



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região

Recurso Ordinário Trabalhista 0020620-32.2021.5.04.0011

Relator: WILSON CARVALHO DIAS

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 15/02/2024

Valor da causa: R\$ 133.407,37

Partes:

RECORRENTE: ALESSANDRO SANTOS RODRIGUES

ADVOGADO: DARIANE FERRARI SANTHIAGO

ADVOGADO: ALEXANDRE HAMESTER GUERREIRO

RECORRENTE: BEMAVEN S.A

ADVOGADO: SILVIO EVERTON OLIVEIRA DA SILVA FILHO

ADVOGADO: DEBORAH DE ALMEIDA SILVA

RECORRENTE: DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE LIMPEZA URBANA

RECORRIDO: ALESSANDRO SANTOS RODRIGUES

ADVOGADO: DARIANE FERRARI SANTHIAGO

ADVOGADO: ALEXANDRE HAMESTER GUERREIRO

RECORRIDO: BEMAVEN S.A

ADVOGADO: SILVIO EVERTON OLIVEIRA DA SILVA FILHO

ADVOGADO: DEBORAH DE ALMEIDA SILVA

RECORRIDO: DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE LIMPEZA URBANA

CUSTOS LEGIS: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

Identificação

PROCESSO nº 0020620-32.2021.5.04.0011 (ROT)

RECORRENTE: ALESSANDRO SANTOS RODRIGUES, B.A. MEIO AMBIENTE LTDA. - EM RECUPERACAO JUDICIAL, DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE LIMPEZA URBANA

RECORRIDO: ALESSANDRO SANTOS RODRIGUES, B.A. MEIO AMBIENTE LTDA. - EM RECUPERACAO JUDICIAL, DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE LIMPEZA URBANA

RELATOR: WILSON CARVALHO DIAS

EMENTA

VÍNCULO DE EMPREGO. CONSTITUIÇÃO DE PESSOA JURÍDICA. FRAUDE. DANO MORAL. Caso em que o reclamante prestava serviço autônomo na condição de gari, como microempendedor individual, embora o trabalho fosse prestado diariamente, com todos os elementos próprios da relação de emprego, nos moldes dos artigos 2º e 3º da CLT. Contratação de trabalhador como microempendedor individual com o objetivo de fraudar a legislação trabalhista. Grave violação a todo o sistema legal de proteção ao trabalho. Incidência do disposto no art. 9º da CLT. Manutenção da sentença quanto ao reconhecimento da relação de emprego. Evidente situação de desigualdade entre o reclamante e os outros trabalhadores devidamente registrados e que atuavam na mesma função, de forma ofensiva à sua dignidade, ensejando também a condenação da reclamada ao pagamento de indenização por dano moral.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por unanimidade, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ORDINÁRIO DA PRIMEIRA RECLAMADA (B.A. MEIO AMBIENTE LTDA. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL) para excluir da condenação o acréscimo previsto no art. 467 da CLT. Por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DO SEGUNDO RECLAMADO (DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE LIMPEZA URBANO). Por unanimidade, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ADESIVO DO RECLAMANTE (ALESSANDRO) para acrescer à condenação a indenização por dano moral no valor de R\$ 5.000,00. Valor da condenação majorado em R\$ 5.000,00. Custas acrescidas em R\$ 100,00.



Assinado eletronicamente por: WILSON CARVALHO DIAS - 14/08/2024 18:41:01 - 4897e91

<https://pje.trt4.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=24052223313403000000086777175>

Número do processo: 0020620-32.2021.5.04.0011

ID. 4897e91 - Pág. 1

Número do documento: 24052223313403000000086777175

Intime-se.

Porto Alegre, 14 de agosto de 2024 (quarta-feira).

RELATÓRIO

Inconformadas com a sentença (ID. 6230871), complementada (ID. 6fdd82a), as partes interpõem recursos ordinários.

A primeira reclamada, B.A. MEIO AMBIENTE LTDA. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL (ID. eaf0c94), pretende a reforma da sentença em relação aos seguintes tópicos: situação de recuperação judicial, vínculo de emprego, parcelas resilitórias, multa do art. 477 da CLT e acréscimo do art. 467 da CLT, adicional de insalubridade, horas extras, intervalos intrajornada e interjornadas e honorários sucumbenciais.

O segundo reclamado, DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE LIMPEZA URBANA (ID. a84b927), insurge-se contra a sentença acerca da responsabilidade subsidiária.

O reclamante (ID. 701bb3d), por meio de recurso adesivo, pretende a reforma daquela em relação à indenização por dano moral.

Com contrarrazões do reclamante (ID. 27b8178) e da primeira reclamada (ID. 9cca14e), os autos são remetidos a este Tribunal para apreciação.

O Ministério Público do Trabalho (ID. 320da43) opina pelo conhecimento e pelo desprovimento do recurso do segundo reclamado.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

A) RECURSO ORDINÁRIO DA PRIMEIRA RECLAMADA

1. Recuperação judicial. Isenção do depósito recursal

A primeira reclamada requer o reconhecimento da sua recuperação judicial com a aplicação dos efeitos legais, dentre eles, a isenção do depósito recursal com fundamento no §10 do art. 899 da CLT. Sustenta



que seu estado está demonstrado nos autos, porém o Juízo de origem, apenas, relegou os exames dos efeitos da recuperação judicial a eventual fase executória.

