolhida ao recurso também neste tópico.

Inconformado, o ente público interpõe recurso de revista, ao argumento de que a responsabilidade subsidiária do tomador do serviço terceirizado, quando ente público, não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regulamente contratada.

Aponta violação dos artigos 2º, 3º, parágrafo único, 5º, II, 22, XXVII, 37, § 6º, XXI, 44, 48, 97 e 102, I, e 103-A, da Constituição Federal; 70 e 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93; contrariedade à Súmula Vinculante nº 10 do STF e à Súmula nº 331, bem como divergência jurisprudencial.

Não obstante, a autoridade responsável pelo juízo de admissibilidade a *quo*, julgando faltar ao referido apelo pressuposto de admissibilidade específico, decidiu negar-lhe seguimento.

Na minuta em exame, o agravante, ao impugnar a d. decisão denegatória, reitera as alegações declinadas no recurso de revista.

Com razão.

Discute-se a responsabilidade subsidiária de ente público pelo adimplemento de obrigações trabalhistas devidas pela prestadora de serviços e deferidas no presente processo.

A matéria foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) nº 16. Naquela oportunidade, ao declarar a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, a excelsa Corte firmou posição de que



PROCESSO N° TST-RR-8735-70.2011.5.12.0036

o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços **não** transfere à Administração Pública, de forma **automática**, a responsabilidade pelo pagamento do referido débito. Ressaltou, contudo, ser possível a imputação da mencionada responsabilidade, quando evidenciada a sua conduta culposa, caracterizada pelo descumprimento de normas de observância obrigatória, seja na escolha da empresa prestadora de serviços (culpa *in eligendo*) ou na fiscalização da execução do contrato (culpa *in vigilando*).

Em vista da referida decisão, este Tribunal Superior adequou sua jurisprudência ao entendimento do STF, incluindo o item V na Súmula n° 331, no qual passou a constar, expressamente, que a responsabilidade subsidiária da Administração Pública não decorre do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada, mas da constatação de que o ente público não cumpriu com o dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais e legais por parte da prestadora de serviço.

Eis a novel redação da supracitada súmula:

**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.
LEGALIDADE.**

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 n° 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 n° 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.



PROCESSO N° TST-RR-8735-70.2011.5.12.0036

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 empregador.** 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. (sem grifos no original).

Oportuno ressaltar que, acerca da conduta culposa da Administração Pública, o STF tem entendido que a conclusão da sua demonstração não pode decorrer de mera presunção, baseada no simples inadimplemento da empresa prestadora de serviços, e desvinculada do exame probatório. Para esses casos, aquela excelsa Corte tem decidido que a responsabilização subsidiária do ente público ofende a autoridade da decisão proferida no julgamento da ADC nº 16. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECONHECIMENTO POR PRESUNÇÃO. AFRONTA À AUTORIDADE DA DECISÃO PROFERIDA NA ADC 16. CONFIGURAÇÃO. 1. **Afronta** a autoridade da decisão proferida no julgamento da **ADC 16** (Min. Cezar Peluso, Pleno, DJe 9/9/2011) a transferência à Administração Pública da **responsabilidade** pelo pagamento de encargos trabalhistas **sem a indicação de específica conduta** que fundamente o reconhecimento de sua culpa. 2. Agravo regimental não provido.” (Rcl 22655 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 16/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 29-02-2016 PUBLIC 01-03-2016). (sem grifos no original).



PROCESSO Nº TST-RR-8735-70.2011.5.12.0036

“E M E N T A: RECLAMAÇÃO – ARGUIÇÃO DE OFENSA AO POSTULADO DA RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ART. 97) – SÚMULA VINCULANTE Nº 10/STF – INAPLICABILIDADE – INEXISTÊNCIA, NA ESPÉCIE, DE JUÍZO OSTENSIVO, DISFARÇADO OU DISSIMULADO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE QUALQUER ATO ESTATAL – PRECEDENTES – ALEGADO DESRESPEITO À AUTORIDADE DA DECISÃO PROFERIDA, COM EFEITO VINCULANTE, NO EXAME DA ADC 16/DF – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO PODER PÚBLICO POR DÉBITOS TRABALHISTAS (LEI Nº 8.666/93, ART. 71, § 1º) – **AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO PRECISA DOS ELEMENTOS FÁTICOS E PROBATÓRIOS APTOS A SUBSIDIAREM A IMPUTAÇÃO DE COMPORTAMENTO CULPOSO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA** – IMPRESCINDIBILIDADE DA COMPROVAÇÃO, EM CADA CASO, DA CONDUITA ATRIBUÍDA À ENTIDADE PÚBLICA CONTRATANTE QUE EVIDENCIE A SUA CULPA “IN OMITTENDO”, “IN ELIGENDO” OU “IN VIGILANDO” – PRECEDENTES – RESSALVA DA POSIÇÃO DO RELATOR DESTA CAUSA – OBSERVÂNCIA, CONTUDO, DO POSTULADO DA COLEGIALIDADE – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.” (Rcl 22273 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 24/11/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-029 DIVULG 16-02-2016 PUBLIC 17-02-2016). (sem grifos no original).

“Ementa: DIREITO DO TRABALHO E ADMINISTRATIVO. RECLAMAÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO. 1. Na ADC 16, este Tribunal afirmou a tese de que a Administração Pública não pode ser responsabilizada automaticamente por débitos trabalhistas de suas contratadas ou conveniadas. Só se admite sua condenação, em caráter subsidiário, quando o juiz ou tribunal conclua que a entidade estatal contribuiu para o resultado danoso ao agir ou omitir-se de forma culposa (in eligendo ou in vigilando). 2. **Afronta a autoridade da ADC 16** e da Súmula Vinculante 10 acórdão de



PROCESSO N° TST-RR-8735-70.2011.5.12.0036

órgão fracionário de Tribunal que sustenta a **responsabilidade** da Administração em uma **presunção de culpa** – i.e., que condena o ente estatal com base no **simples inadimplemento da prestadora**. 3. Agravo regimental a que se dá provimento.” (Rcl 16846 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 19/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-153 DIVULG 04-08-2015 PUBLIC 05-08-2015). (sem grifos no original).

