



PROCESSO Nº 0000155-77.2012.5.24.0005-ReeNec/R0.1

A C Ó R D ã O
2ª Turma

Relator : Des. RICARDO GERALDO MONTEIRO ZANDONA
Revisor : Des. NICANOR DE ARAÚJO LIMA
Recorrente : UNIÃO (PROCURADORIA-GERAL DA UNIÃO)
Procurador : Arlindo Icassati Almirão
Recorrido : MÁRCIO RIBEIRO BRITO
Advogado : André Barbosa Fabiano
Recorridos : PROBANK S.A. E OUTROS (2)
Advogados : Rodolfo Lima de Souza e outros
Recorrida : FRATRES PARTICIPAÇÕES S.A.
Advogada : Carine Beatriz Giaretta
Origem : 5ª Vara do Trabalho de Campo Grande/MS

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 71 § 1º DA LEI N. 8.666/93 E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. I. O Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93 (ADC n. 16), mas não isentou a Administração Pública da responsabilidade subsidiária quando for omissa no dever de fiscalizar as obrigações do contratado. II. Assim, considerando o sistema jurídico vigente, está sujeita a Administração aos princípios da legalidade e da moralidade, e, embora não responda diretamente pelos encargos trabalhistas do contratado, tem o dever de fiscalizá-lo e de acompanhá-lo na execução dos serviços, sob pena de responder subsidiariamente (art. 37, *caput*, inciso XXII e § 6º, da CF; art. 71 da Lei n. 8.666/93). Configurada a culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando* da União, deve ser responsabilizada subsidiariamente. Recurso não provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos (PROC. Nº 0000155-77.2012.5.24.0005-ReeNec/R0.1) em que são partes MÁRCIO RIBEIRO BRITO (reclamante), PROBANK S.A. (primeira reclamada), PROBANK SERVIÇOS TERCEIRIZADOS LTDA. (segunda reclamada), VIA TELECOM S.A. (terceira reclamada), FRATRES PARTICIPAÇÕES S.A. (quinta reclamada) e UNIÃO FEDERAL (sexta reclamada).



PROCESSO Nº 0000155-77.2012.5.24.0005-ReeNec/R0.1

Trata-se de recurso ordinário interposto pela UNIÃO em face da sentença de f. 317-323, integrada pela decisão de f. 336-337, proferidas pela Juíza do Trabalho Substituta Keethlen Fontes Maranhão, que julgou procedentes em parte os pedidos iniciais, condenando as reclamadas ao pagamento de saldo de salário, gratificação e produtividade mensais, aviso prévio indenizado, férias + 1/3, 13º salário, FGTS + 40%, multas dos arts. 467 e 477 da CLT e indenização por danos morais. A União foi responsabilizada subsidiariamente.

A UNIÃO pretende, às f. 341-355, a reforma da decisão quanto à responsabilidade subsidiária, indenização por danos morais e multas.

O reclamante apresentou contrarrazões às f. 357-363. As reclamadas não apresentaram contrarrazões (certidão de f. 363 verso).

Parecer ministerial às f. 367-371, manifestando-se pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o relatório.

V O T O

1 - CONHECIMENTO

Analizados e satisfeitos os pressupostos legais de admissibilidade: cabimento ou adequação, legitimação para recorrer, interesse em recorrer, inexistência de causa impeditiva ou extintiva do poder de recorrer, tempestividade e regularidade de forma.

A remessa necessária e o recurso voluntário estão aptos ao conhecimento.

As contrarrazões também são conhecidas.



PROCESSO Nº 0000155-77.2012.5.24.0005-ReeNec/R0.1

2 - MÉRITO

2.1 - REVELIA (REMESSA NECESSÁRIA)

Aplicou-se a primeira reclamada (PROBANK S.A.), a segunda reclamada (PROBANK SERVIÇOS TERCEIRIZADOS LTDA.) e a terceira reclamada (VIA TELECOM S.A.) a pena de confissão quanto à matéria fática em virtude da revelia (art. 320-I/CPC).

Embora devidamente notificadas (f. 134-136 e f. 140-142) não compareceram à audiência de conciliação (f. 138), sendo consideradas confessas pelo juízo quanto à matéria fática. Entretanto, apresentaram defesa às f. 73-82 e f. 165-169.