O Juízo de origem (ID. 6fdd82a) assim decidiu na sentença dos embargos de declaração:

Entende a embargante que a sentença é omissa, argumentando que há "diversos pedidos relacionados ao estado recuperacional em que se encontra. Ressaltou a necessidade de eventual crédito reconhecido ser submetido ao processo da recuperação judicial. A suspensão de eventual execução, diante da inequívoca competência do juízo recuperacional para decidir sobre atos de constrição judicial, bem como sobre a alteração do nome da empresa."

Com razão a embargante ao suscitar omissão no ponto.

Entendo, contudo, que a condição da reclamada de empresa em recuperação judicial constitui circunstância a ser levada em consideração quando de eventual cumprimento de sentença, prescindindo de qualquer pronunciamento judicial nesta fase processual. Mesmo a análise dos pressupostos de admissibilidade recursal deve ser realizada caso haja efetiva interposição do recurso ordinário.

Acolho em parte, portanto, os embargos de declaração da primeira reclamada para, sanando omissão, acrescer fundamentos à sentença, sem conferir efeito modificativo.

Análise.

No caso, a primeira reclamada, na sua defesa, juntou aos autos a certidão expedida em 13.03.2020, de interposição tempestiva do recurso de apelação (ID. 109a8f0) da sentença que decretou o encerramento da recuperação judicial. Em consulta ao *site* da Receita Federal do Brasil, constata-se que a primeira reclamada ainda detém a condição de recuperanda.

Com efeito, o fato de a primeira reclamada encontrar-se em recuperação judicial assegura à empresa a isenção do depósito recursal conforme previsão do art. 899, § 10, da CLT ("**São isentos do depósito recursal os beneficiários da justiça gratuita, as entidades filantrópicas e as empresas em recuperação judicial.**").

O recurso ordinário foi interposto em 05.10.2023, tendo sido regularmente recolhidas as custas processuais de R\$ 400,00 (ID. c3f8823). O recurso foi conhecido (ID. 42c4af0), do que se pressupõe que já foi reconhecida a isenção quanto ao depósito recursal.

Quanto aos demais efeitos da recuperação, compartilho do entendimento constante da sentença de que deverão ser submetido ao Juízo de origem oportunamente, considerando que nem mesmo há quantia líquida apurada.

Nada a prover.



2. Vínculo de emprego

A reclamada busca afastar o reconhecimento do vínculo de emprego do reclamante. Sustenta ser necessário o preenchimento concomitante dos requisitos previstos no art. 3º da CLT. Diz que incumbe ao reclamante o ônus de comprovar os fatos constitutivos do seu direito. Alega que a testemunha convidada pelo reclamante é suspeita, pois possui três reclamações trabalhistas em seu desfavor, não podendo seu depoimento ser valorado como absoluto.

O Juízo de origem (ID. 6230871) assim decidiu:

A caracterização do vínculo de emprego decorre da conjugação do contido nos artigos 2º e 3º da CLT, que definem os conceitos de empregador e empregado, respectivamente. Assim, são pressupostos para o reconhecimento de uma relação de emprego: a subordinação, a pessoalidade, a onerosidade e a não eventualidade.

Tendo a primeira reclamada oposto fato modificativo do direito do autor, afirmando que "somente a prestação de serviço do reclamante em alguns momentos para a empresa" (Id. 609163d - Pág. 1), atraiu para si o ônus de comprovar suas alegações, nos termos do artigo 818 da CLT.

No entanto, a parte reclamada não logra provar a modalidade de contratação por ela invocada.

Pontuo que a única testemunha ouvida informa "que ficou na primeira reclamada até o encerramento das atividades desta; que trabalhou com o reclamante por cerca de 2 a 3 meses, no Sarandi, ainda no ano de 2021; que não teve sua CTPS assinada, assim como o reclamante; que iniciaram trabalhando por diária, sendo que "batalharam para entrar como MEI", já que assim receberiam o pagamento por mês; que como MEI recebia R\$ 2.000,00 por mês, sendo que também poderia receber R\$ 2.500,00 por mês quando trabalhava na capatazia aos domingos; que o sistema de trabalho do reclamante era bem semelhante, também recebendo o mesmo valor; que iniciava a jornada às 7h e terminava por volta das 17h/18h, sendo que com frequência faziam atividades de apoio, quando então trabalhavam até 21h30/22h; que quando forneciam esse apoio, ganhavam um pouco mais; que o reclamante trabalhava no mesmo horário do depoente; que trabalhavam nesse horário de segunda a sábado; que eram subordinados ao fiscal da rota, que atuava como um espécie de gerente; que não tinham muito contato com o pessoal do RH, considerando que não tinham CTPS anotada". (Grifos do juízo)

Feitos esses registros, em atenção à distribuição do ônus da prova e considerando o teor da prova testemunhal (que se revela capaz de demonstrar a existência dos requisitos inerentes à relação empregatícia), impõe-se acolher a tese quanto à subordinação jurídica do trabalhador, na condição de empregado da primeira reclamada, conforme pressupostos previstos nos arts. 2º e 3º da CLT.

Assim, reconheço que, de fato, o reclamante prestou trabalho para a primeira reclamada, como empregado, exercendo a função de Gari, no período 03.03.2020 a 25.06.2021, de forma pessoal e com recebimento de remuneração no valor mensal de R\$ 1.900,00.

Analiso.



Na petição inicial (ID. 5360bab), o reclamante alegou ter sido admitido pela primeira reclamada, B.A. MEIO AMBIENTE LTDA. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, em 03.03.2020, para prestar serviços na função de gari, em benefício do segundo reclamado, DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE LIMPEZA URBANA, por meio da microempresa registrada em seu nome. Afirmou que, por causa do descumprimento contratual das reclamadas, encerrou suas atividades em 25.06.2021. Postulou o reconhecimento da relação de emprego com a primeira reclamada, por estarem presentes os requisitos da pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação.