Com supedâneo na decisão do STF, esta Quarta Turma vem entendendo que cabe ao empregado terceirizado o encargo de demonstrar a conduta culposa da Administração Pública na fiscalização do contrato de prestação de serviços, por ser fato constitutivo do seu pretendido direito, sendo inadmissível, na espécie, a inversão do ônus probatório. Para ilustrar, cito os seguintes precedentes: RR-2171-62.2012.5.01.0225, Relator **Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos**, Data de Publicação: DEJT 10/05/2019; RR-17336-23.2015.5.16.0001, Relator **Ministro: Ives Gandra Martins Filho**, Data de Publicação: DEJT 26/04/2019; RR-101424-61.2016.5.01.0264, Relator **Ministro: Alexandre Luiz Ramos**, Data de Publicação: DEJT 10/05/2019.

Na mesma trilha, julgados de outras Turmas desta colenda Corte Superior: RR-11322-63.2017.5.03.0082, **2ª Turma**, Relatora Ministra Delaíde Miranda Arantes, DEJT 16/05/2019; RR-1409-30.2014.5.05.0010, **3ª Turma**, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 16/05/2019; RR-1001159-15.2016.5.02.0714, **5ª Turma**, Relator Ministro Emmanoel Pereira, DEJT 16/05/2019; RR-100629-69.2016.5.01.0421, **6ª Turma**, Relatora Desembargadora Convocada Cilene Ferreira Amaro Santos, DEJT 16/05/2019; Ag-AIRR-298-46.2012.5.02.0048, **7ª Turma**, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 16/05/2019.

É cediço, contudo, que a SBDI-1, no julgamento do E-RR-925-07.2016.5.05.0281, de relatoria do Ministro Cláudio Brandão, em 12.12.2019, por entender que o STF não teria decidido sobre a questão, firmou entendimento de que cabe à Administração Pública demonstrar a ausência de culpa quanto ao inadimplemento das verbas trabalhistas



PROCESSO Nº TST-RR-8735-70.2011.5.12.0036

devidas pela prestadora de serviços, considerando a sua aptidão para produção da prova.

Sucedede que o STF, no julgamento do RE 760931, com repercussão geral reconhecida, afastou a tese de que o ônus da prova quanto à demonstração da conduta culposa seria do ente público, posição que era defendida pela Ministra Rosa Weber, relatora do processo, que ficou vencida no julgamento.

De igual forma, em sede de Reclamação, a Suprema Corte tem rechaçado a inversão do ônus da prova em favor do trabalhador para fins de comprovação da culpa da Administração Pública, entendendo que em tais casos resta caracterizada a afronta à ADC nº 16 e ao RE 760.931. É o que se infere do seguinte julgado:

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO. RECLAMAÇÃO CONTRA DECISÃO QUE ATRIBUIU RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA AO ESTADO DO MARANHÃO SEM A DEMONSTRAÇÃO DE COMPORTAMENTO SISTEMATICAMENTE NEGLIGENTE OU DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA DO PODER PÚBLICO E O DANO SOFRIDO PELO TRABALHADOR. ALEGADA VIOLAÇÃO À ADC 16 AO RE 760.931. OCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO. 1. Por ocasião do julgamento do RE 760.931, sob a sistemática da Repercussão Geral, o Plenário desta SUPREMA CORTE afirmou que **inexiste responsabilidade do Estado por débitos trabalhistas de terceiros, alavancada pela premissa da inversão do ônus da prova em favor do trabalhador. 2. No caso sob exame, não houve a comprovação real de um comportamento sistematicamente negligente do agravante, tampouco há prova do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público e o dano sofrido pelo trabalhador, a revelar presunção de responsabilidade do reclamante, conclusão não admitida por esta CORTE quando do julgamento da ADC 16. 3. Recurso de agravo a que se dá provimento. (Rcl 36836 ED-AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 14/02/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-051 DIVULG 09-03-2020 PUBLIC 10-03-2020)**



PROCESSO N° TST-RR-8735-70.2011.5.12.0036

Do entendimento firmado pelo STF, portanto, pode-se concluir que há responsabilidade subsidiária do ente público quando evidenciada **a sua conduta culposa**, caracterizada pelo descumprimento de normas de observância obrigatória. E essa conduta se revela quando a Administração Pública deixa de cumprir o dever jurídico de, já na escolha da empresa prestadora de serviços, observar as exigências do procedimento licitatório, contratando pessoa jurídica cuja situação econômica se mostra frágil, propensa a não adimplir os créditos trabalhistas (culpa *in eligendo*). Também quando não procede à efetiva e à adequada fiscalização do contrato, omitindo-se em acompanhar e exigir da empresa contratada que cumpra com as obrigações trabalhistas dos empregados envolvidos na prestação dos serviços (culpa *in vigilando*).

Ademais, a comprovação da culpa somente pode decorrer do exame dos elementos probatórios existentes no processo, aptos a revelarem a conduta negligente da Administração Pública e o nexo de causalidade com o dano sofrido pelo trabalhador, sendo inadmissível a inversão do ônus da prova em favor do empregado, com o objetivo de imputar responsabilização, ainda que subsidiária, ao ente público.

Na hipótese, depreende-se da leitura do acórdão recorrido que o egrégio Tribunal Regional, em descompasso com a decisão do STF, reconheceu a responsabilidade subsidiária do ente tomador de serviços, sem que fossem observados os critérios exigidos para a demonstração da conduta culposa da Administração Pública.

Ao assim decidir, acabou por responsabilizar o ente público de forma automática, procedimento que destoava do entendimento sufragado no julgamento da ADC n° 16 e da tese fixada no Tema 246 da Tabela de Repercussão Geral do STF.

Desse modo, **dou provimento** ao agravo de instrumento em exame para determinar o processamento do recurso de revista.

Com fulcro no artigo 897, § 7º, da CLT, passa esta Turma ao exame do recurso de revista destrancado.

II) RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO ENTE PÚBLICO.



