

Acórdão: 0020094-29.2023.5.04.0841 (ROT)

Redator: MARCOS FAGUNDES SALOMAO

Órgão julgador: 3ª Turma

Data: 10/07/2025



PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA DO TRABALHO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

Identificação

PROCESSO nº 0020094-29.2023.5.04.0841 (ROT)

RECORRENTE: _____

RECORRIDO: _____

RELATOR: MARCOS FAGUNDES SALOMAO

EMENTA

Ementa: DIREITO DO TRABALHO. RECURSO ORDINÁRIO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO.

APENADO EM REGIME ABERTO. APLICAÇÃO DA CLT. RECURSO DO RECLAMADO DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Recurso ordinário do reclamado contra sentença que reconheceu vínculo empregatício com reclamante que cumpria pena em regime aberto, argumentando que o trabalho do apenado não se sujeita à CLT.

2. Decisão recorrida. A sentença reconheceu o vínculo empregatício, considerando que o reclamante cumpria pena em regime aberto e domiciliar, com autorização para trabalho externo, e que a relação trabalhista se submete à CLT.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. A questão em discussão consiste em definir se a relação empregatícia entre o reclamante, cumprindo pena em regime aberto, e o reclamado configura-se como vínculo de emprego regido pela CLT ou se a Lei de Execuções Penais (LEP) prevalece, considerando a natureza da prestação de serviços e a ausência de voluntariedade do reclamante.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. A prestação de serviços do reclamante, cumprindo pena em regime aberto e domiciliar, com autorização judicial para trabalho externo, configura vínculo empregatício, mesmo que a LEP disponha que o trabalho do preso não está sujeito ao regime da CLT.

5. A interpretação restritiva do art. 28, §2º, da LEP, aplica-se apenas a presos em regime fechado, no qual ausente o elemento volitivo.

6. A jurisprudência do TRT da 4ª Região reconhece a possibilidade de vínculo empregatício para apenados em regime semiaberto e aberto, desde que presentes os requisitos da CLT.

7. A sentença reconheceu a prestação de serviços de forma pessoal, subordinada, habitual e onerosa, e a ausência de óbice legal ao reconhecimento do vínculo empregatício.

IV. DISPOSITIVO E TESE

8. Recurso ordinário desprovido.

Tese de julgamento: O trabalho de apenado em regime aberto, autorizado judicialmente, configura vínculo empregatício, sujeito à CLT, se presentes seus requisitos.

Dispositivos relevantes citados: CLT, arts. 2º, 3º, 818; CPC, art. 373, II; CF/1988, art. 5º, XIII; CF/1988, art. 6º; LEP, art. 28, § 2º; LEP, art. 36; CLT, art. 477, § 8º.

Jurisprudência relevante citada: TST, Súmula nº 212; TRT da 4ª Região, 6ª Turma, 000092957.2014.5.04.0373 RO, j. 04.02.2016, Rel. Desembargador José Felipe Ledur; TRT da 4ª Região, 9ª Turma, 0000146-06.2012.5.04.0771 RO, j. 09.05.2013, Rel. Desembargadora Carmen Gonzalez.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por unanimidade, **DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE** para fixar o percentual de honorários sucumbenciais devidos pelo reclamado em 15% sobre o valor liquidado da condenação, ficando suspensa a exigibilidade, nos termos do art. 791-A, § 4º, da CLT, excluída a possibilidade de compensação dos valores devidos com créditos obtidos em outras ações. Ainda, por unanimidade, **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMADO**, _____. Valor da condenação inalterado para os fins legais.

Intime-se.

Porto Alegre, 30 de junho de 2025 (segunda-feira).

RELATÓRIO

Inconformadas com a sentença de parcial procedência da ação (ID. d891a68), as partes recorrem.

O primeiro reclamado, _____, no recurso ordinário de ID. 0bbc08b, busca a reforma da sentença quanto às seguintes matérias: incompetência da Justiça do Trabalho; ausência de vínculo empregatício; e condenação por litigância de má-fé.

O reclamante, no recurso ordinário de ID. 4331bf3, busca a reforma da sentença quanto às seguintes matérias: adicional de insalubridade; multa do art. 467 da CLT; indenização por dano moral; justiça gratuita e honorários sucumbenciais.

São apresentadas contrarrazões pelo reclamante (ID. 971c775); e pelo reclamado _____ (ID. 111bc65).

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O reclamante pretende o reconhecimento do vínculo de emprego no período compreendido entre 25/04/2022 a 18/03/2023. Afirma que desempenhou as funções de Borracheiro, com salário de R\$ 650,00 por semana, tendo sido dispensado sem justa causa. Defende que, apesar de contratado pelo primeiro reclamado, _____, prestou serviços à segunda reclamada, _____.

Ainda, a presente reclamatória foi ajuizada em 10/05/2023.