Na defesa (ID. a86526a - Pág. 7), a primeira reclamada afirmou que o reclamante não lhe prestou serviços de qualquer natureza e negou qualquer tipo de contrato com o reclamante, seja cível ou trabalhista. Porém, na manifestação ao laudo pericial (ID. 609163d - Pág. 1), a reclamada aduziu fato modificativo do direito do reclamante, afirmando que "*somente a prestação de serviço do reclamante em alguns momentos para a empresa*".

Uma vez admitida a prestação de serviços, cumpria à primeira reclamada o ônus de comprovar a ausência dos requisitos para o reconhecimento da relação de emprego, nos termos do art. 818, II, da CLT e 373, II, do CPC.

Realizada a inspeção pericial, a perita engenheira Ingrid Bracht Lino (ID. 7eeb45a) apurou o seguinte acerca do trabalho do reclamante:

[...] desempenhou as funções de Gari - Coletador durante todo o período que trabalhou para as Reclamadas, tendo desenvolvido atividades externas em vias públicas componentes dos bairros Hípica e Lomba do Pinheiro, em Porto Alegre.

O Reclamante relatou que iniciou suas atividades em 03.03.2020, sob o comando da 1ª Reclamada, serviço que prestou através de sua Microempresa Individual - MEI até a data em que a 1ª Reclamada deixou de prestar serviço para o Departamento Municipal de Limpeza Urbana - DMLU.

O Autor informou que diariamente comparecia na capatazia, localizada na Avenida Caldeia, nº 150 e era designado para acompanhar caminhão coletor dotado de compactadora de lixo, destinado ao recolhimento de lixo urbano domiciliar, tendo por atribuição recolher os sacos de lixo depositados nas calçadas e colocar na bacia traseira do caminhão.

Ao completar a carga, o caminhão era conduzido pelo Motorista até o transbordo localizado na Estrada Afonso Lourenço Mariante, nº 4.401, Lomba do Pinheiro para ser descarregado.

No transbordo efetuado na área de despejo, competia ao Autor abrir os pinos da bacia do caminhão para liberar a carga de lixo, remover manualmente os resíduos que ficavam retidos no veículo.

Informou que habitualmente eram realizadas 2 (duas) descargas de lixo no transbordo da Lomba do Pinheiro, mas poderia ocorrer até 4 (quatro) descargas ao dia.



[...]

O representante da 1ª Reclamada B.A. Meio Ambiente Ltda. informou que o Autor era prestador de serviço, comparecia na capatazia da Avenida Caldeia, n.º 150 nos dias que ele próprio definia e somente era designado para atuar na coleta e lixo no caso de ausência ao trabalho de algum Gari Coletador, situação que não ocorria diariamente.

O entrevistado não soube informar à frequência que o Autor trabalhou para as Reclamadas.

(sublinhei)

A testemunha JADERSON S. B.(ID. 4f1e10a), única ouvida no feito, confirmou a prestação de serviços pelo reclamante com pessoalidade, habitualidade, subordinação e onerosidade, conforme depreendo do trecho transcrito na sentença. Ressalto que, não obstante a reclamada alegue a suspeição da testemunha, esta não foi contraditada e prestou depoimento compromissada. Além disso, o ajuizamento de ação contra a reclamada, ainda que com os mesmos pedidos, não está contemplado no art. 829 da CLT, que só considera suspeita a testemunha que for "*parente até o terceiro grau civil, amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes*". É aplicável ao caso a Súmula 357 do TST, que em boa hora veio consolidar o entendimento de que não é suspeita a testemunha que litiga ou litigou em face do mesmo empregador.

A primeira reclamada, por sua vez, não juntou nenhum instrumento de contrato que tenha sido estabelecido com a firma individual do reclamante, nem as notas fiscais dos pagamentos efetuados, que poderiam, em tese, demonstrar que os serviços foram eventuais, como alega.

Registro que esta Turma já julgou casos similares envolvendo a mesma reclamada (*p.ex., TRT da 4ª Região, 7ª Turma, 0020535-50.2020.5.04.0021 ROT, em 27/09/2023, Desembargador Wilson Carvalho Dias - Relator*), tendo constatado a ocorrência de fraude flagrante à legislação trabalhista neste tipo de contratação.

Com efeito, o reclamante nada mais era que um coletor de lixo, trabalhando diariamente com pessoalidade, não eventualidade e com percepção de salário mensal. A subordinação jurídica é presumida em razão da própria rotina de trabalho descrita pelo reclamante ao perito, sem divergência da primeira reclamada no aspecto, com observância, por exemplo, de cumprimento de jornadas de trabalho certas e delimitadas pela própria necessidade do serviço.

Assim por força dos arts. 2º, 3º e 9º da CLT, havia relação de emprego entre as partes.

Provimento negado.

3. Parcelas resilitórias



A primeira reclamada pretende afastar a sua condenação ao pagamento de parcelas resilitórias. Argumenta que elas estão intrinsecamente ligadas ao contrato de trabalho e que não houve vínculo de emprego. Especificamente quanto ao FGTS, assevera que o recolhimento deve ocorrer na conta vinculada, sendo vedado o pagamento direto.

O Juízo de origem (ID. 6230871) condenou a primeira reclamada ao pagamento das parcelas resilitórias, tendo em vista o reconhecimento da existência de relação jurídica de emprego e da sua extinção de forma imotivada pelo empregador, ante o princípio da continuidade da relação de emprego.

