



PROCESSO N° TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

A C Ó R D ã O
7ª TURMA
VMF/gor/rqd

RECURSO DE REVISTA – CONSÓRCIO CRUZEIRO DO SUL – IMPLEMENTAÇÃO E EXPLORAÇÃO DA USINA HIDRELÉTRICA DE MAUÁ – OBJETO ADJUDICADO EM LEILÃO DA ANEEL – REALIZAÇÃO DE CONTRATO DE EMPREITADA PARA ETAPA DA OBRA DE CONSTRUÇÃO DA USINA – DESCARACTERIZAÇÃO DA CONDIÇÃO DE DONO DE OBRA – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA AFERIDA POR CULPA IN VIGILANDO. 1. Restou incontroverso nos autos que o reclamante era empregado da primeira-reclamada, Construtora Cosicke LTDA., empresa que firmou com a segunda-reclamada, Companhia Paranaense de Energia – COPEL, e com o terceiro-reclamado, Consórcio Energético Cruzeiro do Sul, contrato para a realização de obra certa (derrubada de árvores e limpeza) na área da construção da Usina Hidrelétrica Mauá. 2. Com efeito, as empresas integrantes do consórcio (COPEL e Eletrosul) são empresas do ramo de exploração de energia elétrica, sem engajamento na atividade de construção civil. Entretanto, verifica-se que o Consórcio Cruzeiro do Sul foi formado pelas duas integrantes da Administração pública Indireta para concorrer ao Leilão n° 4/2006 da ANEEL, que objetivava a **implementação** e consequente exploração da Usina Hidrelétrica de Mauá – circunstância incontroversa nos autos, que constou da sentença e também da peça defensiva das reclamadas. 3. Daí exsurge que, embora as empresas componentes do Consórcio sejam empresas do ramo de exploração e distribuição de energia elétrica, assumiram, por meio da composição transitória do Consórcio Cruzeiro do Sul e da adjudicação do objeto do Leilão da ANEEL, também a implementação da Usina Hidrelétrica de Mauá. Nesse



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

sentido, o Consórcio, enquanto unidade econômica transitória, chamou para si a feição de construtora ou incorporadora, tendo em vista que se obrigou, na condição de adjudicatário do objeto do leilão, à realização dessa tarefa. 4. Como explica Bulgarelli, "consórcios são uniões constituídas para a realização de certas transações individuais, geralmente de fins transitórios, podendo ser também permanentes, quando o seu prazo de duração é bastante longo". Nesse sentido, atendendo a demandas de atuação num mercado cada vez mais flexível e competitivo, os consórcios são vistos como alternativas aos grupos econômicos, sempre que as empresas almejam um grau de associação inferior àquele que decorreria dos grupos tradicionais. Entretanto, se prestam à constituição de um ente econômico novo e autônomo em relação às empresas que o integram, podendo, pois, assumir a realização de atividades distintas daquelas que seus componentes originários desenvolvem, encampando novas e autônomas responsabilidades em razão delas. 5. Nessa medida, não há empecilho legal para que o Consórcio subcontrate a realização da obra e de seus passos preparatórios (no caso, a limpeza da bacia para a construção, na qual o reclamante se ativou), desde que observados os termos da Lei nº 8.666/93, à qual se vincula por ter como líder e integrantes entes da Administração Pública Indireta. Todavia, certo é que, na distribuição das responsabilidades trabalhistas decorrentes dessa subempreitada não poderá ser enquadrado como **mero dono de obra**, eis que assumiu, quando da sua constituição, a atividade de implementação de Usina Hidrelétrica, acumulando as obrigações de construir e explorar a Usina. 6. Consequentemente,



PROCESSO N° TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

deve responder subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas contraídas pelo contratado (primeira-reclamada), nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, porque evidenciada nos autos, a contento e em conformidade com a jurisprudência do STF, a culpa *in vigilando*. 7. Decisão regional reformada em virtude de má-aplicação da Orientação Jurisprudencial nº 191 da SBDI-1 do TST.

Recurso de revista conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-462-24.2011.5.09.0671**, em que é Recorrente **JOHN LENON MATTOS** e Recorridos **COMPANHIA PARANAENSE DE ENERGIA - COPEL E OUTRO** e **CONSTRUTORA COSICKE LTDA.**

O 9º Tribunal Regional do Trabalho, por meio do acórdão a fls. 238-254, deu parcial provimento ao recurso ordinário interposto pelo autor, entretanto, manteve a sentença que não reconheceu a existência de responsabilidade das segunda e terceira-reclamadas, improcedência da pretensão de horas *in itinere*, e elevou o valor arbitrado à indenização por danos morais.

Inconformado, o reclamante interpõe recurso de revista, conforme petição e razões expendidas a fls. 290-305, no qual busca a reforma do julgado, por entender preenchidas as hipóteses de cabimento do recurso.

Por meio da decisão singular a fls. 307-310, foi dado seguimento ao recurso de revista.

Contrarrrazões apresentadas a fls. 312-328.

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público, na forma do art. 83 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho. É o relatório.

V O T O

1 - CONHECIMENTO



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

Presentes os pressupostos de admissibilidade, concernentes à **tempestividade**, conforme fls. 256 e 290, à **representação processual**, instrumento de mandato a fls. 17, e tendo ocorrido procedência parcial da demanda, passo ao exame dos pressupostos intrínsecos.

1.1 - RESPONSABILIDADE DAS SEGUNDA E TERCEIRA-RECLAMADAS

A Corte regional negou provimento ao recurso ordinário do autor e manteve a sentença quanto à improcedência da pretensão de reconhecimento da responsabilidade das segunda e terceira reclamadas, por entender que as segunda e terceira-reclamadas constituiriam donas da obra, consoante fundamentos a fls. 239-246:

.....
O autor afirmou (itens I e IV da petição inicial - fls. 3-4) ter sido admitido pela primeira ré, Construtora Cosicke Ltda., na função de servente, e prestado serviços para a COPEL e para o Consórcio Energético Cruzeiro do Sul (segundo e terceira rés), as quais, segundo afirma, formam um mesmo grupo econômico. Por isso, entende que ambos devem responder pela dívida objeto da presente ação.

O pedido foi rejeitado. Para o juízo de primeiro grau, não há fundamento jurídico que autorize a condenação solidária (art. 455 da CLT) pretendida, tampouco a aplicação do disposto na Súmula nº 331 do TST. Fez menção inclusive a decisão do TST sobre o caso (fl. 283):

Diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e a despeito de respeitáveis posicionamentos em contrário, que, no caso dos autos, assim, como no de inúmeras ações símiles em que discutida a questão em foco, a segunda e terceira Reclamadas, em verdade, se constituem em donas da obra, a segunda como empresa líder, integrante da terceira, a atrair, de forma irrefutável, a condição dimensionada pelo entendimento jurisprudencial estratificado por meio da OJ 191 da C. SDI-1/TST.



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

O próprio E. TST já teve a oportunidade de se pronunciar sobre o tema, reconhecendo esta condição, como se infere do Voto proferido pelo Excelentíssimo Ministro Emmanoel Pereira em caso análogo, recentemente julgado sob sua Relatoria (TST-RR-4000-94.2008.5.09.0096), a cujas razões peço venia para transcrição literal (...).

O autor discorda da sentença. Em seu recurso, menciona que a COPEL e o Consórcio Energético Cruzeiro do Sul são os proprietários e comercializam a madeira extraída pela primeira ré do local em que será construída a Usina Hidroelétrica de Mauá. Afirma não ter ficado comprovada a "modalidade de turnkei lump sum, que não se amolda ao simples corte de madeira ou a cobertura vegetal, com a utilização exclusiva da força humana". Enfim, assegura que a segunda e o terceiro réus "eram os proprietários e comercializavam a madeira colhida pela primeira" (Cosicke), cuja atividade estava inserida no objetivo social da Copel. Assim, esta "jamais" seria dona de obra (293-308).

Sem razão.

O autor foi admitido pela (Cosicke) como servente para efetuar a derrubada de árvores e a limpeza do local que comportará a Usina Hidroelétrica de Mauá, cujo adjudicatário (Leilão/ANEEL nº 004/2006) foi o Consórcio Energético Cruzeiro do Sul (CECS), composto pela Copel Geração e Transmissão S.A. e pela Eletrosul Centrais Elétricas S.A.

O contrato celebrado entre o Consórcio, a Copel e a primeira ré (empregadora do autor - Cosicke) se deu na modalidade TURNKEY LUMP SUM ("chave na mão com montante fixo", na tradução exata) ou um contrato de empreitada integral ou global, de uso específico para contratos de engenharia e construção, ou seja, uma vertente exclusiva do contrato de empreitada. Portanto, houve clara relação de empreitada, figurando a COPEL e o CECS, de um lado, como donos da obra e, de outro, a primeira ré (Cosicke), como empreiteira.

Logo, esse fato não enseja a responsabilidade subsidiária da COPEL e do CECS quanto às obrigações contraídas pela empreiteira (Cosicke) por ausência de previsão legal. A Súmula nº 331 do TST **poderia ser aplicada se o autor tivesse sido contratado para prestar serviços em geral, não no caso de contrato para obra certa.**



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

Trata-se de questão definida no âmbito do TST, que, a respeito do tema, adotou a Orientação Jurisprudencial nº 191 da SDI-I, segundo a qual, em face da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora. Constata-se no caso típico contrato de empreitada entre os réus. Daí, não ser cabível a responsabilização subsidiária do dono da obra.