PROCESSO N° TST-RR-8735-70.2011.5.12.0036

1. CONHECIMENTO

1.1. PRESSUPOSTOS COMUNS

Presentes os pressupostos comuns de admissibilidade recursal, quais sejam, a tempestividade, a representação regular e o preparo, passo ao exame dos pressupostos específicos do recurso de revista.

1.2. PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS

1.2.1. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO.

Em vista da fundamentação lançada no agravo de instrumento, **conheço** do recurso de revista por violação do artigo 71, § 1º, da Lei n 8.666/93.

Portanto, com fundamento no artigo 896, "c", da CLT, **conheço** do recurso de revista.

2. MÉRITO

2.1. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO.

Conhecido o recurso de revista, consequência lógica é o seu **provimento** para afastar a responsabilidade subsidiária imputada ao ente público. Prejudicada a análise dos demais temas constantes do recurso de revista.

III - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA PRIMEIRA RECLAMADA (ADSERVI ADMINISTRADORA DE SERVIÇOS LTDA.)

1. CONHECIMENTO



PROCESSO N° TST-RR-8735-70.2011.5.12.0036

1.1. PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Presentes os pressupostos extrínsecos de admissibilidade recursal, considerados a tempestividade, a representação regular e o preparo, passo ao exame dos pressupostos intrínsecos.

1.2. PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

1.2.1. NULIDADE DO ACÓRDÃO REGIONAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

A recorrente argui nulidade do acórdão regional por negativa de prestação jurisdicional ao argumento de que o Tribunal Regional, mesmo provocado por meio de embargos de declaração, foi omissivo em questões acerca do adicional de insalubridade.

Afirma que, ao contrário do que consignou o acórdão recorrido, o preposto, em seu depoimento, teria informado que apenas dirigia o veículo e que eram os ajudantes que faziam o descarregamento dos sacos de lixo para uma área de compostagem da universidade.

Alega ainda que, deste depoimento, o preposto afirmou que o lixo vinha em um saco, dentro de um container fechado e não apenas em um saco de lixo conforme constou no acórdão. Requer que seja esclarecido se sempre no container branco tem restos de pele, pedaço de dedos, restos humanos. Aduz que o acórdão não se manifestou sobre diversos trechos dos depoimentos do preposto e da testemunha Juliano, que considera dariam sentido contrário ao desfecho do julgamento. Ressalta que o Tribunal de origem não analisou o depoimento da testemunha de que esta nunca viu o autor fazendo outra função, além de motorista e que o lixo hospitalar era coletado pelo pessoal do resíduo que levava até o carro para o reclamante. Reclama ainda que o Tribunal de origem não consignou que os lixos ficavam acondicionados em sacos em um contentor, e depois era colocado no carro onde era transportado, sendo que o contentor era colocado dentro do carro, assim o autor não manuseava lixo diretamente.



PROCESSO N° TST-RR-8735-70.2011.5.12.0036

Aponta ofensa ao artigo 535, II, do CPC/73. Transcreve aresto para cotejo de teses.

O recurso não alcança conhecimento.

De acordo com a Súmula n° 459, destaco que o recurso de revista tem sua admissibilidade quanto à preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional limitada à demonstração de violação do artigo 832 da CLT, 458 do CPC ou 93, IX, da Constituição Federal.

Desse modo, a indicação de violação literal do artigo 535, II, do CPC/73 e a demonstração de divergência jurisprudencial não viabilizam a preliminar de nulidade do julgado, por negativa de prestação jurisdicional.

Não conheço do recurso de revista.

1.2.2. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.

No tema, assim decidiu o egrégio Tribunal Regional:

Consoante o laudo pericial, o reclamante auxiliava a colocar os contentores de lixo (comum e infectante) na Fiorino, dirigia dito veículo até o depósito de lixo onde é realizada a coleta pública, retirava os contentores e os deixava no depósito. Além disso, transportava o lixo orgânico para uma área de compostagem da UFSC.

O anexo 14 da NR-15 caracteriza como insalubre em grau máximo o trabalho em contato permanente com lixo urbano e restos de "carnes, glândulas, vísceras, sangue, ossos, couros; pêlos e dejeções de animais portadores de doenças infecto-contagiosas (carbunclose, brucelose, tuberculose),".

Em depoimento, o preposto admitiu que, embora raramente, ocorria de o reclamante carregar e descarregar pedaços de pele, que era acondicionados em um saco de lixo.

A testemunha Roseno, que era auxiliar de serviços gerais e descia o lixo do 2° e 3° andares até o local onde o reclamante o recolhia, referiu que *"via o autor recolhendo lixo, sozinho e às vezes ele o fazia acompanhado de 1 ou 2 pessoas; o lixo vinha acondicionado em um saco plástico, e dentro vinha restos de curativos, coisa podre de operação e outras coisas"* (marcador 35).



PROCESSO N° TST-RR-8735-70.2011.5.12.0036

A primeira testemunha da reclamada, Luciano, que era auxiliar de serviços gerais desde 2009 e encarregado do setor a partir de 2011, admitiu que, **conquanto fosse motorista, esporadicamente, duas ou 3 vezes por semana ele também ajudava a carregar o lixo**. Embora a testemunha tenha mencionado que não sabia o conteúdo dos sacos, tinha conhecimento de que "*nos sacos pretos vinha o lixo comum, nos sacos brancos os infectantes e no azul o reciclado*". (marcador 35).

Por fim, a segunda testemunha da ré, Juliano, confirmou que os contêineres brancos continham materiais infectantes, a exemplo de restos de gazes, algodão, soros e agulhas que, dentro de uma caixa, vinham da clínica e, a cada dois meses, um saco de 20 kg a 30 kg, com pele, pedaço de dedo, etc.

Cumprе ponderar, nesse aspecto, que o fato de a perita ter deparado com sacos brancos justamente no dia da inspeção, põe em dúvida a alegação da testemunha Juliano, que disse apenas de dois em dois meses apareciam sacos com restos humanos. Ao que depreendo, ao mencionar a frequência de dois meses, a testemunha Juliano se referiu a sacos com peso entre 20kg e 30kg, sendo corriqueira a existência de sacos contendo restos humanos com, peso menor, como ocorreu no dia da perícia, mesmo porque não é crível que o hospital fosse guardar esse lixo até atingir 20 ou 30 quilos, para, só então, descartá-lo.