Não merece reforma a sentença.

Com efeito, o Direito do Trabalho é regido pelo princípio da continuidade da relação de emprego. Assim, uma vez reconhecida a existência do vínculo de emprego mantido entre as partes, presume-se que a extinção do contrato, incontroversamente havida em 25.06.2021, decorreu da vontade exclusiva da primeira reclamada. Assim, era dela o ônus da prova em contrário, do qual não se desincumbiu a contento. Por conseguinte, são devidas as parcelas resilitórias deferidas, porquanto acessórias à relação jurídica e à modalidade de extinção contratual reconhecidas na sentença.

Registro que já foi determinado o depósito do FGTS na conta vinculada, nos termos do art. 26, parágrafo único, da Lei nº 8.036/90 (ID. 6230871 - Pág. 12).

Nego provimento.

4. Multa do art. 477 da CLT e acréscimo do art. 467 da CLT

A primeira reclamada busca afastar a aplicação da multa do art. 477 da CLT e do acréscimo do art. 467 da CLT. Sustenta que não houve o pagamento de parcelas resilitórias porque não havia relação de emprego. Afirma que a multa do art. 477 da CLT visa a coibir o atraso injustificado no pagamento dessas verbas, não sendo devida em razão de parcelas reconhecidas em juízo, não se configurando a mora, tendo em vista a homologação tardia. Aduz que o fato gerador da multa prevista no § 8º está vinculado, exclusivamente, ao descumprimento dos prazos especificados no § 6º do mesmo artigo, e não ao atraso da homologação da rescisão e entrega de guias. Alega que está em processo de recuperação judicial e que a Lei 11.101/2005 tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. Argumenta que só é devido o acréscimo previsto no art. 467 da CLT quando o



valor das parcelas resilitórias for reconhecido pela defesa e não for quitado por ocasião da primeira audiência realizada, situação que não se amolda ao caso dos autos, em que as parcelas ainda eram controversas.

O Juízo de origem (ID. 6230871), em decorrência do reconhecimento do vínculo de emprego e da dispensa imotivada, condenou a primeira reclamada ao pagamento do acréscimo previsto no art. 467 da CLT e da multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT.

Analiso.

Relativamente à multa do art. 477 da CLT, entendo que a discussão judicial quanto à existência ou não da relação de emprego não afasta a mora quanto ao pagamento das parcelas resilitórias devidas ao empregado. Cumpre notar que a OJ 351 da SDI-1 do TST já foi inclusive cancelada, passando a prevalecer o entendimento de que a multa é devida, sim, nos casos de reconhecimento da relação de emprego, evitando-se premiar o tomador dos serviços que mantém o seu empregado na informalidade.

Adoto, no particular, a Súmula 58 deste Tribunal e a Súmula 462 do TST:

Súmula nº 58 - MULTA DO ART. 477, § 8º, DA CLT.

A circunstância de a relação de emprego ter sido reconhecida em juízo não afasta o direito à multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT.

Súmula nº 462 - MULTA DO ART. 477, § 8º, DA CLT. INCIDÊNCIA. RECONHECIMENTO JUDICIAL DA RELAÇÃO DE EMPREGO (Republicada em razão de erro material) - DEJT divulgado em 30.06.2016 . A circunstância de a relação de emprego ter sido reconhecida apenas em juízo não tem o condão de afastar a incidência da multa prevista no art. 477, §8º, da CLT. A referida multa não será devida apenas quando, comprovadamente, o empregado der causa à mora no pagamento das verbas rescisórias.

Quanto à alegação da reclamada acerca de estar em processo de recuperação judicial, observa-se que, de acordo com a Súmula 388 do TST, a massa falida não se sujeita às cominações dos arts. 467 e 477, § 8º, da CLT. Todavia, essa prerrogativa não é assegurada à empresa em recuperação judicial, condição em que se encontra a reclamada. Neste sentido, aliás, os seguintes julgados do TST e desta Turma:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI No 13.015/2014. MULTA PREVISTA NO ART. 477, § 8o, DA CLT. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

I. A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que a previsão constante da Súmula no 388 do TST apenas exclui a massa falida da penalidade prevista nos arts. 467 e 477 da CLT, não abrangendo, portanto, o caso da empresa reclamada encontrarse em recuperação judicial. II. Estando a decisão em conformidade com a jurisprudência iterativa e notória desta Corte Superior, emergem como óbices ao prosseguimento do recurso de revista o art. 896, § 7o, da CLT e a Súmula no 333 do TST. III. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento. (AIRR - 24207-



77.2013.5.24.0046 , Relator Desembargador Convocado: Ubirajara Carlos Mendes, Data de Julgamento: 11/04/2018, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/04/2018)

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ARTS. 467 e 477, § 8o, DA CLT. A empresa em recuperação judicial está sujeita às cominações previstas nos arts. 467 e 477, § 8o, da CLT, não sendo caso de adoção da Súmula 388 do TST, a qual trata apenas da massa falida. Recurso ordinário da primeira reclamada desprovido. (TRT da 4ª Região, 7ª Turma, 0020535-04.2019.5.04.0371 ROT, em 11/12/2020, Desembargador Wilson Carvalho Dias - Relator. Participaram do julgamento: Desembargadora Denise Pacheco e Juiz Convocado Joe Ernando Deszuta)

Quanto ao acréscimo do art. 467 da CLT, por outro lado, a negativa do vínculo de emprego é suficiente para tornar controvertido o direito às parcelas resilitórias e afastar a exigibilidade de qualquer pagamento por ocasião da audiência.