Diante disso, a análise do direito material envolvido na presente decisão será feita à luz da legislação trabalhista vigente à época dos fatos discutidos, adotando-se a tese fixada no julgamento do IncJulgRREmbRep - 528-80.2018.5.14.0004 pelo TST, Tema nº 23:

A Lei nº 13.467/2017 possui aplicação imediata aos contratos de trabalho em curso, passando a regular os direitos decorrentes de lei cujos fatos geradores tenham se efetivado a partir de sua vigência.

Ou seja, **as alterações introduzidas pela Lei nº 13.467/2017 incidem, unicamente, aos fatos ocorridos a partir da sua vigência e se não houver norma interna ou coletiva que preveja direito mais benéfico ao empregado, bem como disposição contida no contrato de trabalho que lhe seja mais favorável** .

Em relação às normas de direito processual, cito o art. 1º da Instrução Normativa nº 41/2018 do TST, editada pela Resolução nº 221/2018:

Art. 1º A aplicação das normas processuais previstas na Consolidação das Leis do Trabalho, alteradas pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, com eficácia a partir

de 11 de novembro de 2017, é imediata, sem atingir, no entanto, situações pretéritas iniciadas ou consolidadas sob a égide da lei revogada.

I - MÉRITO

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMADO, _____

INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

O reclamado _____pretende a reforma da sentença que deixou de reconhecer a incompetência da Justiça do Trabalho. Alega que o reclamante prestou serviços como borracheiro enquanto cumpria pena em regime aberto. Sustenta que o trabalho era autorizado pelo juízo criminal, nos termos da Lei de Execução Penal (LEP). Acrescenta que o trabalho do preso possui finalidade educativa e produtiva, não se sujeitando à CLT, nos termos do art. 28, § 2º, da LEP. Defende que a relação jurídica se dá entre o preso e o Estado, mesmo quando o trabalho é realizado em empresa privada. Menciona precedentes do TRT4 e TST que corroboram sua tese. Busca a extinção do processo, sem resolução do mérito, por incompetência da Justiça do Trabalho.

Na sentença, assim foi decidido sobre a matéria (ID. d891a68):

1- Considerando que o reclamante postula o reconhecimento de

vínculo de emprego com os reclamados, alegando que lhes prestou serviços na condição fática de empregado, resta caracterizada a competência da Justiça do Trabalho para apreciação da presente ação, na forma do art. 114 da CF.

A questão atinente ao deferimento ou não de tal pedido diz respeito ao mérito da ação, a ser analisado oportunamente.

Rejeito a preliminar de incompetência.

Conforme decidido na origem, uma vez postulado o reconhecimento de vínculo de emprego, não há dúvida de que a competência é da Justiça do Trabalho para processar e julgar o feito, a teor do art. 114 da Constituição Federal, que disciplina:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

[...]

IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

Como se vê, ainda que o mérito da ação seja julgado improcedente, a relação de trabalho havida entre as partes, seja ou não de natureza empregatícia, deve ser apreciada por esta Justiça Especializada.

Nada a prover.

VÍNCULO DE EMPREGO

O reclamado pretende a reforma da sentença que reconheceu o vínculo de emprego com o reclamante. Alega que ele, cumprindo pena em regime semiaberto, prestava serviços em conformidade com a Lei de Execuções Penais. Sustenta que a prestação de serviços visava à ressocialização, sem a voluntariedade inerente às relações trabalhistas. Acrescenta que o trabalho do apenado não se sujeita à CLT. Defende a inexistência de vínculo empregatício, buscando a improcedência total da ação.

A sentença foi assim proferida (ID. d891a68):

3- O reclamado _____ não nega a prestação de serviços pelo reclamante no período de 25.04.2022 a 18.03.2023, no cargo de borracheiro, com salário inicial de R\$355,00 por semana e 650,00 por semana ao final do período, conforme informado na petição inicial. Ou seja, é incontroversa a prestação de serviços de forma pessoal, subordinada, habitual e onerosa.

A tese da defesa limita-se à inexistência de vínculo de emprego, e, portando, de direito às vantagens previstas na CLT, em face da condição de apenado do reclamante.

Sem razão.

O trabalho do indivíduo condenado criminalmente é regulado pela Lei nº 7.210/1984 - Lei de Execução Penal.

A princípio, o trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo dispõe o parágrafo 2º do artigo 28 da LEP, pois o preso não possui a liberdade de escolher para quem pretende trabalhar. O contrato de trabalho é de natureza privada, de sorte que a manifestação de vontade do trabalhador em aceitar aquele determinado emprego torna-se elemento necessário.

Todavia, o referido dispositivo deve ser interpretado à luz da Constituição Federal, que em seu art. 5º, inciso XIII, assegura o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. Além disso, o art.6º, "caput", da Lei Maior, garante a todos o direito ao trabalho digno, sem qualquer exceção. Assim sendo, conclui-se que a regra prevista no §2º do art. 28 da LEP - de que o trabalho do preso não está sujeito ao regime da CLT - deve ser aplicada de maneira restritiva, ou seja, apenas ao trabalhador apenado que esteja cumprindo pena privativa de liberdade no regime fechado, situação na qual ausente a presença de qualquer elemento volitivo (art.36 da LEP).