Nessas condições, ou seja, **comprovado que o reclamante ajudava no carregamento e descarregamento dos contentores, e que estes continham materiais contaminantes, correta a sentença ao reconhecer o contato permanente com agentes biológicos**. Saliento ser irrelevante, nesse, aspecto, que o reclamante, no seu mister, utilizasse luvas, porquanto, em se tratando de agentes biológicos, a contaminação pode se dar em um único contato, pelo ar (pelas vias respiratórias), bastando, para isso, que, um, saco fure ou esteja mal fechado.

Assim, a insalubridade em apreço é verificada por uma análise qualitativa, ou seja, o que importa é que os agentes biológicos encontrados no lixo que o reclamante carregava eram capazes de causar danos à saúde, já que, evidentemente, as luvas que utilizava não eram suficientes para elidir os riscos de contágio e de doenças, sabidamente graves.



PROCESSO N° TST-RR-8735-70.2011.5.12.0036

Frente a essas considerações, resta elementar que a Orientação Jurisprudencial nº 4 da SDI-1 do TST não se presta a afastar a insalubridade ora reconhecida, pois plenamente enquadrada a atividade do demandante no anexo 14 da NR-15, pelo contato permanente com carnes, glândulas, vísceras, sangue, ossos, etc, cuja insalubridade correspondente é de grau máximo.

Nego provimento.

Opostos embargos de declaração pela ora recorrente, assim decidiu a Corte Regional:

Os fundamentos para a manutenção da condenação imposta na sentença estão exaustivamente expostos no acórdão e remetem, ainda que indiretamente, à matéria versada pela embargante à guisa de prequestionamento.

O Colegiado analisou as provas pericial, oral e documental, e os elementos de contrariedade que fundamentaram as alegações dos litigantes, expressando, então, claramente, os fatores que levaram à formulação do convencimento e ao julgamento.

Resumidamente, **entendeu a Câmara que o reclamante, de fato, habitualmente auxiliava a colocar os contentores de lixo (comum e infectante) no veículo que dirigia, situação confirmada pela testemunha Roseno ("via o autor recolhendo lixo [...]) e admitida pela testemunha Luciano ("esporadicamente, duas ou 3 vezes por semana o autor também ajudava a carregar o lixo para o carro"), além do que, o preposto confirmou o transporte esporádico de pedaços de pele. Em razão disso, foi mantido o enquadramento das atividades do reclamante como insalubres em grau máximo, como decorrência do contato com agentes biológicos, cuja avaliação é qualitativa e independe da utilização de luvas, já que a contaminação pode ocorrer pelo ar,** "bastando que um saco fure ou esteja mal fechado", sendo certo que o reclamante não usava máscara. Ademais, a decisão também levou em consideração a prova pericial produzida.



PROCESSO N° TST-RR-8735-70.2011.5.12.0036

Portanto, o que pretende a embargante é a reforma do julgado por via inadequada, provocando nova manifestação desta Corte sobre questão já examinada e julgada.

A rigor inexistem as omissões apontadas. A embargante se prende a questões menores, tentando convencer o Juízo de que há diferença entre o contato direto com os sacos de lixo ou com o contentor, ou tratando como importante a frequência com que havia peles nos sacos brancos, desconsiderando que neles havia outros materiais contaminantes, como restos de gaze usada e coisas podres resultantes de cirurgia, nas palavras da testemunha Roseno.

Da mesma forma, a embargante tenta tumultuar o feito ao alegar que a perícia fez o enquadramento por coleta ou industrialização de lixo urbano, enquanto o Anexo 14 da NR 15 da Portaria 3.214/1978 prevê a insalubridade em grau máximo apenas para a coleta e industrialização.

Ora, é evidente que a norma em questão, ao falar em "coleta e industrialização", deve ser lida como "tanto uma quanto a outra, "uma e outra", ou ainda, "uma ou outra". Portanto, a despeito da utilização conjunção 'e' em lugar de 'ou', **um pouco de bom senso e lógica bastam para se entender que a coleta ou a industrialização de lixo urbano pode levar ao deferimento do adicional de insalubridade em grau máximo.** Aliás, é difícil conceber que a embargante acredite, sinceramente, que apenas o trabalhador que colete lixo urbano e, a seguir, também o industrialize, tenha direito ao adicional em grau máximo.

Quanto aos trechos de depoimentos referidos pela embargante, bem como à jurisprudência e os demais argumentos lançados em seu recurso, simplesmente não foram acolhidos pela Câmara, sendo absolutamente desnecessário que haja manifestação expressa sobre cada um deles, como pretendido e incorretamente afirmado pela embargante.

Com efeito, desde que os fundamentos adotados bastem para justificar o concluído na decisão, o Julgador não está obrigado a tratar dos argumentos utilizados pela parte sob a ótica desta, sendo assente o entendimento de que as razões de decidir, quando dotadas de razoável lógica jurídica e abrangentes dos principais pontos de controvérsia da lide, não precisam necessariamente esgotar todos os argumentos nos quais as partes fundamentaram sua pretensão.



PROCESSO N° TST-RR-8735-70.2011.5.12.0036

(...)

Não obstante, em um único aspecto a embargante tem, razão, porquanto há, efetivamente, defecção no acórdão, a qual identifico como erro material, incapaz, todavia, de acarretar qualquer efeito modificativo ao julgado.

Ocorre que à fl. 21, último parágrafo, consta que as atividades do autor seriam insalubres em grau máximo, em razão do contato permanente com carnes, glândulas, vísceras, sangue, ossos, etc, o que não se coaduna com a realidade, na medida em que tal previsão normativa se refere a lixo proveniente de animais, e **o lixo com o qual o reclamante lidava provinha de pessoas, mais exatamente de pessoas doentes.**

A insalubridade em grau máximo das atividades laborais exercidas pelo reclamante decorrem, isto sim, da coleta de lixo urbano, tal como apurou o Perito, lembrando que lixo hospitalar é espécie do gênero lixo urbano. Isso significa, respondendo a indagação da embargante, que é possível, sim, manter o enquadramento feito na sentença.