Por todo o exposto, dou provimento parcial ao recurso ordinário da reclamada para afastar a sua condenação ao pagamento do acréscimo previsto no art. 467 da CLT.

5. Adicional de insalubridade

A reclamada pretende afastar a condenação ao pagamento de adicional de insalubridade. Alega que, tendo em vista que não havia vínculo de emprego entre as partes, o adicional é indevido. Sustenta que a perícia por meio telepresencial impossibilita a análise do ambiente onde o reclamante supostamente trabalhou e acrescenta que impugnou o laudo apresentado.

O Juízo de origem (ID. 6230871) deferiu o pedido, nos seguintes termos:

Embora impugnada a conclusão pericial pelas reclamadas, as irrisignações não prosperam. Primeiro, veja-se que a utilização de EPIs não afasta a possibilidade de pagamento de adicional de insalubridade quando a utilização destes não tenha sido suficiente para reduzir os riscos à saúde do trabalhador. Nesse sentido, verifico que a compreensão retratada no laudo está em conformidade com as normas regulamentadoras, quer pela análise da documentação relativa aos EPIs, quer pela verificação do contexto de trabalho relatado (atividade desempenhada com habitualidade diária pelo autor) e retratado pela prova dos autos, conforme apreciado em item precedente. Segundo, ainda que a perícia não tenha ocorrido in loco, a atividade executada pelo autor na condição de gari, em contato com lixo urbano, restou demonstrada e reconhecida pela empregadora (Id. 609163d - Pág. 1, ainda que sob a tese da eventualidade), o que impõe análise qualitativa.

Assim, impõe-se afastar as impugnações da parte reclamada, remanescendo apenas discussão de índole técnica.

Diante desse cenário, por qualquer ângulo que se analise o enquadramento técnico em debate, sendo inequívoca a exposição do reclamante a agentes biológicos, reconheço, portanto, que este laborou em contato com agentes insalubres acima dos limites estabelecidos pela norma regulamentadora, sendo devido o adicional de insalubridade em grau máximo, a ser calculado com base no salário mínimo, com reflexos em aviso prévio, gratificação natalina, FGTS com 40% e férias com 1/3.



Analiso

A perita engenheira de segurança do trabalho Ingrid Bracht Lino (ID. 7eeb45a) realizou a inspeção por videoconferência, com a participação das partes, quando o reclamante descreveu as tarefas por ele realizadas sem oposição das reclamadas. Constatou no laudo que:

O Reclamante relatou que inicialmente recebia luvas de látex e nos últimos meses passou a receber luvas tipo multitalo, que poderiam ser substituídas somente as quintas-feiras e sábados.

As Reclamadas não anexaram aos autos, fichas de fornecimento de EPIs ao Autor.

Diante da ausência de documentos comprobatórios com relação ao fornecimento dos equipamentos, não é possível afirmar se a periodicidade de troca de EPIs foi adequada e tampouco se os equipamentos fornecidos estavam com os Certificados de Aprovação (C. A.) dentro do prazo de validade.

Deve ser salientado que as luvas fornecidas serviam como proteção mecânica para as mãos, porém não afastavam a exposição aos agentes biológicos típicos da função de lixeiro, aos quais estava exposto o Reclamante nas tarefas de coletar lixo.

[...]

O Reclamante era trabalhador da equipe de coleta de lixo urbano e descarga de lixo no transbordo, razão pela qual mantinha contato com agentes insalutíferos de acordo com o que preconiza a Portaria nº 3.214/78, NR-15, Anexo nº 14.

As atividades de coleta e industrialização do lixo encontram-se classificadas no Anexo nº 14 da Norma Regulamentadora 15, com a redação dada pela Portaria nº 12 de 12 de novembro de 1979, da Secretaria de Segurança e Medicina do Trabalho, como insalubres em grau máximo, face a exposição dos obreiros aos agentes biológicos.

O Autor ao coletar os sacos de lixo e ao descarregar o lixo no transbordo, mantinha contato cutâneo com resíduos do lixo urbano, como também com o líquido denominado chorume que escorria da compactadora.

A perita concluiu (ID. 7eeb45a) que as tarefas eram insalubres em grau máximo.

A recorrente não impugnam objetivamente a conclusão do Juízo de origem de que "ainda que a perícia não tenha ocorrido in loco, a atividade executada pelo autor na condição de gari, em contato com lixo urbano, restou demonstrada e reconhecida pela empregadora (Id. 609163d - Pág. 1, ainda que sob a tese da eventualidade), o que impõe análise qualitativa".

Observo que os recibos salariais (ID.15f1af8), juntados pelo segundo reclamado, demonstram que a primeira reclamada remunerava o adicional de insalubridade em grau máximo aos seus empregados que exerciam as mesmas tarefas do reclamante.



Desse modo, estando caracterizado o vínculo empregatício, como já analisado, é certo que o reclamante trabalhou com habitualidade para a primeira reclamada, fazendo jus ao adicional de insalubridade.

Nego provimento.

5. Horas extras. Intervalos intrajornada e interjornadas

A reclamada busca afastar sua condenação em horas extras e intervalos. Sustenta que, inexistindo relação de emprego entre as partes, não teria como haver controles de ponto a serem juntados. Argumenta que houve controvérsia entre os horários apontados na peça inicial e os relatados pela testemunha. Alega que não há prova suficiente de sobrejornada e que há ausência de credibilidade no depoimento da testemunha.