O art. 320, I, do CPC dispõe que a revelia não produz seus efeitos quando, havendo litisconsórcio, um deles contestar a ação.

Infere-se desse dispositivo processual, de aplicação subsidiária ao processo do trabalho, que a defesa do outro litisconsorte deve observar os mesmos requisitos delineados pelos arts. 300 a 303, todos do CPC, sob pena de presumirem-se verdadeiros os fatos não impugnados.

A 4ª reclamada (FRATRES) compareceu à audiência (f. 138) e apresentou sua defesa (f. 120-124), abordando os temas "ilegitimidade passiva" e "indenização por danos morais".

A União às f. 188-198 manifestou-se quanto à responsabilidade subsidiária, inclusive como fator impeditivo de responsabilidade por indenização por danos morais e multa.

Não refutados todos os fatos narrados na peça de ingresso proposta pelo reclamante, incidem os efeitos da revelia.

Remessa não provida.



PROCESSO Nº 0000155-77.2012.5.24.0005-ReeNec/R0.1

2.2 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA (REMESSA NECESSÁRIA E RECURSO VOLUNTÁRIO DA UNIÃO)

Na sentença foi reconhecida a responsabilidade subsidiária da UNIÃO FEDERAL (quinta reclamada), ao fundamento de que esta incorreu em culpa, entendendo que a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/93 não exime a Administração Pública da sua responsabilização.

A recorrente sustenta, em suma, que: a) incide a OJ 191 da SBDI-1/TST que trata da ausência de responsabilidade do dono da obra pelas verbas trabalhistas devidas pela empresa contratada; b) o reclamante não provou a culpa *in eligendo* ou *in vigilando* da tomadora de serviços; c) não se aplica a regra do art. 37, § 6º, da CF que se restringe às situações em que a Administração for prestadora do serviço público; d) o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, declarado constitucional pelo STF na ADC 16, preceitua que a inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas não transfere à administração pública a responsabilidade pelo pagamento.

Afirma que a responsabilidade subsidiária não alcança as penalidades – multas dos arts. 467 e 477 da CLT e 40% do FGTS – por ofensa direta e literal ao art. 37, § 6º, da CF.

O reclamante alegou que foi contratado pela empresa PROBANK Serviços Terceirizados Ltda. (segunda reclamada) para prestar serviços junto ao Ministério Público da União (UNIÃO FEDERAL). CTPS às f. 13.

É incontroverso que a UNIÃO foi beneficiária final da prestação de serviços do reclamante.

Após intenso debate doutrinário e jurisprudencial, o Excelso Supremo Tribunal Federal, no



PROCESSO Nº 0000155-77.2012.5.24.0005-ReeNec/R0.1

julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, ocorrido em 24.11.2010, declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93.

Além disso, fixou orientação no sentido de que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, ressaltando, ainda, que eventual omissão da Administração Pública na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado poderia gerar essa responsabilidade.

Assim, doravante, deve o Poder Judiciário investigar casuisticamente a ocorrência de culpa *in eligendo* ou *in vigilando* para fins de fundamentar a responsabilidade subsidiária do ente público, na esteira do item IV da Súmula 331/TST.

A doutrina assim se expressa a respeito da fiscalização dos contratos administrativos e o momento do pagamento ao prestador:

“10. Fase Contratual

[...]

10.12 Pagamentos

Consoante art. 62 e art. 63 da Lei nº 4.320/64, “o pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação”, entendida esta como “a verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.”

A liquidação da despesa terá por referência os elementos descritos na referida lei: o contrato, ajuste ou acordo respectivo; a nota de empenho; os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço. No caso de obras, é imprescindível que os



PROCESSO Nº 0000155-77.2012.5.24.0005-ReeNec/R0.1

responsáveis observem as condições de pagamento previstas no contrato e os valores consignados nas planilhas de medição.

A regra para o pagamento dos serviços é a efetiva liquidação da despesa, em face das disposições do art. 62 da Lei nº 4.320/64 c/c art. 58 do Decreto nº 93.872/86 e o art. 40, inciso XIV, alínea “d”, da Lei 8.666/93. No caso de obras, essa liquidação se faz com base na medição atestada e detalhada pela fiscalização competente, bem como pela comprovação do recolhimento dos devidos tributos e da implementação das demais condições exigidas no edital.