Além disso, e apenas como reforço de argumentação, à vista de todo o analisado nesta decisão e no acórdão embargado, saliento que as atividades do reclamante poderiam ser enquadradas como insalubres em grau máximo, também, em face do contato com objetos utilizados em pacientes portadores de doenças contagiosas.

Pelo que, acolho os embargos para, reconhecendo a existência de erro material no acórdão, retificar a fundamentação do item 1.1 (fl. 22) para que onde constou "pelo contato permanente com carnes, glândulas, vísceras, sangue, ossos, etc." passe a constar "pelo contato permanente (coleta) com lixo urbano hospitalar".

Acolho parcialmente os embargos, portanto.

Inconformada, a primeira reclamada interpõe recurso de revista alegando que na sentença o adicional foi deferido por contato permanente com agentes biológicos e no acórdão foi reconhecido por coleta de lixo urbano hospitalar. Assevera que o agente insalubre gerador do adicional a que o autor teria contato não pode ser enquadrado no Anexo 14 da NR 15. Ressalta que a Norma Regulamentadora é clara no sentido de ser devido o adicional de insalubridade em grau máximo apenas para àqueles



PROCESSO N° TST-RR-8735-70.2011.5.12.0036

que trabalham exclusivamente com pacientes em área de isolamento, com doenças contagiosas. Aduz que é necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho, e no caso foi deferido o respectivo adicional sem o devido enquadramento. Afirma que o autor não fazia a atividade de separação, classificação e muito menos a industrialização do lixo, pois só haveria direito ao adicional se o autor efetuasse tanto a coleta quanto a industrialização do lixo.

Aponta violação do artigo 7º, XXIII, da Constituição Federal; 436 do CPC/73; bem como contrariedade à Orientação Jurisprudencial n° 4 da SBDI-1. Transcreve arestos para cotejo de teses.

O recurso não alcança conhecimento.

O egrégio Tribunal Regional registrou, com base no laudo pericial e por meio de prova testemunhal, que o reclamante ajudava no carregamento e descarregamento dos contentores de lixo (comum e infectante), que continham materiais contaminados, até o depósito de lixo onde é realizada a coleta pública e transportava o lixo orgânico para uma área de compostagem da universidade, reconhecendo o direito ao adicional de insalubridade em grau máximo por contato permanente com agentes biológicos.

Concluiu, portanto, pelo enquadramento dessas atividades desempenhadas pelo reclamante dentre as constantes do Anexo 14 da NR 15 da Portaria n° 3.214/78 do MTE, por estar o autor exposto a agentes biológicos, mesmo na atividade de motorista, quando procedia à coleta e ao transporte do lixo urbano da universidade reclamada, de forma habitual (duas a três vezes por semana).

Nesse contexto, para se chegar à conclusão diversa no sentido de que as atividades exercidas pelo autor não estão enquadradas na classificação do Anexo 14 da NR-15 a ensejar a percepção do adicional de insalubridade em grau máximo, seria necessário o reexame das provas produzidas no processo, procedimento vedado nesta fase processual, nos termos da Súmula n° 126.

Quanto à tese da recorrente de que o adicional de insalubridade em grau máximo é devido apenas para aqueles que trabalham exclusivamente com pacientes em área de isolamento, com doenças



PROCESSO N° TST-RR-8735-70.2011.5.12.0036

contagiosas, não houve pronunciamento específico da Corte Regional quanto ao ponto. Incidência do óbice da Súmula n° 297, por ausência de prequestionamento.

No que se refere à tese de que somente tem direito ao adicional em grau máximo no caso do empregado efetuar a coleta juntamente com a industrialização do lixo urbano, o acórdão regional em sede de embargos de declaração consignou que **a coleta ou a industrialização** de lixo urbano pode levar ao deferimento do adicional de insalubridade em grau máximo, interpretação em consonância com o item II, da Súmula n° 448, *in verbis*: "A higienização de instalações sanitárias de uso público ou coletivo de grande circulação, e a respectiva coleta de lixo, por não se equiparar à limpeza em residências e escritórios, enseja o pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo, incidindo o disposto no Anexo 14 da NR-15 da Portaria do MTE n° 3.214/78 quanto à coleta e industrialização de lixo urbano".

No mais, incólume o artigo 7º, XXIII, da Constituição Federal, porquanto a decisão regional, ao deferir o adicional de insalubridade ao autor, obedeceu ao comando do referido dispositivo de que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei.

Do mesmo modo, não há falar em ofensa ao artigo 436 do CPC/73, acerca do qual dispõe que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos; porquanto a decisão regional se baseou tanto na prova pericial quanto na oral e documental produzida pelas partes.

Não se vislumbra igualmente contrariedade à Súmula 448 (conversão da Orientação Jurisprudencial n° 4 da SBDI-1), cujo item I estabelece que "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", já que a conclusão do Regional foi no sentido de que de o reclamante estava exposto a riscos biológicos, nos termos do Anexo 14 da NR 15, da Portaria n° 3.214/78 do MTE.

Já a divergência jurisprudencial colacionada não impulsiona o provimento do apelo, pois ou os arestos são oriundos de turma do Tribunal Superior do Trabalho, órgão não elencado no artigo 896, alínea



PROCESSO N° TST-RR-8735-70.2011.5.12.0036

"a", da CLT; ou porque são inespecíficos, descrevendo situação fática distinta da dos autos. Óbice da Súmula n° 296, I.

O aresto proveniente do TRT da 4ª Região trata de hipótese de insalubridade por contato permanente com pacientes em isolamento por doenças infectocontagiosas, premissa fática diversa do caso vertente, em que o autor é motorista e tem contato com lixo infectocontagioso por carregar e descarregá-lo do veículo.