O Juízo de origem (ID. 6230871) assim decidiu:

Inexistindo os registros da jornada de trabalho efetivamente cumprida pelo reclamante, na forma da Súmula nº 338 do TST, há presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho declinada na inicial, a qual deve ser analisada de acordo com os limites da lide e a distribuição do ônus da prova, observando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Note-se que a única testemunha ouvida, a qual era colega de função do autor, informa "que iniciava a jornada às 7h e terminava por volta das 17h /18h, sendo que com frequência faziam atividades de apoio, quando então trabalhavam até 21h30/22h; que não usufruíam intervalo, fazendo a refeição na cabine do caminhão, entre as coletas; que o reclamante trabalhava no mesmo horário do depoente; que trabalhavam nesse horário de segunda a sábado".

Assim, fixo jornada de trabalho do autor como sendo de segunda-feira a sábado (salvo feriados - ausente alegação na inicial), das 7h30min às 18h, com 30 minutos de intervalo, sendo que, em três oportunidades na semana, trabalhava até 22h.

Acrescento que a jornada ora arbitrada representa um horário médio. Assim, eventuais ocasiões em que o reclamante trabalhou mais do que o horário fixado, estão abrangidas pela média fixada, o que faço a partir das máximas da experiência e de critérios de razoabilidade e de proporcionalidade, mormente em face da natureza da atividade desempenhada e em atenção à prova dos autos.

Assim, condeno a parte reclamada ao pagamento de horas extras, assim consideradas as excedentes da 8ª diária e da 44ª semanal, de forma não cumulada, apuradas com base na jornada de trabalho ora arbitrada, observado o adicional legal ou normativo (o mais benéfico ao trabalhador), com reflexos em repouso semanais remunerados, 13º salários, férias com um terço, aviso prévio e FGTS com 40%.

Não são devidos reflexos pelo aumento da média remuneratória decorrente da majoração do valor dos repouso semanais remunerados, diante do período do contrato de trabalho (Tema Repetitivo 9 do TST).

Para a base de cálculo das horas extras, deve ser observado o entendimento objeto da Súmula 264 do TST (inclusive adicional de insalubridade reconhecido). Aplicável o divisor 220. Não há dedução a ser autorizada.



Na esteira na jornada arbitrada, quanto ao intervalo intrajornada, defiro 30 minutos por dia de trabalho em que não respeitado o intervalo mínimo de uma hora, com adicional legal ou normativo - o mais benéfico -, com natureza indenizatória e, portanto, sem reflexos.

Ainda, defiro horas suprimidas do intervalo interjornadas mínimo de 11 horas, sem reflexos (a partir da vigência da Lei 13.467/17 - natureza indenizatória), conforme interpretação analógica da nova redação do art. 71, § 4º, da CLT.

Analiso

Reconhecida a relação jurídica de emprego, cabia à primeira reclamada o ônus da prova da jornada de trabalho do reclamante, do qual não se desincumbiu a contento, porquanto não juntou aos autos os controles de ponto do período e também não produziu prova testemunhal acerca da matéria.

Registro que o segundo reclamado juntou os controles de ponto dos empregados da primeira reclamada vinculados ao contrato administrativo (ID. 38b3788), nos quais verifico o cumprimento de jornadas extensas, com prestação de uma quantidade significativa de horas extras, inclusive em horários similares aos indicados pelo reclamante, a exemplo das jornadas do empregado MAX WILLIAN (ID. c43fa4b - Pág. 21); do empregado NERWIL (ID. c43fa4b - Pág. 44); e do empregado PAULO CESAR (ID. c43fa4b - Pág. 61).

Assim, ainda que não se valore o depoimento da testemunha trazida pelo reclamante, a jornada arbitrada na sentença deve ser mantida, pois é inferior à alegada na peça inicial (das 7h30 às 22h ou 24h, de segunda a sexta ou de segunda a sábado, sem intervalo, ID. 5360bab - Pág. 5).

Registro que a recorrente não impugna especificamente a conclusão de que a jornada fixada evidencia a supressão parcial dos intervalos intra e interjornadas.

Por conseguinte, é de ser mantida a condenação em horas extras e intervalos.

Nego provimento ao recurso.

6. Honorários sucumbenciais

A reclamada requer a exclusão da condenação ao pagamento de honorários, tendo em vista a suposta inversão da sucumbência.

O Juízo de origem (ID. 6230871) condenou a parte reclamada ao pagamento de honorários de sucumbência aos procuradores do reclamante, no patamar de 15% sobre o valor que resultar da liquidação da sentença.



Considerando que não houve a inversão da sucumbência, não há falar em exclusão da condenação ao pagamento de honorários.

Nego provimento.

B) RECURSO ORDINÁRIO DO SEGUNDO RECLAMADO

Responsabilidade subsidiária. Ente público

O segundo reclamado, DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE LIMPEZA URBANA, pretende afastar a sua responsabilidade subsidiária. Afirma que comprovou a efetiva fiscalização do contrato firmado com a primeira reclamada. Aduz que o reconhecimento judicial de vínculo de emprego não pode ser considerado como falha na fiscalização. Sustenta que não houve demonstração de nexo causal entre os danos sofridos pelo trabalhador e a suposta deficiência na fiscalização. Apregoa que não se admite a responsabilização objetiva da administração por mera presunção de culpa. Sustenta que apresentou farta documentação fiscalizatória. Afirma que a primeira reclamada foi contratada de forma regular e devidamente remunerada para satisfazer as obrigações para com seus empregados. Pontua que seu dever de fiscalização é de meio, não se cogitando de ingerência na empresa prestadora. Invoca inúmeros dispositivos legais.