A IN nº 2 SLTI/MP [nota do relator: Instrução Normativa nº2 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão] apresenta, em seu art. 34, § 5º, inciso I, interessante relação de documentos que devem ser exigidos do contratado no processo de liquidação de despesa relativa a serviços, no caso de empresas regidas pela Consolidação das Leis Trabalhistas:

- a) recolhimento da contribuição previdenciária estabelecida para o empregador e de seus empregados, conforme dispõe o art. 195, § 3º da Constituição Federal, sob pena de rescisão contratual;
- b) recolhimento do FGTS, referente ao mês anterior;
- c) pagamento de salários no prazo previsto em Lei, referente ao mês anterior;
- d) fornecimento de vale transporte e auxílio alimentação quando cabível;
- e) pagamento do 13º salário;
- f) concessão de férias e correspondente pagamento do adicional de férias, na forma da Lei;
- g) realização de exames admissionais e demissionais e periódicos, quando for o caso;
- h) eventuais cursos de treinamento e reciclagem;
- i) encaminhamento das informações trabalhistas exigidas pela legislação, tais como: a RAIS e a CAGED;



PROCESSO Nº 0000155-77.2012.5.24.0005-ReeNec/R0.1

j) cumprimento das obrigações contidas em convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa em dissídio coletivo de trabalho; e

k) cumprimento das demais obrigações dispostas na CLT em relação aos empregados vinculados ao contrato.

Em casos excepcionais, o TCU tem admitido a antecipação “mediante as indispensáveis cautelas ou garantias, efetuando-se, posteriormente, os respectivos descontos nos créditos da empresa contratada em valores atualizados na forma do contrato”. [precedente indicado no rodapé: Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 606/06, item 9.2.3. Órgão julgador: Plenário. Relator: Ministro Marcos Vilaça. Brasília, 26.abr.2006. DOU 02.maio.2006]. (ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. Obras Públicas: Licitação, Contratação, Fiscalização e Utilização. 2ª Ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009, pp. 317/318).

Apesar de carrear aos autos cópia do contrato de prestação de serviços (f. 201-251) e documentos relativos a processo administrativo (f. 268 e seguintes), a recorrente não apresentou prova da fiscalização das obrigações do contratado durante a execução do contrato de prestação de serviços, inclusive há prova de que os depósitos do FGTS eram feitos com atraso (extrato às f. 23).

O documento de f. 268-275 (parecer da assessoria jurídica da SG/MPF) que poderia ser entendido como rescisão do contrato de prestação de serviços por descontentamento da Administração, na verdade surgiu de proposta de rescisão do contrato formulada pela contratada (prestadora de serviços): uma vez que os serviços em comento são prestados efetivamente por meio de subcontratações, de sorte que o agravamento das condições financeiras da Via Telecom acarretaria o encerramento dos serviços por parte das



PROCESSO Nº 0000155-77.2012.5.24.0005-ReeNec/R0.1

subcontratadas... (f. 272).

A mesma situação é retratada às f. 278 (decisão de f. 278-283), dando ênfase à subcontratação de empresas para a prestação dos serviços contratados pela Administração. Nada foi averiguado acerca dos direitos dos trabalhadores.

Tendo sido constatada a violação do contrato de trabalho e não havendo prova da fiscalização da contratada quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas, caracterizada a culpa *in vigilando* da União.

A súmula 331/TST apresenta a síntese hermenêutica do ordenamento jurídico, emprestando máxima efetividade aos valores sociais do trabalho e à dignidade da pessoa humana, razão pela qual não há falar em violação de normas positivadas, tampouco em ofensa ao princípio da legalidade ou invasão de competência legislativa, pois o entendimento sumular não tem característica de imperatividade e sanção por descumprimento.

Portanto, a responsabilidade subsidiária da recorrente é mantida.

Quanto às multas, a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral, consoante disposto na Súmula 331-VI/TST.

Remessa necessária e recurso voluntário não providos.

2.3 - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS (REMESSA NECESSÁRIA E RECURSO VOLUNTÁRIO DA UNIÃO)

O pleito de indenização por danos morais em razão da inclusão do nome do reclamante no SPC e SERASA foi deferido ao fundamento de que o dano foi comprovado e resultou do inadimplemento das obrigações trabalhistas por



PROCESSO Nº 0000155-77.2012.5.24.0005-ReeNec/R0.1

parte do empregador.