A hipótese verificada nesta demanda também não é a prevista na Súmula nº 331 do TST, pois a noção de atividade-fim e de atividade-meio objeto dessa súmula pressupõe a perpetuação da necessidade dos serviços no arranjo empresarial, o que não ocorre no caso em tela, de contratação de obra certa para ampliação do complexo energético da segunda ré (COPEL).

Assim, afigura-se não aplicável a Súmula nº 331, IV, do TST, pois não se tem configurada a hipótese do tomador de serviços, beneficiário da força de trabalho, a quem se atribue, se for o caso, culpa pela má escolha do prestador e pela ausência de vigília na execução dos serviços. Como bem consignou o juízo de origem (fls. 282-283):

Em específico quanto à obra da Hidrelétrica de Mauá, conforme se verifica da documentação que acompanha as peças contestatórias - não impugnada em sua essência - a segunda Reclamada, assim como a Copel Geração S/A e Copel Transmissão S/A, são resultado da desverticalização das atividades de geração, transmissão e distribuição da Companhia Paranaense de Energia (COPEL), sendo que o Consórcio Energético Cruzeiro do Sul é composto num percentual de participação institucional de 49% (quarenta e nove por cento) da Eletrosul e de 51% (cinquenta e um por cento) da Copel Geração e Transmissão, que é, portanto, a empresa líder, consoante se infere do "Relatório de Acompanhamento" coligido aos autos.

Assim, a fim de promover a etapa de limpeza da bacia de acumulação (Subprograma de desmatamento) foi realizado um processo de licitação para a contratação da primeira ré (Cosicke). Todavia, embora o desmatamento seja um dos objetivos em que também se preze o uso racional dos recursos, isso não importa presumir a existência de benefício direto para o CECS ou para a COPEL. Para



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

ambas, o objetivo primordial é a limpeza/desmatamento para a implantação da Usina Hidrelétrica de Mauá.

Esta Primeira Turma analisou situação praticamente idêntica à ora discutida, também envolvendo contratos de empreitada na modalidade "turney lump sum". Cito, como precedente, o acórdão relativo ao Processo de nº 01110-2009-671-09-00-2, publicado em 05-10-2010, de Relatoria do Exmo. Desembargador Ubirajara Carlos Mendes, cujos fundamentos adoto como razão de decidir:

É sabido que o entendimento firmado na Súmula nº 331, IV, do C. TST, é no sentido de que, não obstante legítimo o contrato de prestação de serviços, subsiste a responsabilidade subsidiária do contratante quanto às obrigações trabalhistas inadimplidas pela empresa interposta.

Nesses casos, cabe aos empregados o direito de executar subsequentemente a empresa tomadora, no caso de inadimplemento da empresa prestadora (empregadora), ante a culpa "in eligendo", pois é da tomadora o ônus de zelar pela contratação de empresa capacitada economicamente para saldar os créditos trabalhistas havidos, de modo a não causar prejuízo aos empregados, e culpa "in vigilando", visto que deve observar o cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias pela contratada, evitando o surgimento da inadimplência verificada.

Contudo, cabe ressaltar que a hipótese aludida pela Súmula nº 331 do C. TST não se confunde com contrato lícito de empreitada para execução de obra certa.

No contrato de empreitada, o dono da obra paga o preço ao empreiteiro, objetivando tão somente o resultado final contratado. Não há entre os empregados do empreiteiro e o dono da obra vínculo jurídico. Não se cogita de responsabilização solidária ou subsidiária do dono da obra, por falta de norma legal, na medida em que o art. 455 celetário regulamenta situação jurídica diversa, consistente na subempreitada, estabelecendo a responsabilidade do empreiteiro em relação aos empregados do subempreiteiro, em caso de inadimplemento deste pelas obrigações contratuais.



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

O Autor foi admitido pela primeira Reclamada (J. MALUCELLI CONSTRUTORA DE OBRAS S/A), como "mecânico montador", em 13.03.09 e foi dispensado em 28.07.09, sem justa causa, conforme análise efetuada no tópico respectivo.

Na prefacial, o Obreiro disse ter laborado na construção da usina hidrelétrica de Mauá.

A COPEL GERAÇÃO E TRANSMISSÃO S/A (segunda Ré) ajustou Contrato de Fornecimento de Bens e Serviços para Implantação da Usina Hidrelétrica Mauá com as empresas consorciadas J. MALUCELLI CONSTRUTORA DE OBRAS S/A; VLB ENGENHARIA LTDA; GE HYDRO INEPAR DO BRASIL S/A e SADEFEM EQUIPAMENTOS E MONTAGENS S/A, sob a liderança da primeira (fls. 96/111): "(...)

CONSIDERANDO QUE:

a) a CONTRANTE é adjudicatária do objeto - UHE MAUÁ, localizada no Estado do Paraná - do Leilão Nº 004/2006 - ANEEL realizado em 10 de outubro de 2006, pretende contratar a implantação da USINA HIDRELÉTRICA MAUÁ no Rio Tibagi, entre os municípios de Telêmaco Borba e Ortigueira, no Estado do Paraná, doravante denominada UHE MAUÁ, sob o regime de empreitada integral, na modalidade TURNKEY LUMP SUM, com o fornecimento global de todos os bens e serviços necessários para colocar a UHE MAUÁ em plena disponibilidade para produção de energia elétrica e conseqüente geração comercial;

b) O EPC se propõe a fornecer todos os bens e serviços necessários à completa implantação da UHE MAUÁ, no regime de empreitada integral, na modalidade TURNKEY LUMP SUM, sob a liderança de J. MALUCELLI CONSTRUTORA DE OBRAS S.A., (...).

Extrai-se dos considerandos apresentados à fl. 97, que a Contratante, no caso a COPEL, pretende, como detentora do contrato de concessão, contratar a implantação da USINA HIDRELÉTRICA MAUÁ, no Rio Tibagi, entre os Municípios Telêmaco Borba e Ortigueira, no Estado do Paraná, doravante denominada UHE MAUÁ, sob o regime de empreitada integral, na modalidade "TURNKEY LUMP SUM", modalidade esta assumida pelo consórcio



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

antes mencionados, que se responsabiliza pelo fornecimento de todos os bens e serviços necessários para a sua completa implantação, declarando possuir todo o conhecimento e experiência para tal fim, sob a liderança da primeira Ré (J. MALUCELLI CONSTRUTORA DE OBRAS S/A), solidariamente responsáveis as demais integrantes pelas obrigações assumidas pelo Consórcio.

No caso em estudo, portanto, trata-se de contrato de empreitada integral, na modalidade "TURNKEY LUMP SUM", na qual o contratado obriga-se a entregar ao contratante a obra completa, mediante o pagamento de um preço único e total,. Evidenciado, portanto, que o contrato voltou-se à construção integral de uma usina hidrelétrica, a ser utilizada pela segunda Ré (COPEL).

Verifica-se, assim, que a contratação cingiu-se à execução de obra certa e determinada, a ser utilizada pela segunda Reclamada (COPEL), não cogitando de vinculação com sua atividade-fim ou mesmo atividade-meio.

Portanto, o conjunto probatório não deixa dúvidas sobre a natureza da relação havida entre os Réus, de contratação para realização de obra específica, sem qualquer vinculação com a atividade-fim da segunda Ré. O próprio Autor admite, nas razões recursais, que a segunda Ré (COPEL) ostenta a condição de dona da obra, não imputando-lhe, todavia, a condição de empresa construtora ou incorporadora (fl. 233).

Afigura-se nítido, no caso, que não houve terceirização de serviços, na medida em que o conjunto probatório demonstra a qualidade de dono da obra na contratação para realização de obra certa e determinada, totalmente alheia às suas atividades-fim, não ensejando a responsabilidade subsidiária, nem tampouco solidária, pelas obrigações contraídas pelo empregador do Obreiro, em face da ausência de previsão legal.

Logo, incide na hipótese o entendimento firmado na OJ nº 191 da SDI-I do C. TST, que reza:

"Dono da Obra. Responsabilidade. Diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora".

Não há, portanto, responsabilidade subsidiária da segunda Ré (COPEL), em face da ausência de previsão legal.

A jurisprudência do C. TST é uníssona:

"RECURSO DE REVISTA. CONTRATO DE EMPREITADA. DONO DA OBRA. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 191 DA SBDI-1. Nos termos da Orientação Jurisprudencial 191 da SBDI-1 do TST, diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra empresa construtora ou incorporadora, o que não é a hipótese dos autos. Recurso de revista conhecido e provido" (RR - 1525/2007-771-04-00.0, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 26/08/2009, 8ª Turma, Data de Publicação: 28/08/2009).

"RECURSO DE REVISTA. TOMADOR DE SERVIÇOS. DONO DA OBRA. INAPLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Nos termos da OJ 191 da SBDI-1/TST, diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido" (RR - 767/2001-005-17-00.7, Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 12/08/2009, 6ª Turma, Data de Publicação: 28/08/2009).

"RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. DONO DA OBRA. Consoante a jurisprudência pacífica do TST, -diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora- . Aplicação da OJ 191/SDI-1 do TST. Revista conhecida e provida". (Processo: RR - 109800-08.2007.5.09.0659 Data de Julgamento: 14/10/2009, Relatora Ministra: Rosa Maria Weber, 3ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 13/11/2009".