O Juízo de origem (ID. 6230871) assim decidiu:

Emerge dos autos que a segunda reclamada celebrou contrato de prestação de serviços de coleta regular de resíduos sólidos urbanos com a primeira reclamada (Id. 4bf693d - Pág. 1), figurando como tomadora dos serviços prestados pelo reclamante.

[...]

No caso dos autos, todavia, não há prova documental a demonstrar a efetiva fiscalização mantida pelo ente público em relação ao contrato firmado com a primeira reclamada, cabendo notar que não basta apenas criar mecanismos fiscalizatórios se estes não tiverem o efetivo intento de preservar o feixe de direitos garantidos ao trabalhador. Pontua que houve sistemática e corriqueira inobservância de direitos trabalhistas, ignorados pela tomadora, inclusive quanto à formalização do vínculo de emprego.

Reputo, assim, caracterizada a culpa do ente público.

Ainda, não há comprovação de limitação temporal da prestação de serviços do autor, como pretendido pela segunda reclamada, encargo do qual não se desincumbiu.

Nesse contexto, condeno a segunda reclamada a responder de forma subsidiária pelos créditos resultantes da presente ação, não havendo que se falar em limitação, tampouco quanto à natureza das parcelas.

Examino.



O reclamante manteve relação de emprego com a primeira reclamada, B.A MEIO AMBIENTE LTDA, no período de 03.03.2020 a 25.06.2021, e prestou serviços na função de gari, em favor do segundo reclamado, DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE LIMPEZA URBANA, em decorrência do contrato de prestação de serviços celebrado entre os reclamados (ID. 4bf693d).

Não obstante não seja buscado na presente demanda o reconhecimento da relação de emprego com o segundo reclamado, a jurisprudência praticamente uniforme desta Justiça Especializada reconhece a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto às obrigações trabalhistas inadimplidas pelo empregador, ainda que aquele seja ente público. Referido entendimento está consagrado na Súmula 331, item V, do TST:

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

A Súmula 331 do TST está em consonância com os preceitos constitucionais, porquanto visa a assegurar os direitos sociais dos trabalhadores, previstos no art. 7º da Constituição, e a resguardar o valor social do trabalho, um dos fundamentos da República, garantido no art. 1º, inciso IV, da Constituição.

O STF, por sua vez, em sessão realizada em 26.04.2017, no julgamento do RE 760.931, fixou a tese de repercussão geral relativo ao tema 246, com o seguinte teor:

O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

É possível, portanto, somente a responsabilização subjetiva do ente público, quando a conduta contribuiu para a ocorrência do dano aos direitos trabalhistas do prestador dos serviços.

Com efeito, ainda que se entenda constitucional o art. 71, § 1º, da Lei 8.666, de 21.06.1993 - com a sua atual redação dada pela Lei 9.032/1995 -, conforme declarado pelo STF na ADC 16, o certo é que quando o ente público concorre com culpa, principalmente no seu dever de fiscalizar a atuação da empresa contratada, há culpa do tomador dos serviços a atrair a aplicação do art. 37, § 6º, da Constituição, bem como dos arts. 186 e 927 do Código Civil.



A exclusão da responsabilidade de que cuida o art. 71, § 1º, da Lei de Licitações somente é aplicada quando a Administração Pública satisfaz todas as prescrições atinentes às licitações e contratos administrativos, o que inclui a indispensável fiscalização sobre o cumprimento dos deveres, como empregadora, da prestadora de serviços.

Nesse sentido, o art. 121, § 2º, da Lei 14.133/2021, nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que revoga a Lei 8.666/93 após decorridos 2 (dois) anos da sua publicação, prevê que *"Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado."* (sublinhei), o que reforça a conclusão quanto à necessidade de fiscalização efetiva e eficaz do ente público para fins de afastar a sua responsabilização subsidiária.

No caso, houve culpa do ente público. Em primeiro lugar, é no mínimo questionável a legalidade da contratação de empregado para atuar diretamente em serviços de *"coleta regular de resíduos sólidos urbanos (domiciliares e públicos)"* (ID. 4bf693d - Pág. 1), por meio microempresa individual, tendo como tomador o Departamento Municipal de Limpeza Urbana. Já que se trata de serviço que diz respeito à própria razão de ser do DMLU. Correto seria, a meu ver, a realização de concurso público e a contratação direta de servidores. A opção pela terceirização de serviço ligado à atividade-fim, a rigor, não pode ter o efeito de eximir de qualquer responsabilidade o beneficiário final do trabalho prestado. De qualquer forma, houve inegável culpa do tomador dos serviços, a quem competia fiscalizar com rigor o cumprimento de todas as obrigações contratuais da primeira reclamada, entre elas a estrita observância da legislação trabalhista. O contrato firmado entre os demandados tem previsão expressa autorizando esta fiscalização pelo tomador dos serviços, como verifico nas cláusulas 7ª a 9ª (ID. 4bf693d - Pág. 4-9).

Ainda que o recorrente tenha exercido certa fiscalização, como evidenciam, por exemplo, os controles de validade das certidões negativas de regularidade dos tributos municipais, estaduais e federais, bem como da situação regular perante o FGTS e a Previdência Social da primeira reclamada (ID. aecb6c3), tal não foi suficiente para evitar o descumprimento de outras obrigações trabalhistas básicas, tendo a empregadora sido condenada ao pagamento, por exemplo, ao pagamento do adicional de insalubridade em grau máximo, tendo em vista que a prestação de serviços abarcava a coleta de lixo.