A UNIÃO sustenta que: a) em relação à Administração, não estão presentes os requisitos para configuração da responsabilidade civil; b) não pode ser responsabilizada por verbas que apenas se tornaram exigíveis após o encerramento do contrato de prestação de serviços, em 16.08.2011.

O reclamante alegou que seu nome foi inscrito no banco de dados de restrição de crédito (SPC e SERASA EXPERIAN) devido ao não recebimento dos salários (f. 06).

Os documentos de f. 25-26 e f. 291-294 comprovam a alegação inicial. Bastaria, no entanto, o documento de f. 25 que informa registro no SERASA EXPERIAN em 06.12.2011, pois os salários de outubro e novembro/2011 não foram quitados, tanto que deferidos na sentença (f. 319).

O estudo do salário no Direito do Trabalho atribui a esse instituto elevada e digna importância.

Acentua-se o caráter retributivo. Está atrelado ao contrato (o pactuado deve ser cumprido) e à prestação/contraprestação (caracteres sinalagmático e comutativo).

Disso emana a circunstância de que tendo havido prestação, a contraprestação independe, nem se condiciona nem se vincula ao sucesso do empreendimento.

É reconhecida a sua essência alimentar.

É de trato sucessivo e com periodicidade definida.

Todas as características dadas ao salário se frustram quando a contraprestação/retribuição não se cumpre.

A frustração do pagamento inverte para o trabalhador, no seu círculo social, a instabilidade e a mora em compromissos cotidianos.



PROCESSO Nº 0000155-77.2012.5.24.0005-ReeNec/R0.1

A impossibilidade de fazer uso dos salários causa injusto constrangimento ao trabalhador, que se vê desprovido de suas necessidades alimentares mais básicas.

Em caso como este dos autos, a conduta patronal não pode ser valorada como mero inadimplemento contratual.

Conforme o escólio de SÉRGIO CAVALIERI FILHO, o dano moral à luz da Constituição vigente é a *violação do direito à dignidade*, independentemente do detrimento anímico da vítima.

Arremata o ilustre jurista, o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima (*Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2005, pág. 101).

Na ocorrência de lesão a direito de personalidade impõe-se a obrigação de reparação.

A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral, consoante disposto na Súmula 331-VI/TST.

No caso, o contrato de prestação de serviços foi rescindido **após** 05.10.2011, quando houve despacho no processo administrativo mantendo a decisão que determinou a rescisão do contrato de prestação de serviço (f. 276).

Por esta razão, justifica-se a responsabilidade subsidiária da UNIÃO também quanto à indenização por danos morais.

Remessa necessária e recurso voluntário não providos.

2.4 - DANOS MORAIS - QUANTUM INDENIZATÓRIO (REMESSA NECESSÁRIA E RECURSO VOLUNTÁRIO)

A indenização por danos morais foi fixada na



PROCESSO Nº 0000155-77.2012.5.24.0005-ReeNec/R0.1

origem no valor de R\$5.000,00 (f. 3230).

A UNIÃO sustenta que o valor é excessivo e desproporcional. Pretende sua redução para R\$1.379,14, correspondendo um salário do trabalhador.

A indenização por dano moral tem a finalidade de abrandar o sofrimento da vítima sem lhe proporcionar enriquecimento ilícito, produzindo sanção pedagógica ao agente agressor a fim de desestimulá-lo a adotar procedimentos similares.

Para o arbitramento da indenização não há parâmetros objetivos, devendo ser levado em consideração o grau de lesividade da conduta ofensiva, culpa das partes, e os reflexos do dano na vida pessoal do ofendido, observando-se os princípios da proporcionalidade e razoabilidade (art. 5º, V e X, da Constituição Federal), de modo que o valor indenizatório não possa ser tão ínfimo que não atenda ao caráter pedagógico, nem tão elevado que importe em enriquecimento sem causa.

Tomando-se em conta critérios de razoabilidade e proporcionalidade e os elementos constantes dos autos, tem-se por justo e razoável o valor de R\$5.000,00 fixado na origem.

Remessa necessária e recurso voluntário não providos.