Oportuno transcrever parte da fundamentação que originou esta última ementa, por cuidar de situação idêntica a ora analisada: "(...) No recurso de revista (fls. 787-805), a reclamada alega que -é uma concessionária de serviço público do setor de energia elétrica (e não administradora da obra), enquanto o trabalho desempenhado pelo recorrido volta-se ao ramo construtor. Dessa forma, o labor realizado pelo empregado em favor da sua verdadeira empregadora não tem qualquer ligação com a atividade fim (e até mesmo meio) da Elejor- . Afirma que -contratou o Consórcio Construtor Complexo Jordão para realização de toda obra que viabilizasse o funcionamento da Usina, sendo que aquele consórcio (responsável pela entrega da obra como empreiteira principal) por sua vez subcontratou outras empresas (dentre elas a primeira reclamada)- (fl. 461). Aponta violação dos arts. 5º, II, 21, XII, -b-, da Carta Magna, 2º, 3º e 455 da CLT, 1º e 3º da Lei 11.098/05, 59 da Lei 5.194/66, 29, parágrafo único, da Lei 4.591/64, 413 da Instrução Normativa SRP 04/05, 427 da Instrução Normativa DC/INSS 100/03, 7º, II, da Estrutura Regimental do INSS, aprovada pelo Decreto 4.688/03, bem como contrariedade à OJ 191/SDI-I do TST. Colige arestos.

Merece conhecimento o recurso.

Ressalte-se, inicialmente, que a responsabilidade subsidiária de que trata a Súmula 331, IV, do TST, pressupõe relação triangular, de intermediação de mão-de-obra, mediante terceirização.

No caso em apreço, diante das premissas fáticas delineadas no acórdão recorrido, no sentido de que a segunda reclamada contratou uma empreiteira (que, por sua vez, contratou subempreiteiras, dentre elas, a primeira reclamada - real empregadora do autor) para a construção de usina hidrelétrica, resulta caracterizada a condição de dona da obra da recorrente. Desse modo, aplicável à espécie a OJ



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

191/SDI-I do TST, que cristaliza entendimento no sentido de que, -diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora- .

Nesse contexto, não há suporte legal ou contratual para a responsabilização, a qualquer título, de dono de obra, por débitos trabalhistas da empresa subempreiteira empregadora, pois, segundo a jurisprudência do TST, o dono da obra não responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, exceto se se tratar de empresa construtora ou incorporadora.

Ora, não sendo a recorrente empresa construtora ou incorporadora, não lhe cabe qualquer responsabilidade, quer solidária, quer subsidiária, pelas obrigações trabalhistas próprias do empregador. Não subsiste, pois, a responsabilização do dono da obra, nem mesmo em razão da culpa -in eligendo-, uma vez que esta decorre de lei, ou da expressa vontade das partes, o que não é o caso.

Conheço do recurso, por contrariedade à OJ 191/SDI-I do TST.

II - MÉRITO

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. DONA DA OBRA

Corolário do conhecimento do recurso de revista por contrariedade à OJ 191/SDI-I do TST é, ao julgamento do mérito, o seu provimento para tornar insubsistente a imputação de responsabilidade subsidiária à segunda reclamada, CENTRAIS ELÉTRICAS DO RIO JORDÃO S.A., pelos efeitos da condenação.

Recurso de revista provido.

(...)" (grifamos).

O contrato de empreitada não enseja responsabilidade solidária e/ou subsidiária do dono da obra pelas obrigações contraídas pelo empreiteiro, vez que inexistente qualquer previsão legal neste sentido, salvo quando o dono da obra for empresa construtora ou incorporadora, o que não se verifica no caso.

Fica, portanto, mantida a sentença, rechaçando-se todos os argumentos e teses suscitados pelo autor, os quais, para efeito de recurso a instâncias



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

superiores, tem-se por devidamente prequestionados, nos termos das Orientações Jurisprudenciais nº 118 e nº 119 da SDI-1 do TST.

A título de precedentes deste Colegiado, menciono as seguintes decisões envolvendo a mesma matéria discutida nestes autos: Processo nº 00371-2011-671-09-00-0, acórdão deste Relator, publicado em 24-01-2012; Processo nº 00368-2011-671-09-00-6, acórdão também deste Relator, julgado na sessão do dia 20-01-2012.

Nego provimento ao recurso.

O reclamante alega que, durante toda a contratualidade prestou serviços para a construção da Usina Hidrelétrica Mauá, de responsabilidade exploração e construção da terceira-reclamada. Sustenta que mesmo que seja reconhecido que as segunda e terceira-reclamadas constituem donas da obra, o fato de terem como objetivo sua posterior exploração, equipara-a a construtora ou incorporadora, nos termos da parte final da Orientação Jurisprudencial nº 191 da SBDI-1 do TST.

Argumenta que a atividade desempenhada pela primeira-reclamada, Cosicke, estava inserida no objeto social da recorrida COPEL e do Consórcio Energético Cruzeiro do Sul, constituindo hipótese de terceirização da atividade fim. Afirma, fls. 297-298, que a responsabilidade do tomador de serviços decorre de forma independente de eventual culpa pela má escolha da empresa contratada para a prestação de serviços, ou seja, independentemente, de culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, decorrendo do simples fato de ter sido beneficiada pelo trabalho prestado pelo autor, entendimento que decorre da aplicação do art. 927 do Código Civil.

Adiante, em suas razões recursais, sustenta que ao receber a concessão de serviços públicos, a empresa concessionária assume a responsabilidade de forma objetiva e integral pela prestação dos serviços concedidos, motivo pelo qual a contratação da primeira-reclamada deveria ser considerada ilícita.

Defende a tese de que as segunda e terceira-reclamadas precisavam implantar a usina para depois explorá-la economicamente,



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

situação que a equiparava à figura prevista na parte final da Orientação Jurisprudencial nº 191 da SBDI-1 do TST.

Invoca os arts. 1º, III e IV, 7º, *caput*, 170, *caput*, VII e VIII, da Constituição Federal; 421, 927 do Código Civil, 455 da CLT, contrariada à Súmula nº 331, IV, do TST e às Orientações Jurisprudenciais nºs 191 e 225 da SBDI-1 do TST. Indica divergência jurisprudencial.

O fato de a dona da obra se aproveitar de maneira mediata da edificação civil construída por terceiros por intermédio de contrato de empreitada, não justifica, por si só, sua responsabilização subsidiária por dívidas contraídas pelo empreiteiro.

Ocorrendo celebração de contrato de empreitada de construção civil, a relação havida entre o dono da obra e o empreiteiro é meramente civil, comprometendo-se este à construção de obra certa, mediante o pagamento de preço previamente estabelecido. A contratação de empregados pelo empreiteiro ocorre para a consecução das atividades por ele empreendidas, não existindo verdadeira intermediação de mão de obra, como na hipótese preconizada na Súmula nº 331 do TST.

Assim, as dívidas trabalhistas são assumidas diretamente pelo empreiteiro, que contrata, dirige e assalaria seus empregados, não existindo previsão legal para a responsabilização do dono da obra, consoante a interpretação do disposto no art. 455 da CLT.

Outra é a conclusão se o dono da obra tem como objeto social a construção ou a incorporação de imóveis, pois, neste caso, estar-se-ia diante de verdadeira terceirização em atividade-fim, situação que enseja a responsabilização direta do tomador dos serviços, uma vez que o próprio contrato de emprego se forma diretamente entre ele e o empregado.

Na situação dos autos, a autuação da segunda-reclamada, recorrida, e do Consórcio por ela integrado e liderado, como indústria de geração de energia, afastaria a condição de tomadora dos serviços prestados pelo reclamante, que se ativou, tão somente, na construção de obra específica em umas das unidades hidrelétricas a ser construída.



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

Nesse sentido, aliás, vinha-se firmando a jurisprudência desta Turma julgadora, em casos envolvendo as mesmas partes:

RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ALEGAÇÃO GENÉRICA. O exame das razões recursais revela que o recorrente se limita a arguir, genericamente, a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional, em razão de a Corte *a quo* não ter sanado as omissões indicadas nos embargos de declaração. Em nenhum momento, especifica quais seriam essas omissões, tampouco se dedica a demonstrar que realmente teriam ocorrido. Tal conduta não se coaduna com a natureza especial do recurso de revista. Recurso de revista de que não se conhece. **DONO DA OBRA. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE.** O contrato firmado entre as reclamadas é de empreitada de obra de construção civil, no qual a dona da obra não é construtora ou incorporadora e os serviços prestados não se inserem na atividade fim das empresas. Decisão em consonância com a Orientação Jurisprudencial nº 191 da SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho. Incidência da Súmula nº 333 do TST e do § 4º do art. 896 da CLT. Ressalva de entendimento do relator. Recurso de revista de que não se conhece. **HORAS IN ITINERE. ÔNUS DA PROVA.** O fornecimento espontâneo de transporte por parte da reclamada gera presunção relativa de que o local de trabalho ou é de difícil acesso ou não atendido por transporte público regular. Nesse caso, passa a ser do empregador o ônus da prova em relação ao direito às horas *in itinere*, nos termos do artigo 333, II, do CPC. Desse modo, não tendo a ré comprovado o contrário, deve ser reconhecido tal direito, em virtude de estarem preenchidos os requisitos previstos no artigo 58, § 2º, da CLT. Precedentes. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (Processo: RR - 504-73.2011.5.09.0671 Data de Julgamento: 19/08/2015, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/08/2015).