Já o aresto de fl. 583 não demonstra tese divergente com o caso dos autos, mas sim convergente em hipótese de coleta e industrialização de lixo urbano como agente insalubre.

O julgado de fl. 584 proveniente do TRT da 4ª Região abarca a premissa de diferenciação entre lixo domiciliar, comercial e industrial em definição de lixo urbano, premissa não utilizada pelo acórdão regional desse processo.

O julgado de fl. 585 proveniente do TRT da 3ª Região abarca hipótese em que o reclamante, em sua atividade de varrição de ruas e logradouros públicos, não mantinha contato permanente com o lixo urbano, seja na coleta ou industrialização.

O aresto de fl. 579 proveniente do TRT da 12ª Região é inservível, porquanto oriundo do mesmo tribunal regional prolator do acórdão recorrido, contrariando, assim, a Orientação Jurisprudencial n° 111 SBDI-1.

Registre-se que julgado proveniente do STF não está relacionado entre as hipóteses do artigo 896 da CLT para a admissibilidade do recurso de revista.

Não conheço.

1.2.3. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO.

No tema, assim decidiu o egrégio Tribunal Regional:

Acerca da matéria, conforme o precedente RO 01246-2009-041-12-00-5, entenderam os Exmos. Ministros do excelso Supremo Tribunal Federal - STF -, na Sessão Plenária de 30-04-2008 que a vinculação do adicional de insalubridade ao salário, mínimo ofende a



PROCESSO N° TST-RR-8735-70.2011.5.12.0036

Constituição Federal,' mas também decidiram que a alteração da base de cálculo por via de interpretação jurídica não seria possível e editaram, a Súmula Vinculante no 4, verbis: "Salvo nos casos previstos na constituição., o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial".

Em face desse entendimento, o TST alterou novamente a Súmula no 228, passando a estabelecer que o adicional de insalubridade seria calculado sobre o salário básico.

Não obstante esse posicionamento tenha sido suspenso pelo Presidente do STF ao conceder medida cautelar na Reclamação no 6.266-0, a conclusão esposada pelo Ministro Gilmar Mendes de "que o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou convenção coletiva", não se sustenta, pois contraria a primeira parte da, própria Súmula Vinculante no 4 emanada do Excelso Pretório e por isso inexistente, ofensa ao art. 103-A da Constituição Federal.

Há muito já vinha o STF decidindo que o salário mínimo não podia servir de base de cálculo de qualquer vantagem salarial, inclusive para efeito de apuração de adicional de insalubridade, remetendo à competência do TST a definição dos parâmetros para a, quantificação desse direito dos trabalhadores que labutam sob condições insalutíferas, situação que se modificou, em parte, e passou a ter novo enfoque, com a edição da mencionada Súmula Vinculante.

A mera interpretação gramatical da parte final da Súmula Vinculante n° 4 do Supremo Tribunal Federal redundaria em evidente inconstitucionalidade.

Consoante dispõe o inc. XXXV do art. 5° da Constituição Federal, cláusula pétrea, portanto a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Se o legislador constituinte não autorizou nem mesmo o legislador ordinário, representante do povo brasileiro, de impedir o Poder Judiciário de enfrentar e solucionar as pretensões resistidas colocadas a sua análise, razão lógica ou jurídica alguma existe para que o próprio STF assim o faça.



PROCESSO N° TST-RR-8735-70.2011.5.12.0036

Como guardião máximo da Constituição da República Federativa do Brasil, certamente não foi essa a intenção do STF.

Nesse passo, vale lembrar o que disciplina o art. 40 da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

No caso em exame, embora a lei não seja omissa quanto à base de cálculo do adicional de insalubridade, o STF entendeu que o art. 192 da CLT não foi recepcionado pela Carta de 1988. Surgiu, assim, uma lacuna, um hiato na legislação aplicável à matéria, cumprindo ao julgador, possibilitar no caso concreto o pleno exercício do direito dos trabalhadores, o que inclusive é respaldado pelo texto do art. 80 da CLT. Reforçando o posicionamento ora sustentado, consoante estatui o art. 126 do CPC, o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei, sendo que no julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, deverá recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

A toda a evidência, afastada a possibilidade se utilizar o salário mínimo como base de incidência do adicional de insalubridade, não existe outro caminho a ser adotado por esta Justiça Especializada na solução da hipótese versada nesta ação que não a adoção do salário básico do trabalhador como base de cálculo do adicional de insalubridade.

De resto, é impertinente a pretensão esposada no recurso, de que o adicional de insalubridade em grau máximo seja calculado sobre o salário mínimo, uma vez que o adicional de insalubridade - em grau-médio - que a recorrente pagava ao reclamante, era calculado sobre a seu salário básico.

Assim, a base de cálculo do adicional de insalubridade a ser observada deve continuar sendo o salário básico do reclamante, consignado nos contracheques sob a rubrica 001 (horas normais).

Nego provimento

Inconformada, a recorrente alega que a base de cálculo do adicional de insalubridade deve ser o salário mínimo, ante a inexistência de lei que preveja base de cálculo distinta.



PROCESSO N° TST-RR-8735-70.2011.5.12.0036

Aponta contrariedade a Súmula Vinculante n° 4 do STF. Transcreve arestos para cotejo de teses.

O recurso não alcança conhecimento.

Esta Corte Superior tem entendimento no sentido de que quando o empregador paga deliberadamente o adicional de insalubridade sobre o salário base do empregado, não há falar em substituir referido índice pelo salário mínimo, em obediência ao comando da Súmula Vinculante n° 4 do STF.

Isso porque, nas hipóteses em que o índice já foi definido pelo próprio empregador, por liberalidade da empresa, qualquer modificação por base de cálculo diversa restaria configurada alteração contratual lesiva, prevista no artigo 468 da CLT, além de afronta aos princípios constitucionais da irredutibilidade salarial e do direito adquirido.