**2.5 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA -
LIMITAÇÃO TEMPORAL (REMESSA NECESSÁRIA E RECURSO VOLUNTÁRIO)**

A UNIÃO pretendeu a limitação da responsabilidade subsidiária à 16.08.2011, data da rescisão do contrato de prestação de serviços.

Vigência do contrato de trabalho: de 1º.12.2008 a 26.12.2011 (TRCT - f. 169 verso). Aviso prévio



PROCESSO Nº 0000155-77.2012.5.24.0005-ReeNec/R0.1

em 23.11.2011 (f. 21).

Em defesa, foi requerido:

... caso seja imputada responsabilidade subsidiária à União, referida condenação deverá ser limitada à eventual diferença de FGTS, única verba trabalhista pleiteada pelo autor que poderia se referir ao período de vigência do contrato administrativo (05/03/2009 a 16/08/2011) – f. 195.

A condenação inclui:

- a) Salário de outubro/2011 e 23 dias de novembro/2011;
- b) Gratificação e produtividade mensais, respectivamente no valor de R\$100,00 e R\$150,00, de agosto/2011 até o fim do pacto laboral;
- c) Aviso prévio indenizado;
- d) Férias do período 2010/2011, simples, acrescidas do terço e proporcionais em 2011/2012;
- e) 13º salário integral de 2011, pela projeção do aviso prévio;
- f) FGTS + 40% sobre os itens “a”, “b”, “c” e “e” supra.
- g) Multas;
- h) Danos morais.

Não há nos autos o termo de rescisão do contrato de prestação de serviços nº 01/2009.

Sabe-se somente que a rescisão ocorreu após 05.10.2011, com base na decisão proferida no processo administrativo que analisou o pedido de rescisão unilateral do contrato feito pela prestadora de serviços (f. 276).

O aviso prévio indica lotação na “seção: MPU – CT 01/2009 – MS” (f. 21).

Diante da não comprovação da data efetiva da rescisão do contrato de prestação de serviços, tem-se que



PROCESSO Nº 0000155-77.2012.5.24.0005-ReeNec/R0.1

todas estas verbas deferidas na sentença inserem-se no período da prestação de serviços do reclamante em benefício da UNIÃO (MPF).

Remessa necessária e recurso voluntário não providos.

2.6 - JUROS DE MORA (REMESSA NECESSÁRIA)

A União foi condenada subsidiariamente ao pagamento dos créditos trabalhistas deferidos ao reclamante.

Na sentença determinou-se a incidência de Juros de mora a partir da data da distribuição do feito, à base de 1% ao mês, calculados *pro rata die*, de acordo com a Lei nº 8.177/91 (f. 78).

Mantém-se a decisão originária, porquanto não se aplica à Fazenda Pública o percentual de juros previsto no art. 1º-F da Lei 9.494/97, quando, na qualidade de tomadora dos serviços, figura como responsável subsidiária pelos efeitos da condenação imposta à pessoa jurídica de direito privado que lhe prestava serviços (OJ 382 da SDI-I/TST).

Remessa oficial não provida.

2.7 - PREQUESTIONAMENTO (RECURSO VOLUNTÁRIO DA UNIÃO)

A UNIÃO pretende o prequestionamento acerca de todos os dispositivos legais ventilados nas razões de recurso.

O prequestionamento diz respeito à adoção de tese explícita na decisão recorrida, capaz de permitir o cotejo e o percurso recursal de natureza extraordinária. Desnecessária a menção aos dispositivos da Constituição, lei ou Súmula (Súmula 297 e OJ 118 da SBDI-I do C. TST).

Nega-se provimento.



PROCESSO Nº 0000155-77.2012.5.24.0005-ReeNec/R0.1

POSTO ISSO

ACORDAM os Desembargadores da Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Quarta Região, por unanimidade, em aprovar o relatório, conhecer da remessa necessária como se determinada fosse, conhecer do recurso voluntário da UNIÃO, conhecer das contrarrazões; no mérito, por maioria, negar-lhes provimento, nos termos do voto do Desembargador Ricardo Geraldo Monteiro Zandoná (relator), vencido em parte o Juiz Convocado Tomas Bawden de Castro Silva.

Campo Grande, 26 de fevereiro de 2014.

RICARDO GERALDO MONTEIRO ZANDONA
Desembargador do Trabalho
Relator