RECURSO DE REVISTA - DONO DA OBRA - RESPONSABILIDADE. Restou incontroverso nos autos que o reclamante



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

era empregado da primeira-reclamada, Construtora Cosicke LTDA., empresa que firmou contrato para a realização de obra certa na área da construção civil com a segunda-reclamada, Companhia Paranaense de Energia - COPEL, controlada, entre outros acionistas pela terceira-reclamada, Consórcio Energético Cruzeiro do Sul. O fato da segunda e terceira reclamadas caracterizarem-se como donas da obra, aproveitando-se de maneira mediata da edificação civil construída por terceiros por intermédio de contratos de empreitada não justifica, por si só, a responsabilização subsidiária da dona da obra por dívidas contraídas pelo empreiteiro. Ocorrendo celebração de contrato de empreitada de construção civil, a relação havida entre o dono da obra e o empreiteiro é meramente civil, comprometendo-se este à construção de obra certa, mediante o pagamento de preço previamente estabelecido. A contratação de empregados pelo empreiteiro ocorre para a consecução das atividades por ele empreendidas, não existindo verdadeira intermediação de mão de obra, como na hipótese preconizada na Súmula nº 331 do TST. Inteligência da Orientação Jurisprudencial nº 191 da SBDI-1. Recurso de revista não conhecido. (Processo: RR - 480-45.2011.5.09.0671 Data de Julgamento: 25/06/2014, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2014).

Ocorre que, melhor refletindo sobre o tema, revejo posicionamento anterior para compreender que a questão merece um tratamento distintivo quando se analisa com acuidade a figura do consórcio e, sobretudo, sua atuação no caso dos autos.

Na lição de Ana de Oliveira Frazão, o consórcio tem pontos de aproximação com os grupos econômicos, pois é também uma alternativa para a coordenação entre duas sociedades que mantêm a sua independência jurídica. Assim, pode ser visto como espécie de grupos de coordenação, que se estabelece por vínculos contratuais e não societários.

As semelhanças com os grupos, todavia, acabam por aí, considerando que os consórcios são instrumentos de implementação de atividades específicas e normalmente transitórias.



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

Como explica Bulgarelli, "consórcios são uniões constituídas para a realização de certas transações individuais, geralmente de fins transitórios, podendo ser também permanentes, quando o seu prazo de duração é bastante longo".

Nesse sentido, atendendo a demandas de atuação num mercado cada vez mais flexível e competitivo, os consórcios são vistos como alternativas aos grupos, sempre que as empresas almejam um grau de associação inferior àquele que decorreria dos grupos tradicionais.

Na Europa, por exemplo, foi necessário se criar a figura do chamado agrupamento complementar de empresas, que busca implementar ligações estáveis não societárias entre as sociedades, o que não se asseguraria com o consórcio.

Ainda, outro fator diferenciador do consórcio em relação aos grupos tradicionais é que não há controle ou influência significativa de uma consorciada em relação a outra. Como explica Viviane Prado, "há uma direção unitária (unidade de estratégia econômica), mas sem o controle ou exercício de influência dominante de uma sobre a outra".

Nessa senda, a LSA reitera tanto a autonomia das consorciadas que afasta até mesmo a solidariedade entre elas. O artigo 278, § 1º, da Lei nº 6.404, diz, expressamente, que não há presunção de solidariedade:

Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.

§ 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

§ 2º A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio.

Art. 279. O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de



PROCESSO N° TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

bens do ativo não circulante, do qual constarão: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

- I - a designação do consórcio se houver;
- II - o empreendimento que constitua o objeto do consórcio;
- III - a duração, endereço e foro;
- IV - a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas;
- V - normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados;
- VI - normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver;
- VII - forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado;
- VIII - contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver.

Parágrafo único. O contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada.

Entretanto, Ana Frazão explica que a exclusão da solidariedade, consagrada pela LSA, não necessariamente se aplica a áreas como o Direito do Trabalho, em que há credores vulneráveis se relacionando juridicamente com os entes em consórcio.

No caso, a previsão contida no art. 2º, § 2º, da CLT, aplicável aos grupos econômicos por coordenação ou por subordinação, implicaria a responsabilização solidária dos entes integrantes do grupo pelas dívidas trabalhistas contraídas por qualquer de seus integrantes.

A defesa de outros interesses prioritários ao ordenamento jurídico, como o interesse público, igualmente justifica excepcionar a regra da exclusão da solidariedade contida na LSA:

Lei nº 8.666/93:

Art. 33. Quando permitida, na licitação, a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

I - comprovação do compromisso, público ou particular, de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;

III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;

IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

§ 1º No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo.

§ 2º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.

Lei nº 8.987/95:

Art. 19. Quando permitida, na licitação, a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

I - comprovação de compromisso, público ou particular, de constituição de consórcio, subscrito pelas consorciadas;

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio;

III - apresentação dos documentos exigidos nos incisos V e XIII do artigo anterior, por parte de cada consorciada;

IV - impedimento de participação de empresas consorciadas na mesma licitação, por intermédio de mais de um consórcio ou isoladamente.



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

§ 1º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.

§ 2º A empresa líder do consórcio é a responsável perante o poder concedente pelo cumprimento do contrato de concessão, sem prejuízo da responsabilidade solidária das demais consorciadas.

Recentemente, a Lei nº 12.402, de 2/5/2011, previu responsabilidade solidária por créditos tributários, aos quais se reputou inaplicável o art. 278, § 1º, da Lei nº 6404/76.

Igualmente, cuidando da proteção dos credores vulneráveis, o CDC dispôs:

Lei nº 8.078/90 (CDC):

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º (Vetado)

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código;

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código;

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa;

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Portanto, a conformação inicial atribuída aos consórcios pela LSA deve ser confrontada com as disposições especiais do ordenamento jurídico sobre a matéria, não se perdendo de vista, ademais, as peculiaridades de cada caso concreto.



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

Na situação dos autos, chama a atenção o fato de que o Consórcio Cruzeiro do Sul foi formado por duas sociedades de economia mista (COPEL e ELETROSUL) para figurar como arrematante no Leilão nº 4/2006 da ANEEL, que objetivava a **implementação** e consequente exploração da Usina Hidrelétrica de Mauá - circunstância incontroversa nos autos, que constou da sentença e também da peça defensiva das reclamadas.

Daí exsurge que, embora as empresas componentes do Consórcio sejam empresas do ramo de exploração e distribuição de energia elétrica, assumiram, por meio da composição transitória do Consórcio Cruzeiro do Sul e da adjudicação do objeto do Leilão da ANEEL, também **a implementação da Usina de Mauá.**

Nesse sentido, o Consórcio, enquanto unidade econômica transitória, chamou para si a feição de construtora ou incorporadora, tendo em vista que se obrigou, na condição de adjudicatário do objeto do leilão, à realização dessa tarefa.

Nessa medida, não há empecilho legal para que o Consórcio subcontrate a realização da obra e de seus passos preparatórios (no caso, a limpeza da bacia para a construção, na qual o reclamante se ativou), desde que observados os termos da Lei nº 8.666/93, à qual se vincula por ter como líder e integrantes entes da Administração Pública Indireta.

Todavia, certo é que, na distribuição das responsabilidades trabalhistas decorrentes dessa subempreitada, não poderá ser enquadrado como mero dono de obra.

Consequentemente, deve responder pelas obrigações trabalhistas contraídas pelo contratado (primeira-reclamada), nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, inclusive, entre si de forma solidária.

Assim, verificando má-aplicação da Orientação Jurisprudencial nº 191 da SBDI-1 do TST, **conheço** do recurso de revista.

1.2 - HORAS IN ITINERE

O Tribunal *a quo* negou provimento ao apelo ordinário do autor e manteve a sentença na qual fora julgada improcedente a pretensão de horas *in itinere*, conforme motivos a fls. 248-250:



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

.....

O autor renova o pedido de pagamento de horas in itinere. Insiste no argumento de que laborava em local de difícil acesso e não servido de transporte público, situação pública e notória, assegura. Refere ter comprovado que o período in itinere demandava 180 minutos diários, após o que permanecia mais 30 minutos à disposição do empregador, até ser deslocado para o efetivo local do trabalho. Requer então a reforma da sentença para condenar os réus ao pagamento do período de deslocamento, com adicional convencional e reflexos (fl. 308).

Sem razão.

Ao analisar a questão, o juízo de primeiro grau observou que embora tenham sido aplicados à primeira ré (Cosicke) os efeitos da confissão ficta, mostra-se inviável a condenação (Considerando, pois, que o demandante limita-se a aduzir que a empresa fornecia o transporte, mas sequer faz menção aos demais requisitos necessários à caracterização das horas in itinere, não se pode presumir a dificuldade de acesso ou a inexistência de transporte público - fl. 287).

De fato, a petição inicial é lacônica a respeito da pretensão em comento (fl. 8):

Laborou na área rural do Município de Ortigueira e Telêmaco Borba, sendo transportado, na ida e retorno ao trabalho, gastando, em média, 180 (cento e oitenta) minutos diários, contemplando os dois trajetos (ida e volta).