Nesse sentido, os seguintes precedentes, incluindo julgados da SBDI-1 desta Corte Superior:

"EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE PAGO SOBRE O SALÁRIO BASE. ADEQUAÇÃO A DECISÃO SUPERVENIENTE DO STF QUE DEFINE O SALÁRIO MÍNIMO COMO BASE DE CÁLCULO DA PARCELA. REDUÇÃO SALARIAL. ALTERAÇÃO DO CONTRATUAL LESIVA. OFENSA AO DIREITO ADQUIRIDO. 1. A decisão da Oitava Turma desta e. Corte noticiou que, a teor do acórdão regional, a empresa empregadora, primeira reclamada, definiu o "salário básico" como base de cálculo do adicional de insalubridade pago aos reclamantes. Consta ainda que tal pagamento era feito nesses moldes por mera liberalidade da reclamada, sendo certo que não havia qualquer instrumento coletivo ou norma empresarial que assegurasse o "salário básico" como base para o cálculo da referida parcela. 2. Em razão de novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, a reclamada houve por bem ajustar o pagamento da parcela, passando a adotar o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, em detrimento do salário básico anteriormente utilizado pela empresa. 3. Na hipótese, em que os reclamantes vinham percebendo o adicional de insalubridade sobre uma determinada base de cálculo, por liberalidade da empresa, restou configurada



PROCESSO N° TST-RR-8735-70.2011.5.12.0036

a alteração contratual lesiva (artigo 468 da CLT), pois o fato de a reclamada valer-se de base de cálculo diversa, em prejuízo dos empregados, ainda que a pretexto de decisão do Supremo Tribunal Federal, configura afronta ao direito adquirido e ao princípio da irredutibilidade salarial (artigos 5º, XXXVI, e 7º, VI, da Constituição da República). Precedente da SDI-1 do TST. Recurso de embargos conhecido e provido." (TST-E-ARR-11693-79.2015.5.18.0017, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Redator Designado Min. Hugo Carlos Scheuermann, DEJT 03/08/2018)

"ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - BASE DE CÁLCULO - ALTERAÇÃO LESIVA DO CONTRATO DE TRABALHO – ART. 468 DA CLT. 1. O art. 468, caput, da CLT dispõe que nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições, por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia. 2. Na hipótese dos autos, embora a Turma tenha tratado da questão sob o viés da base de cálculo do adicional de insalubridade, a questão comporta análise diferenciada, uma vez que a controvérsia gira em torno da alteração da base de cálculo de tal adicional pela Empregadora, já que ele era pago sobre o salário profissional do Obreiro, passando a ser calculado e pago, posteriormente, sobre o salário mínimo. 3. Dessa forma, tendo a própria Reclamada estipulado o pagamento do adicional de insalubridade sobre base de cálculo diversa daquela prevista no art. 192 da CLT, não há como entender que o referido adicional seja pago sobre o salário mínimo, sob pena de se admitir a alteração contratual lesiva, vedada no ordenamento jurídico trabalhista, pois a condição anterior, que lhe era benéfica, decorrente de liberalidade do empregador, aderiu ao seu contrato individual de trabalho. Embargos providos." (TST-E-ED-RR-108700-32.2008.5.04.0009, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Rel. Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho, DEJT 19/04/2013)



PROCESSO N° TST-RR-8735-70.2011.5.12.0036

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA REGIDO PELA LEI 13.467/2017. BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE (AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO LEGAL OU CONSTITUCIONAL). No caso dos autos, o adicional de insalubridade já era pago pela reclamada sobre o salário base dos reclamantes, razão pela qual não se divisa a alegada violação da Súmula Vinculante 4 do STF, em razão da impossibilidade de decisão judicial substituir o salário mínimo por outro índice, uma vez que se trata de hipótese diversa da dos autos, em que o índice já foi definido pelo próprio empregador, deliberadamente, cuja consequência do acolhimento da pretensão recursal seria a alteração contratual lesiva, vedada pelo art. 468 da CLT . Incólumes os dispositivos legais e as Súmulas indicadas pela agravante . Agravo de instrumento não provido " (AIRR-1121-20.2017.5.06.0020, 2ª Turma, Relatora Ministra Delaide Alves Miranda Arantes, DEJT 12/02/2021).

"A) AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PAGAMENTO REALIZADO SOBRE O SALÁRIO-BASE POR LIBERALIDADE DA EMPREGADORA. MODIFICAÇÃO POSTERIOR DA BASE DE CÁLCULO. Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896 da CLT, dá-se provimento ao agravo de instrumento, para melhor análise da arguição de violação do art. 468 da CLT. Agravo de instrumento provido. B) RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI 13.467/2017 . ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PAGAMENTO REALIZADO SOBRE O SALÁRIO-BASE POR LIBERALIDADE DA EMPREGADORA. MODIFICAÇÃO POSTERIOR DA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO CONTRATUAL LESIVA. A Corte de origem assentou que a própria Reclamada efetuava o pagamento do adicional de insalubridade sobre o salário-base da Obreira. Nesse contexto, a alteração da base de cálculo do referido adicional viola o disposto no art. 468 da CLT, que veda a alteração contratual lesiva, tendo em vista que a condição anterior, mais favorável à Reclamante, decorrente de liberalidade da empregadora, aderiu ao seu contrato de trabalho. Julgados



PROCESSO N° TST-RR-8735-70.2011.5.12.0036

desta Corte. Dessa forma, tendo a empregadora utilizado uma base de cálculo mais benéfica para a empregada, sua manutenção não guarda relação com a hipótese retratada na Súmula Vinculante n° 4 do STF. Recurso de revista conhecido e provido " (RR-203-41.2017.5.20.0015, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 12/02/2021).

"AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N° 13.015/2014. (...) BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. Constata-se que o adicional de insalubridade já era pago pela reclamada sobre o salário base da reclamante, de modo que a modificação da base de cálculo para o salário mínimo configuraria alteração contratual lesiva, vedada pelo artigo 468 da CLT. Assim, não se constata a pretensa violação da Súmula Vinculante n° 4 do STF, a qual se refere à impossibilidade de decisão judicial substituir o salário mínimo por outro índice, hipótese diversa da dos autos. Precedentes. Considerando a improcedência do recurso, aplica-se à parte agravante a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC. Agravo não provido, com aplicação de multa." (TST-Ag-ARR-11777-84.2016.5.03.0107, 5ª Turma, Rel. Min. Breno Medeiros, DEJT 13/09/2019)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. (...) 2. BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. O Regional concluiu que era ilícita a adoção, em fevereiro de 2010, do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, depois do seu pagamento espontâneo por quase quatro anos calculado sobre o vencimento básico do cargo da reclamante. Incidência da Súmula n° 333 do TST. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (...) (RRAg-101924-53.2016.5.01.0030, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 12/02/2021).