Além disso, no caso dos autos, entendo que restou demonstrada a conduta culposa do DMLU em relação ao seu dever de fiscalização, pois ficou demonstrada a ocorrência de fraude pela contratação de pessoa jurídica, com o objetivo de burlar a legislação trabalhista.



Naturalmente, a responsabilização em questão não ofende o disposto no art. 97 da Constituição, porquanto a identificação da norma jurídica aplicável ao caso concreto, por si só, não implica a declaração de inconstitucionalidade das demais.

Também não há ofensa ao princípio da legalidade insculpido nos art. 5º, II, e 37, caput, da Constituição, pois a responsabilidade, como visto, decorre não só de disposições legais como de preceitos constitucionais.

Com relação à Súmula Vinculante 10 do STF ("**Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte**"), esta não é maculada pelo entendimento ora externado, já que a inaplicabilidade do art. 71 da Lei 8.666/93 decorreu, exclusivamente, das peculiaridades do caso concreto.

Por todo o exposto, mantenho a sentença quanto à responsabilização subsidiária do segundo reclamado, não havendo ofensa aos dispositivos constitucionais e legais invocados.

Provimento negado.

C) RECURSO ADESIVO DO RECLAMANTE

Indenização por dano moral

O reclamante busca a condenação dos reclamados ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R\$ 5.000,00. Sustenta que a ausência de anotação de CTPS configura ofensa aos direitos de personalidade.

O Juízo de origem (ID. 6230871) indeferiu a indenização, porquanto "*a simples inobservância de direitos trabalhistas, ou mesmo, no caso dos autos, descumprimentos contratuais, além de anotação da CTPS, não são circunstâncias aptas a caracterizarem a ocorrência de dano moral in re ipsa. [...] sendo relevante notar que as lesões suportadas pelo autor possuem natureza patrimonial e foram enfrentadas nos itens precedentes*".

Merece ser provido o recurso.

No âmbito da relação de emprego, há dano moral praticado pelo empregador quando se tratar de ação dolosa ou culposa deste e que atente contra a honra, a intimidade, a vida privada ou a imagem do trabalhador (CF, art. 5º, V e X), bem como contra outros direitos de personalidade. É conhecida, também, a posição doutrinária que identifica o dano moral quando há violação à dignidade da pessoa humana,



defendendo, por exemplo, MARIA CELINA BODIN DE MORAES que "**De fato, não será toda e qualquer situação de sofrimento, tristeza, transtorno ou aborrecimento que ensejará a reparação, mas apenas aquelas situações graves o suficiente para afetar a dignidade humana em seus diversos substratos materiais, já identificados, quais sejam, a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade familiar ou social, no plano extrapatrimonial em sentido estrito.**" (in Danos à Pessoa Humana, Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais, Ed. Renovar, São Paulo, 2009, pp. 188-189).

Embora normalmente esta Turma julgadora não reconheça a existência de dano moral indenizável nos casos em que há o reconhecimento judicial da relação de emprego, penso que a situação dos autos é peculiar. O autor nada mais era que um coletor de lixo que foi alijado intencionalmente, pela reclamada, de toda e qualquer proteção da legislação trabalhista. Trabalhava em conjunto com outros trabalhadores registrados, em situação de total desigualdade, de forma ofensiva à sua dignidade. Enquadrar como microempreendedor individual um coletor de lixo é uma fraude flagrante a todo o sistema jurídico de proteção ao trabalho digno.

Nesse sentido já decidiu esta Turma em caso envolvendo a mesma reclamada:

VÍNCULO DE EMPREGO. COLETOR DE LIXO. DANO MORAL.

Caso em que a primeira reclamada admitiu a contratação do reclamante para prestar serviço autônomo na condição de coletor de lixo, como microempreendedor individual, embora o trabalho fosse prestado diariamente, com todos os elementos próprios da relação de emprego. É flagrante, nessa situação, a grave violação a todo o sistema legal de proteção ao trabalho, a atrair a aplicação do art. 9º da CLT, sendo impositiva a manutenção da sentença quanto ao reconhecimento da relação de emprego. Além disso, é inegável que o autor trabalhava em situação de total desigualdade em relação a outros trabalhadores devidamente registrados e que atuavam na mesma função, de forma ofensiva à sua dignidade, ensejando também a condenação da reclamada ao pagamento de indenização por dano moral. (TRT da 4ª Região, 7ª Turma, 0020535-50.2020.5.04.0021 ROT, em 27/09/2023, Desembargador Wilson Carvalho Dias - Relator)

Assim, dou provimento ao recurso adesivo do reclamante para acrescer à condenação o pagamento de indenização por dano moral, o qual arbitro em R\$ 5.000,00, valor postulado na petição inicial e que considero suficiente para compensar a vítima e para resguardar o caráter pedagógico da condenação, de modo a dissuadir a reclamada a prosseguir com a prática danosa.

WILSON CARVALHO DIAS

Relator

VOTOS



Assinado eletronicamente por: WILSON CARVALHO DIAS - 14/08/2024 18:41:01 - 4897e91
<https://pje.trt4.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=24052223313403000000086777175>
Número do processo: 0020620-32.2021.5.04.0011
Número do documento: 24052223313403000000086777175
ID. 4897e91 - Pág. 17

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADOR WILSON CARVALHO DIAS (RELATOR)

JUIZ CONVOCADO MARCELO PAPALÉO DE SOUZA

DESEMBARGADOR JOÃO PEDRO SILVESTRIN