Além disso, permanecia em média 30 (trinta) minutos, quando do retorno, no final do dia trabalho, depois de saído do campo e chegado na sede da empresa em Te. Borba, auxiliando e aguardando o descarregamento e organização de equipamentos.

Em verdade, o autor nem sequer esclareceu se era ou não transportado em veículo disponibilizado pela ré, nem se o local de trabalho era de difícil acesso e/ou não servido por transporte público regular. Tampouco fez alguma referência à eventual incompatibilidade de horários.

Há então de ser mantida a decisão originária, inclusive por que, analisadas as razões do recurso, vê-se que o autor não infirma as razões da sentença, como o deveria, nos termos do art. 514, II, do CPC. E em recurso,



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

apenas acrescenta às razões iniciais (trazidas na petição inicial) o argumento de que seria público e notório o fato de que laborava em local de difícil acesso e não servido de transporte público, questão não lançada até então. Mas esse argumento, além de novo, não é suficiente para amparar um juízo condenatório ao pagamento de horas *in itinere*.

Cabe observar o que o pagamento de horas *in itinere* depende dos seguintes requisitos: uso de condução fornecida pelo empregador e local de trabalho de difícil acesso, OU uso de condução fornecida pelo empregador e local de trabalho não servido por transporte público regular, OU uso de condução fornecida pelo empregador e incompatibilidade entre os horários de trabalho e os do transporte público regular (Súmula nº 90 do TST e § 2º do art. 58 da CLT). Nenhuma dessas hipóteses ficou demonstrada nos autos.

Nego provimento ao recurso.

Alega o reclamante que o juízo de primeiro grau indeferiu o pedido de condenação das recorridas ao pagamento da jornada *in itinere*, sendo que o acórdão proferido manteve essa decisão, porque entendeu não ter o recorrente afirmado expressamente na petição inicial que o local da prestação de serviço era de difícil e acesso e não serviço por transporte público e regular. Sustenta ter indicado corretamente, no item XVII, a incidência do art. 58, § 2º, da CLT como requisito para configuração de hora *in itinere*.

Argumenta que o entendimento adotado no acórdão regional caminha no sentido de que ao autor, além de indicar os fatos constitutivos do seu direito, também negue a existência de fato obstativo, o que viola as disposições dos arts. 818 da CLT e art. 333, do CPC. Reputa violação dos arts. 58, §2º e 818 da CLT e 333 do CPC.

Ocorre, entretanto, que o Tribunal Regional limitou-se a afirmar que o autor, em recurso ordinário, não impugnou corretamente os fundamentos da sentença, e que o argumento de que seria público e notório o fato de que laborava em local de difícil acesso e não servido de transporte público, constituiria em inovação recursal. Portanto, foram impostos óbices processuais ao sucesso do recurso ordinário.



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

Contra esses fundamentos o recorrente não apresentou nenhuma objeção, revelando-se, assim, desfundamentado o recurso, uma vez que foi interposto ao arrepio da norma inserta no art. 514, II, do CPC e na Súmula nº 283 do STF.

Em obediência ao princípio recursal da dialeticidade, o recorrente deve atacar e impugnar individualmente todos os fundamentos indicados no acórdão recorrido.

É inadmissível o recurso extraordinário quando a decisão recorrida está assentada em determinado fundamento suficiente para alicerçar e o recurso não o abrange.

Não conheço.

1.3 - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - VALOR ARBITRADO

O Tribunal Regional deu parcial provimento ao recurso ordinário do autor e elevou o valor arbitrado à condenação de R\$ 2.200,00 para R\$5.000,00, nos termos consignados a fls. 250-252:

.....
O autor alega que o valor fixado a título de indenização por danos morais foi "demasiadamente moderado" (fl. 309), não compatível com o dano sofrido. Pede a reforma da sentença para majorá-lo. Sugere a quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Analiso.

A fixação do montante que compensaria o dano moral tem suscitado vários questionamentos. Como não regramento específico acerca do tema, fica ao arbítrio do juiz, que o deverá fixar de forma equitativa (art. 944, caput e parágrafo único, do Código Civil).

Assim, nesse mister, o juiz deverá considerar aspectos decorrentes das circunstâncias dos fatos e peculiaridades das partes, tais como a culpa do agente, a extensão do prejuízo causado, sem afastar-se do conteúdo compensatório, mas pedagógico-punitivo que a medida deve significar.

No caso sub judice, a condenação das rés ao pagamento de indenização por dano moral assenta-se sobre as condições de trabalho (fl. 288-verso):

Por outro lado, restou incontroverso que o empregado esteve submetido a condições precárias de repouso, alimentação e higiene no



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

ambiente laboral, sendo que a rasura na CTPS pode ser conferida pela fotocópia do documento, juntada às fls. 20.

Inegável, portanto, a ofensa ao patrimônio imaterial do demandante.

Mas, a despeito do caráter educativo e reparatório, deve-se evitar que a apuração do quantum indenizatório se converta em medida abusiva e exagerada. A jurisprudência vem adotando, a respeito, o princípio de proibição ao exagero ou vedação ao excesso, tanto para mais, como para menos. Procura-se não arbitrar valores irrisórios, que tornem desprovida a condenação de qualquer efeito pedagógico ou reparatório, como parece ser o caso.

Com efeito, a despeito da pouca magnitude do dano causado, entendo que a quantia de R\$ 2.200,00 (fl. 289) é pouco significativa para compensação do dano sofrido pelo autor, e, principalmente, não traduz em si nenhum efeito educativo, uma vez que para os réus, empresas de grande poder financeiro, mostra-se insignificante.

Reformo a sentença para aumentar o valor da indenização por danos morais para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), acrescidos de juros e de correção monetária a partir da data da publicação do presente acórdão (Súmula nº 11 deste Regional, aplicada analogicamente).

Inconformado, alega o reclamante que, em sentença, foi estabelecida a indenização por dano moral no valor de R\$ 5.000,00, os quais teriam sido mantidos pela Corte regional. Sustenta que o valor a ser pago a título de dano moral deve ser prudente e capaz de reparar integralmente o dano causado. Defende que sofreu abalo moral em razão de condições impróprias de trabalho, atraso no pagamento das verbas rescisórias, e rasura em sua CTPS, com reflexos diretos na sua vida profissional, motivo pelo qual o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) não servirá para recompor o seu patrimônio moral. Reputa violados os arts. 5º, V, da Constituição Federal e 944 do Código Civil.

Inicialmente, convém registrar que, conforme se depreende da leitura da decisão recorrida, o recurso ordinário do autor foi provido e elevada a condenação ao pagamento de indenização por dano moral ao importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

No arbitramento pelo juiz do *quantum* indenizatório, deve ser observado o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, motivo pelo qual se deve considerar tanto a capacidade financeira do ofensor quanto as condições particulares da vítima, assim como as circunstâncias do caso concreto, gravidade e potencialidade social do dano, sua repercussão social, intensidade do sofrimento e do desgaste.

A Corte regional não explicitou todos os elementos que permitiram a elevação do valor utilizado, tendo apenas se detido quanto à gravidade e potencialidade social do dano, mas sem aferir ou tecer nenhum comentário acerca da capacidade financeira do ofensor ou outros elementos que permitiriam a revisão do montante arbitrado.

Acrescente-se, ainda, que o recorrente, em suas razões recursais, teceu argumentação genérica, deixando de apresentar os motivos porque entende inadequados os elementos utilizados para realização do arbitramento, ou melhor, pelos quais a elevação do montante da indenização permaneceria inadequada. Assim, não logrou êxito em demonstrar a falta de razoabilidade da condenação imposta diante de tais preceitos.

Não conheço.

2 - MÉRITO

2.1 - CONSÓRCIO - SUBEMPREITADA - DONO DE OBRA - NÃO CONFIGURAÇÃO

A controvérsia cinge-se à possibilidade de responsabilização do consórcio pelas obrigações trabalhistas contraídas pela primeira-reclamada, empresa contratada pelo Consórcio, em contrato de empreitada, para realização do derrubada de árvores e limpeza da área em que ocorreria a construção da Usina Hidrelétrica de Mauá.

O fato de a dona da obra se aproveitar de maneira mediata da edificação civil construída por terceiros por intermédio de contrato de empreitada, não justifica, por si só, sua responsabilização subsidiária por dívidas contraídas pelo empreiteiro.

Ocorrendo celebração de contrato de empreitada de construção civil, a relação havida entre o dono da obra e o empreiteiro



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

é meramente civil, comprometendo-se este à construção de obra certa, mediante o pagamento de preço previamente estabelecido. A contratação de empregados pelo empreiteiro ocorre para a consecução das atividades por ele empreendidas, não existindo verdadeira intermediação de mão de obra, como na hipótese preconizada na Súmula nº 331 do TST.

Assim, as dívidas trabalhistas são assumidas diretamente pelo empreiteiro, que contrata, dirige e assalaria seus empregados, não existindo previsão legal para a responsabilização do dono da obra, consoante a interpretação do disposto no art. 455 da CLT.

Outra é a conclusão se o dono da obra tem como objeto social a construção ou a incorporação de imóveis, pois, neste caso, estar-se-ia diante de verdadeira terceirização em atividade-fim, situação que enseja a responsabilização direta do tomador dos serviços, uma vez que o próprio contrato de emprego se forma diretamente entre ele e o empregado.