Na hipótese, o egrégio Tribunal Regional registrou que a reclamada já pagava o adicional de insalubridade, porém em grau médio, calculado sobre o salário básico do empregado. Concluiu assim que o



PROCESSO N° TST-RR-8735-70.2011.5.12.0036

adicional de insalubridade deve continuar a observar como base de cálculo o salário base do reclamante.

Dessa forma, o acórdão recorrido encontra-se em consonância com o entendimento deste Tribunal.

Incide, portanto, o óbice da Súmula n° 333 e do artigo 896, § 7º, da CLT.

Não conheço.

1.2.4. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. LABOR APÓS A 44ª HORA SEMANAL.

No tema, assim fundamentou o egrégio Tribunal Regional:

Subleva-se a reclamada contra a condenação ao pagamento de horas extras, aduzindo que o reclamante sempre fruiu 01 hora de intervalo e não ultrapassou a 44ª hora de trabalho semanal, havendo, além disso, acordo individual de compensação de horas.

Não lhe assiste razão.

A testemunha Roseno, em regra, terminava sua jornada antes do horário em que o reclamante alegadamente saía, razão pela qual seu depoimento pouco ou nada esclarece.

A testemunha Juliano, trazida pela reclamada, disse que nunca presenciou o horário de entrada ou saída do reclamante.

A testemunha Luciano, ouvida por indicação da ré, porém, mencionou que o reclamante trabalhava das 08h às 18h40min/18h50min, com 01 hora de intervalo. Como a testemunha trabalhava das 07h às 19h, infere-se que tinha totais condições de saber o quanto o autor trabalhava. Por incabível, não merece maiores considerações, no particular, a alegação recursal de que a testemunha teria se equivocado ao responder sobre o horário em que o reclamante trabalhava.

Portanto, não merece reparo a sentença que, ante a impugnação do reclamante aos controles de ponto, resolveu a controvérsia com base na prova testemunhal, mas especificamente no depoimento da testemunha Luciano.



PROCESSO N° TST-RR-8735-70.2011.5.12.0036

Mantida a condenação em horas extras, persiste, por corolário, a condenação acessória ao pagamento de duas multas convencionais por infração às cláusulas coletivas atinentes a horas extras.

Em que pese as CCTs prevejam multas de 20% do salário normativo da categoria no caso infração a qualquer de suas cláusulas, mantém-se o percentual de 10% fixado na sentença para cada multa, em observância ao princípio da que veda a *reformatio in pejus*.

Pelo que, nego provimento ao recurso.

Inconformada, a primeira reclamada alega que o autor batia ponto de sua entrada e saída, e que estes correspondem a real jornada trabalhada. Sustenta que inexistiu trabalho após a 44ª hora semanal, por isso nunca pagou ao reclamante horas extraordinárias. Aduz que a testemunha Luciano se equivocou no depoimento ao declarar que o autor saía às 18 horas e 45 minutos, mas sim que ele saía 15 minutos para as 18 horas.

Aponta ofensa ao artigo 7º, XIII, da Constituição Federal.

O recurso não alcança conhecimento.

O egrégio Tribunal Regional registrou, com base no depoimento da testemunha apresentada pela ré, que o reclamante trabalhava das 08h às 18h40min/18h50min, com 1 hora de intervalo, reconhecendo seu direito às horas extraordinárias laboradas após à 44ª hora semanal.

Nesse contexto, para se chegar à conclusão diversa no sentido que o autor nunca laborou após a 44ª hora semanal ou que os controles de ponto correspondem à realidade dos fatos, seria necessário o reexame das provas produzidas no processo, procedimento vedado nesta fase processual, nos termos da Súmula nº 126.

Quanto à tese da reclamada de que a testemunha Luciano se equivocou em seu depoimento, o acórdão recorrido registrou que ele trabalhava das 7 horas às 19 horas, tendo condições de assegurar o horário em que o reclamante laborava.

Assim, não há falar em violação do artigo 7º, XIII, da Constituição Federal, que dispõe acerca da duração do trabalho normal não podendo exceder a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais,



PROCESSO Nº TST-RR-8735-70.2011.5.12.0036

tendo em vista que o Tribunal Regional concluiu que a jornada semanal prevista no referido dispositivo era extrapolada, com base na prova oral colhida no processo.

Não conheço.

1.2.5. MULTA CONVENCIONAL.

De pronto, observo que o tema não merece exame por esta colenda Corte Superior, tendo em vista que a reclamada não indicou, nas razões recursais, qualquer dispositivo de Lei ou da Constituição Federal como violado, nem apresenta arestos para comprovação de divergência jurisprudencial, pressupostos intrínsecos necessários ao conhecimento do recurso de revista, nos termos do artigo 896 da CLT.

Não conheço.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: I - dar provimento agravo de instrumento do ente público para, convertendo-o em recurso de revista, determinar a reautuação dos autos e a publicação da certidão de julgamento para ciência e intimação das partes e dos interessados de que o julgamento da revista dar-se-á na primeira sessão ordinária subsequente à data da referida publicação, nos termos do artigo 257 do Regimento Interno desta Corte; e II - conhecer do recurso de revista do ente público reclamado quanto ao tema "Responsabilidade Subsidiária", por violação do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 e, no mérito, dar-lhe provimento para afastar a responsabilidade subsidiária aplicada. Prejudicado o exame dos demais temas. III - não conhecer do recurso de revista da primeira reclamada (Adservi Administradora de Serviços LTDA.).

Brasília, 6 de abril de 2021.

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

CAPUTO BASTOS
Ministro Relator