Na situação dos autos, a atuação da segunda-reclamada, recorrida, e do Consórcio por ela integrado e liderado, como indústria de geração de energia, afastaria a condição de tomadora dos serviços prestados pelo reclamante, que se ativou, tão somente, na construção de obra específica em umas das unidades hidrelétricas a ser construída.

Ocorre que, a questão merece um tratamento distintivo quando se analisa com acuidade a figura do consórcio e, sobretudo, sua atuação no caso dos autos.

Na lição de Ana de Oliveira Frazão, o consórcio tem pontos de aproximação com os grupos econômicos, pois é também uma alternativa para a coordenação entre duas sociedades que mantêm a sua independência jurídica. Assim, pode ser visto como espécie de grupos de coordenação, que se estabelece por vínculos contratuais e não societários.

As semelhanças com os grupos, todavia, acabam por aí, considerando que os consórcios são instrumentos de implementação de atividades específicas e normalmente transitórias.

Como explica Bulgarelli, "consórcios são uniões constituídas para a realização de certas transações individuais,



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

geralmente de fins transitórios, podendo ser também permanentes, quando o seu prazo de duração é bastante longo".

Nesse sentido, atendendo a demandas de atuação num mercado cada vez mais flexível e competitivo, os consórcios são vistos como alternativas aos grupos, sempre que as empresas almejam um grau de associação inferior àquele que decorreria dos grupos tradicionais.

Na Europa, por exemplo, foi necessário se criar a figura do chamado agrupamento complementar de empresas, que busca implementar ligações estáveis não societárias entre as sociedades, o que não se asseguraria com o consórcio.

Ainda, outro fator diferenciador do consórcio em relação aos grupos tradicionais é que não há controle ou influência significativa de uma consorciada em relação a outra. Como explica Viviane Prado, "há uma direção unitária (unidade de estratégia econômica), mas sem o controle ou exercício de influência dominante de uma sobre a outra".

Nessa senda, a LSA reitera tanto a autonomia das consorciadas que afasta até mesmo a solidariedade entre elas. O artigo 278, § 1º, da Lei nº 6.404, diz, expressamente, que não há presunção de solidariedade:

Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.

§ 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

§ 2º A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio.

Art. 279. O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo não circulante, do qual constarão: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

- I - a designação do consórcio se houver;
- II - o empreendimento que constitua o objeto do consórcio;
- III - a duração, endereço e foro;
- IV - a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas;
- V - normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados;
- VI - normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver;
- VII - forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado;
- VIII - contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver.

Parágrafo único. O contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada.

Entretanto, Ana Frazão explica que a exclusão da solidariedade, consagrada pela LSA, não necessariamente se aplica a áreas como o Direito do Trabalho, em que há credores vulneráveis se relacionando juridicamente com os entes em consórcio.

No caso, a previsão contida no art. 2º, § 2º, da CLT, aplicável aos grupos econômicos por coordenação ou por subordinação, implicaria a responsabilização solidária dos entes integrantes do grupo pelas dívidas trabalhistas contraídas por qualquer de seus integrantes.

A defesa de outros interesses prioritários ao ordenamento jurídico, como o interesse público, igualmente justifica excepcionar a regra da exclusão da solidariedade contida na LSA:

Lei nº 8.666/93:

Art. 33. Quando permitida, na licitação, a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

- I - comprovação do compromisso, público ou particular, de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;

III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;

IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

§ 1º No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo.

§ 2º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.

Lei nº 8.987/95:

Art. 19. Quando permitida, na licitação, a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

I - comprovação de compromisso, público ou particular, de constituição de consórcio, subscrito pelas consorciadas;

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio;

III - apresentação dos documentos exigidos nos incisos V e XIII do artigo anterior, por parte de cada consorciada;

IV - impedimento de participação de empresas consorciadas na mesma licitação, por intermédio de mais de um consórcio ou isoladamente.



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

§ 1º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.

§ 2º A empresa líder do consórcio é a responsável perante o poder concedente pelo cumprimento do contrato de concessão, sem prejuízo da responsabilidade solidária das demais consorciadas.

Recentemente, a Lei nº 12.402, de 2/5/2011, previu responsabilidade solidária por créditos tributários, aos quais se reputou inaplicável o art. 278, § 1º, da Lei nº 6404/76.

Igualmente, cuidando da proteção dos credores vulneráveis, o CDC dispôs:

Lei nº 8.078/90 (CDC):

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º (Vetado)

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código;

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código;

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa;

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Portanto, a conformação inicial atribuída aos consórcios pela LSA deve ser confrontada com as disposições especiais do ordenamento jurídico sobre a matéria, não se perdendo de vista, ademais, as peculiaridades de cada caso concreto.



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

Na situação dos autos, chama a atenção o fato de que o Consórcio Cruzeiro do Sul foi formado por duas sociedades de economia mista (COPEL e ELETROSUL) para figurar como arrematante no Leilão nº 4/2006 da ANEEL, que objetivava a **implementação** e consequente exploração da Usina Hidrelétrica de Mauá - circunstância incontroversa nos autos, que constou da sentença e também da peça defensiva das reclamadas.

Daí exsurge que, embora as empresas componentes do Consórcio sejam empresas do ramo de exploração e distribuição de energia elétrica, assumiram, por meio da composição transitória do Consórcio Cruzeiro do Sul e da adjudicação do objeto do Leilão da ANEEL, também **a implementação da Usina de Mauá.**

Nesse sentido, o Consórcio, enquanto unidade econômica transitória, chamou para si a feição de construtora ou incorporadora, tendo em vista que se obrigou, na condição de adjudicatário do objeto do leilão, à realização dessa tarefa.

Nessa medida, não há empecilho legal para que o Consórcio subcontrate a realização da obra e de seus passos preparatórios (no caso, a limpeza da bacia para a construção, na qual o reclamante se ativou), desde que observados os termos da Lei nº 8.666/93, à qual se vincula por ter como líder e integrantes entes da Administração Pública Indireta.

Todavia, certo é que, na distribuição das responsabilidades trabalhistas decorrentes dessa subempreitada, não poderá ser enquadrado como mero dono de obra.

Assim, verificando má-aplicação da Orientação Jurisprudencial nº 191 da SBDI-1 do TST, o recurso de revista merece ser provido para que, afastada a condição de dono de obra do consórcio, enfrentar a pretensão do reclamante quanto à responsabilização das reclamadas.

Consequentemente, deve responder pelas obrigações trabalhistas contraídas pelo contratado (primeira-reclamada), nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, inclusive, entre si, de forma solidária.

Prosseguindo no julgamento do mérito do recurso, primeiramente, cumpre ressaltar que, conhecido o recurso porque



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

identificada, na **tese jurídica** adotada pela Corte regional, má aplicação da jurisprudência pacificada no âmbito desta Corte, a abertura cognitiva desse Tribunal Superior para exame do mérito é plena, incumbindo-lhe julgar a lide, **aplicando o direito ao caso concreto**.

Nesse sentido a jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal:

SÚMULA 456

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, CONHECENDO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, JULGARÁ A CAUSA, APLICANDO O DIREITO À ESPÉCIE.

SÚMULA 457

O TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, CONHECENDO DA REVISTA, JULGARÁ A CAUSA, APLICANDO O DIREITO À ESPÉCIE.

A aplicação do entendimento do Supremo sobre a questão fica bem evidenciada no seguinte precedente da Corte Constitucional:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. NATUREZA REVISIONAL. TÉCNICA DE JULGAMENTO. DEMANDA COM MAIS DE UM FUNDAMENTO. ACOLHIMENTO DO RECURSO PARA AFASTAR UM DELES. INDISPENSABILIDADE DE APRECIÇÃO DOS DEMAIS. SÚMULA 456/STF. 1. Em nosso sistema processual, o recurso extraordinário tem natureza revisional, e não de cassação, a significar que "o Supremo Tribunal Federal, conhecendo o recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie" (Súmula 456). Conhecer, na linguagem da Súmula, significa não apenas superar positivamente os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, mas também afirmar a existência de violação, pelo acórdão recorrido, da norma constitucional invocada pelo recorrente. 2. Sendo assim, o julgamento do recurso do extraordinário comporta, a rigor, três etapas sucessivas, cada uma delas subordinada à superação positiva da que lhe antecede: (a) a do juízo de admissibilidade, semelhante à dos recursos ordinários; (b) a do juízo sobre a alegação de ofensa a direito constitucional



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

(que na terminologia da Súmula 456/STF também compõe o juízo de conhecimento); e, finalmente, se for o caso, (c) a do julgamento da causa, “aplicando o direito à espécie”. 3. Esse “**julgamento da causa**” consiste na **apreciação de outros fundamentos que, invocados nas instâncias ordinárias, não compuseram o objeto do recurso extraordinário, mas que, “conhecido” o recurso (vale dizer, acolhido o fundamento constitucional nele invocado pelo recorrente), passam a constituir matéria de apreciação inafastável, sob pena de não ficar completa a prestação jurisdicional.** Nada impede que, em casos assim, o STF, ao invés de ele próprio desde logo “julgar a causa, aplicando o direito à espécie”, opte por remeter esse julgamento ao juízo recorrido, como frequentemente o faz. 4. No caso, a parte demandada invocou, em contestação, dois fundamentos aptos, cada um deles, a levar a um juízo de improcedência: (a) a inexistência do direito afirmado na inicial e (b) a prescrição da ação. Nas instâncias ordinárias, a improcedência foi reconhecida pelo primeiro fundamento, tornando desnecessário o exame do segundo. Todavia, em recurso extraordinário, o Tribunal afastou o fundamento adotado pelo acórdão recorrido, razão pela qual se impunha que, nos termos da Súmula 456, enfrentasse a questão prescricional, ou, pelo menos, que remetesse o respectivo exame ao tribunal recorrido. A falta dessa providência, que deixou inconclusa a prestação jurisdicional, importou omissão, sanável por embargos declaratórios. 5. Embargos de declaração acolhidos. (RE 346736 AgR-ED / DF - DISTRITO FEDERAL; EMB.DECL. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI; Julgamento: 04/06/2013; Órgão Julgador: Segunda Turma; Publicação - ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-115 DIVULG 17-06-2013 PUBLIC 18-06-2013).

Dessa forma, é o que se passa a proceder.

Para melhor análise da controvérsia, relevante registrar a história processual.

A primeira-reclamada, empresa contratada pelas recorridas para a empreitada em análise, não compareceu à audiência de instrução, tendo sido declarada revel e confessa quanto à matéria de fato.



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

Na sua defesa, fls. 50-71, a Copel pugnou pela exclusão da sua responsabilidade, com base na Lei nº 8666/93, na OJ nº 191 da SBDI-1 do TST e no art. 265 do CCB. Alegou, genericamente, que a contratação da empreiteira se deu mediante regular licitação, que a fiscalização possível foi realizada, porém remeteu a prova da regularidade da relação de emprego à primeira-reclamada, por consistir em empregadora do reclamante, salientando que cabia ao autor o ônus de provar eventuais irregularidades. Ainda, assentou:

Menciona-se ainda que a COPEL também fiscalizou toda execução do contrato, nos limites em que a Lei nº 8.666/93 permite, eis que a tomadora de serviço não pode ter ingerência na empresa prestadora de serviço. Tal fiscalização resta comprovada juntada comprovantes pagamento de holentes entre outros que efetivamente demonstra sua diligência afasta qualquer alegação de "*culpa in vigilando*", pelo que, reitera a aplicação do artigo 71 da Lei nº 8666/93, com afastamento de qualquer responsabilidade da Reclamada eventuais débitos provenientes Reclamatória Trabalhista.

Nem há que se falar da aplicação da Súmula nº 331 do TST, primeiro porque mesma possui segundo, porque afasta aplicação do artigo 71, § 1 da Lei 8666/93, o que é inadmissível, sob pena de violação do artigo 97 da Constituição Federal (princípio da reserva de plenário e, por conseqüência, enseja contraniedade à Súmula Vinculante nº 10 do STF: *VIOLA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ARTIGO 97) A DECISÃO DE ÓRGÃO FRACIONÁRIO DE TRIBUNAL EMBORA EXPRESSAMENTE A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO DO PODER PÚBLICO AFASTA SUA INCIDÊNCIA, TODO* Súmula Vinculante nº 10 **DOU de 27/6/2008**) Reitera-se que caso não se aplique a referida súmula, ou seja, caso não se afaste a responsabilidade da ora Reclamada conforme determina o artigo 8666/93, decisão ausência pressuposto de validade e de eficácia jurídica, eis que viola o princípio da reserva de plenário insculpido no artigo 97 da Constituição Federal.



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

Ocorre que, a despeito da menção a documentos comprobatórios a fiscalização do contrato de trabalho, a defesa da reclamada não se fez acompanhar de nenhum documento.

A fls. 73-98, a defesa do consórcio Cruzeiro do Sul segue idêntica linha argumentativa e, igualmente, não se faz acompanhar da completude da documentação concernente ao contrato de trabalho do reclamante, mas apenas de documentação atinente à constituição da COPEL, do Consórcio e do Leilão da ANEEL.

Após a audiência, a fls. 147-148, a segunda-reclamada promoveu a juntada de dois recibos de pagamento de salários, impugnados pelo reclamante ao fundamento de que referidos salários foram pagos mediante cheques sem provisão de fundos.

A verdade processual que prevalece nos presentes autos, já acobertada pela preclusão, com relação aos demais pedidos do reclamante, dá conta de jornadas habitualmente dilatadas, ausência de acerto rescisório tempestivo, condições de higiene, repouso e alimentação precárias (que deram azo a condenação em indenização por danos morais), ausência de baixa e rasura na CTPS do reclamante.

É esse quadro fático que deve ser juridicamente enquadrado nas disposições legais que regem a responsabilidade da administração pública indireta pelas obrigações trabalhistas provenientes das contratações de terceiros.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADC nº 16, considerou o art. 71 da Lei nº 8.666/93 constitucional, de forma a vedar a responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas devidos pela prestadora dos serviços, nos casos de **mero inadimplemento das obrigações por parte do vencedor de certame licitatório**. Entretanto, ao examinar a referida ação, firmou a Suprema Corte o entendimento de que, nos casos em que restar demonstrada a culpa *in eligendo* ou *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.

Nessa senda, os arts. 58, III, e 67, *caput* e § 1º, da Lei nº 8.666/93 impõem à Administração Pública o ônus de fiscalizar o cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo vencedor da licitação



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

(entre elas, por óbvio, as decorrentes da legislação laboral), razão pela qual à entidade estatal caberá, em juízo, trazer os elementos necessários à formação do convencimento do magistrado.

Confira-se a redação dos mencionados dispositivos de lei:

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.

Vale acrescentar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de reclamações constitucionais versando o tema em debate, tem reafirmado a posição de não ser cabível a responsabilidade da entidade pública pelas verbas trabalhistas do terceirizado quando esta se assenta nas alegações de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 e no mero inadimplemento da empresa prestadora de serviços. No entanto, nas hipóteses em que o ente público não logra comprovar que fiscalizou a prestação de serviços e que não se omitiu nos seus deveres legais, a Suprema Corte tem recorrentemente confirmado decisões que responsabilizam entes da Administração Pública, julgando improcedentes as reclamações constitucionais contra as decisões condenatórias proferidas pela Justiça do Trabalho.

Nesse sentido a decisão do Ministro Celso de Mello no Agravo Regimental na Reclamação nº 12580 (São Paulo):



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

RECLAMAÇÃO - ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO À AUTORIDADE DA DECISÃO PROFERIDA, COM EFEITO VINCULANTE, NO EXAME DA ADC 16/DF - INOCORRÊNCIA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR DÉBITOS TRABALHISTAS (LEI Nº 8.666/93, ART. 71, §1º) - ATO JUDICIAL RECLAMADO *PLENAMENTE JUSTIFICADO*, NO CASO, PELO RECONHECIMENTO DE SITUAÇÃO CONFIGURADORA DE CULPA '*IN VIGILANDO*', '*IN ELIGENDO*' OU '*IN OMITTENDO*' - DEVER LEGAL DAS ENTIDADES PÚBLICAS CONTRATANTES DE FISCALIZAR O CUMPRIMENTO, POR PARTE DAS EMPRESAS CONTRATADAS, DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS REFERENTES AOS EMPREGADOS VINCULADOS AO CONTRATO CELEBRADO (LEI Nº 8.666/93, ART. 67) - ARGUIÇÃO DE OFENSA AO POSTULADO DA RESERVA DE *PLENÁRIO* (CF, ART. 97) - SÚMULA VINCULANTE Nº 10/STF - INAPLICABILIDADE - INEXISTÊNCIA, NO CASO, DE JUÍZO *OSTENSIVO* OU *DISFARÇADO* DE INCONSTITUCIONALIDADE DE QUALQUER ATO ESTATAL - PRECEDENTES - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (Rcl 12580 AgR/SP-SÃO PAULO, Rel. Min. Celso de Mello, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJ de 13/3/2013)

A evidenciar a conclusão exposta, consta da fundamentação do acórdão supra: "O exame da decisão reclamada, tendo em vista a situação concreta nela apreciada, revela que se reconheceu, na espécie, a responsabilidade subsidiária da parte reclamante, ora recorrente, em decorrência de situação configuradora de culpa '*in vigilando*', '*in eligendo*' ou '*in omittendo*'".

No mesmo sentido, o entendimento monocrático dos Ministros do Supremo Tribunal Federal nas seguintes decisões em reclamação constitucional: Rcl 15722/SP - São Paulo, Rel. Min. Rosa Weber, DJ de 27/6/2013; Rcl 13878/MS - MATO GROSSO DO SUL, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 10/5/2013; Rcl 14832 MC/RS - RIO GRANDE DO SUL, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 19/11/2012; Rcl 11712/SP - SÃO PAULO, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ de 8/4/2013.



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

Fixado o entendimento vinculante do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, faz-se necessário compreender o significado da responsabilidade por omissão do Estado no atual estágio de desenvolvimento do nosso ordenamento jurídico.

Não é possível analisar a responsabilidade da Administração Pública de forma distanciada da recente evolução da responsabilidade civil e da mudança de seu paradigma. O Direito deve ser visto como sistema e os avanços alçados em um de seus ramos irradiam efeitos, sobretudo os principiológicos, para todos os outros ramos jurídicos.

Sylvio Capanema de Souza lança luzes sobre esse debate e traz importantes contribuições ao fazer o resgate histórico da evolução da responsabilidade do Estado em paralelo com a moderna disciplina da responsabilidade civil (SOUZA, Sylvio Capanema de. **Novos aspectos da responsabilidade civil da Administração Pública**. In TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 182-190).

O ponto inicial dessa trajetória se dá com o Estado Absolutista, no qual o rei, na condição de representante divino, não poderia errar (*the king can do no wrong*). Assim, todas as pretensões reparatórias que porventura se desejasse deduzir contra o Estado deveriam ser feitas perante os agentes administrativos que diretamente causassem o dano.

No Brasil, a Constituição de 1824, em seu art. 178, previa responsabilidade solidária entre o Estado e o agente causador do dano, dando um passo adiante em relação ao princípio absolutista.

Em seguida, o art. 15 do Código Beviláqua equiparou o Estado, titular de direitos e de obrigações, à figura do empregador, de modo que, assim como quem emprega responde pelos seus prepostos, passaria o Estado a responder pelos atos dos funcionários públicos. Essa responsabilização pressupunha, entretanto, a prova da culpa do agente, transferindo-se à vítima um pesado ônus probatório.

Com o julgamento do caso *Blanco*, em 1873, pelo Conselho de Estado da França, consagrou-se a teoria da culpa anônima, pela *faute de service*. Naquela oportunidade entendeu-se que, justamente pela



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

impossibilidade de se identificar o funcionário causador do dano (lesão que se concretizaria justamente pela falta, pela intempestividade ou pela insuficiência do serviço), poderia haver a responsabilização anônima do Estado.

Posteriormente, chegou-se à teoria do risco administrativo, calcada na responsabilidade objetiva do Estado.

E hoje, no Brasil, já se fala em responsabilidade integral do Estado.

Sylvio Capanema de Souza observa como esse caminho evolutivo foi percorrido também pela nossa história constitucional, consagrando-se com a Constituição Cidadã de 1988 a ampliação da responsabilidade estatal como decorrência da opção pelo termo "agente" público, em detrimento de funcionário público, assim como pela expressa menção à responsabilidade objetiva das empresas prestadoras de serviços públicos inserta no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, como garantia aos usuários desses serviços.

O paradigma da responsabilidade objetiva, portanto, foi afirmado constitucionalmente, passando a ser essa a regra no nosso ordenamento jurídico, e não apenas a exceção. Qual seria então o espaço da responsabilidade subjetiva do Estado?

Apresenta-se verdadeira divergência doutrinária quanto ao tema, que divide os estudiosos em duas correntes principais.

A primeira delas afirma ser esse espaço justamente o *locus* das omissões administrativas, que se submeteriam à teoria da culpa. Para os adeptos desse entendimento, se a Constituição e o Código Civil, ao responsabilizarem objetivamente o Estado, o fizeram com respaldo nos "atos dos seus agentes", certamente não estariam abrangendo nesse conceito a omissão, o não agir, o *non facere*.

Para um segundo grupo de doutrinadores, todavia, a omissão nada mais seria que um fato jurídico decorrente da violação de um dever de agir, atraíndo, portanto, a regra geral da responsabilidade objetiva. Essa corrente, abraçada pelos civilistas do novo direito civil, tem o mérito de retirar da vítima a prova diabólica da omissão culposa.

Em face dessa polarização, consagrou-se uma terceira corrente, conciliatória, que resguarda a responsabilidade subjetiva nas



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

situações de omissões genéricas (no caso, por exemplo, de insuficiência dos serviços e políticas públicas em geral, como a segurança pública), e a responsabilidade objetiva para as omissões específicas, ou seja, aquelas verificadas quando violado o dever de agir com cautela. E essa posição tem sido abraçada pela jurisprudência administrativista, que se define por reconhecer a responsabilidade objetiva do Estado por omissões específicas, considerando-a subjetiva apenas nas hipóteses de omissão genérica, distinção difícil de ser feita na prática, mas que deve ser apurada pelo magistrado no caso concreto.

A partir da análise dos elementos fáticos coligidos aos autos (dois recibos de pagamentos de salários) e da ausência de demonstração efetiva por parte da segunda e terceira reclamadas de que fiscalizavam a contratada, eis que, diante da revelia da primeira-ré, nada do que foi alegado pelo reclamante, com relação às irregularidades trabalhistas, pôde ser discutido pelas contratantes, evidencia-se a culpa in vigilando da COPEL e do Consórcio Cruzeiro do Sul.

Desse modo, uma vez que a lei determina a fiscalização da Administração Pública, tomadora dos serviços, pela execução do contrato e pelo efetivo cumprimento dos encargos trabalhistas assumidos pela empresa prestadora dos serviços, a não adoção das medidas fiscalizatórias pelo município-reclamado antes ou a partir da constatação do inadimplemento, implicam necessariamente sua responsabilização subsidiária.

Ora, o próprio ordenamento jurídico cria parâmetros e condições para a fiscalização das empresas prestadoras de serviços. A Instrução Normativa nº 2/2008 (alterada pela IN nº 03/2009, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - MPOG), ao dispor sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, prevê expressamente, em seu art. 34, o dever da Administração de acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos, inclusive quanto às obrigações e aos encargos trabalhistas devidos aos empregados da empresa contratada que lhe prestam serviços e estabelece, em seu § 5º, a forma como se dará a fiscalização do pagamento dos encargos trabalhistas, sob pena de rescisão contratual e outras sanções, nestes termos:



PROCESSO N° TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

Art. 34. A execução dos contratos deverá ser acompanhada e fiscalizada por meio de instrumentos de controle, que compreendam a mensuração dos seguintes aspectos, quando for o caso:

§ 5º Na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais nas contratações continuadas com dedicação exclusiva dos trabalhadores da contratada, exigir-se-á, dentre outras, as seguintes comprovações:

I - no caso de empresas regidas pela Consolidação das Leis Trabalhistas:

a) a prova de regularidade para com a Previdência Social, conforme dispõe o art. 195, § 3º, da Constituição Federal, sob pena de rescisão contratual;

b) o recolhimento do FGTS, referente ao mês anterior, caso a Administração não esteja realizando os depósitos diretamente, conforme estabelecido no instrumento convocatório;

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 que forem exigidos por lei;

i) comprovação do encaminhamento ao Ministério do Trabalho e Emprego das informações trabalhistas exigidas pela legislação, tais como: a RAIS e a CAGED;

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

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

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



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

retenção de pagamento se o contratado não incorrer em qualquer inexecução do serviço ou não o tiver prestado a contento.

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

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

Logo, se a Administração não fiscalizou a fiel execução do pacto, não zelando pela solvência das obrigações trabalhistas pela empresa contratada, embora detivesse, ao contrário do que afirma, plenas condições para tanto, inclusive diante da possibilidade de rescisão unilateral que caracteriza os contratos pactuados por entes públicos, deve arcar com as consequências jurídicas pelo cometimento desse ato ilícito.

Não demonstrada satisfação do dever estabelecido nos arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93 (ônus que incumbe ao ente público, por se tratar de fato impeditivo do acolhimento da pretensão autoral), patente a omissão administrativa específica, não se há de cogitar na responsabilização apenas pelo mero inadimplemento das obrigações devidas por aquele que firma contrato de execução de serviços e obras públicas com o Estado (o que restou vedado na decisão proferida na citada ADC nº 16).

Nesse sentido, consolidado o entendimento desta Corte na nova redação do item V da Súmula nº 331, que dispõe:

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 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações



PROCESSO Nº TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

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, a imposição de responsabilidade subsidiária às tomadoras quanto às verbas trabalhistas inadimplidas pela prestadora, em face de a Administração Pública não ter cumprido com o seu dever de fiscalizar o atendimento das obrigações laborais pela prestadora dos serviços e, portanto, incorrendo na culpa *in omittendo*, decorre do disposto na Súmula nº 331, V, do TST (atual redação da Súmula nº 331, IV, no que tange à responsabilização subsidiária dos entes públicos).

Registre-se que essa decisão, ao discutir a aplicação ou não da excludente de responsabilidade inserta no art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, à luz da aferição concreta dos critérios da culpa *in vigilando*, não traz em si juízo ostensivo ou disfarçado de inconstitucionalidade do referido preceito legal, representando, ao contrário, obediência ao entendimento exarado pelo STF no julgamento da ADC nº 16, no qual foi reconhecida a constitucionalidade desse dispositivo legal.

Em face de todo o exposto, **dou provimento** ao recurso de revista do reclamante, para, afastada a condição de dona de obra da segunda e terceira reclamadas, responsabilizá-las subsidiariamente, em relação à primeira reclamada, pelos créditos trabalhistas objeto da presente condenação. Registre-se que segunda e terceira reclamadas, entre si, ostentam responsabilidade solidária pelo condeno.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista do reclamante, por má-aplicação da Orientação Jurisprudencial nº 191 da SBDI-1 do TST e, no mérito, dar-lhe provimento para, afastada a condição de dona de obra da segunda e terceira reclamadas, responsabilizá-las subsidiariamente, em relação à primeira reclamada, pelos créditos trabalhistas objeto da presente condenação. Registre-se que segunda e



PROCESSO N° TST-RR-462-24.2011.5.09.0671

terceira reclamadas, entre si, ostentam responsabilidade solidária pelo condeno.

Brasília, 16 de Dezembro de 2015.

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

MINISTRO VIEIRA DE MELLO FILHO

Relator

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 10011384A75D1B70C3.