O Conselho Nacional de Justiça, ao publicar a Cartilha do Empregador, em 2011, reconhece, inclusive, que:

Embora a lei seja omissa a respeito, entende-se que há vínculo de emprego, e a remuneração deve ser igual à do trabalhador livre na hipótese em que o contratado for preso em regime aberto e domiciliar. Em outras palavras, a relação de trabalho do apenado em regime aberto e domiciliar é regida pela CLT (se presentes os requisitos do vínculo de emprego), em condições idênticas às dos empregados em geral - pág. 18.[3]

No presente caso, o reclamante, que se encontrava cumprindo pena em regime aberto, recebeu proposta de emprego do reclamado em 04.11.2021 (fl. 264), teve deferida autorização de trabalho externo pelo Juízo da Vara Adjunta de Execuções Criminais em 20.04.2022 (fls. 277/279), bem como, em 25.04.2022, teve deferido o cumprimento da pena em prisão domiciliar, mediante monitoramento eletrônico (fls. 311/312), e iniciou a trabalhar para o reclamado, não havendo dúvidas que o trabalho foi prestado nas mesmas condições em que realizado pelos demais trabalhadores.

[...]

Diante do exposto, não há como enquadrar o reclamante na relação de trabalho prevista no art.28, §2º, da LEP, não prosperando a tese da defesa no sentido de que o reclamante, pelo simples fato de se encontrar cumprindo pena, não estaria ao abrigo da CLT, não detendo a condição de empregado e não tendo direito a qualquer direito trabalhista.

Por fim, considerando que o reclamado não formalizou qualquer tipo de rescisão do contrato nem comprova a alegação de abandono de emprego, impõe-se, forte no princípio da continuidade da relação de emprego, acolher a tese da petição inicial quanto à extinção do contrato mediante despedida sem justa causa. Incidente, no particular, a Súmula 212 do TST.

Assim sendo, defiro os pedidos de **a)** reconhecimento da existência de vínculo de emprego entre as partes no período de 25.04.2022 a 17.04.2023 (já computado o período do aviso-prévio indenizado de 30 dias), na função de borracheiro, com salário inicial de R\$355,00 por semana, e de R\$650,00 por semana a partir de 01.03.2023, extinto mediante despedida sem justa causa; **b)** anotação da CTPS do reclamante; e **c)** pagamento das seguintes parcelas:

- aviso-prévio indenizado de 30 dias;
- 8/12 de 13º salário proporcional relativo ao ano de 2022;
- 4/12 de 13º salário proporcional, relativo ao ano de 2023;
- férias integrais, com 1/3;
- FGTS com 40% incidente sobre verbas salariais já pagas e ora deferidas;
- indenização do seguro-desemprego[4]
- multa do art. 477, § 8º, da CLT[5]. [...] (Sublinhei)

O art. 3º da CLT traz a definição de empregado como sendo "[...] toda a pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário". O art. 2º da CLT define o empregador como a empresa, individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços. Assim, essencial à caracterização da relação de emprego a presença da subordinação, da pessoalidade, da remuneração mediante salário e da não eventualidade.

No que tange ao ônus da prova, quando negada a prestação de serviços, incumbe à parte reclamante o ônus de demonstrar os elementos caracterizadores da relação de emprego, fatos

constitutivos do seu direito. Entretanto, admitida a prestação de serviços, mas negada a relação jurídica de emprego, inverte-se o ônus probatório, que passa a ser do suposto empregador, a teor dos arts. 818 da CLT e 373, II, do CPC.

Sabe-se que, em havendo a prestação de serviços, presume-se a existência de relação de emprego. Os elementos que formam este liame estão presumidamente presentes na prestação de serviços. Cabe ao alegado empregador a prova da ausência de um ou mais elemento formador.

No caso, é incontroversa a prestação de serviços, remanescendo a discussão acerca da possibilidade de reconhecimento de vínculo, tendo em vista que o reclamante estava cumprindo pena em regime aberto até 25/04/2022, quando passou a cumprir pena em regime domiciliar. Conforme já mencionado pelo Juízo, em 20/04/2022, o reclamante foi autorizado a prestar trabalho externo pelo Juízo de Execução penal (ID. f2bdd57).

Compartilho do entendimento de origem no sentido de que inexistente óbice ao reconhecimento de vínculo de emprego.

A despeito da previsão contida no § 2º do art. 28 da LEP, segundo a qual o trabalho do preso não está sujeito ao regime da CLT, deve-se ponderar que, na hipótese, o reclamante estava cumprindo pena em regime domiciliar, tendo sido autorizado a prestar trabalho externo, de modo que a relação foi estabelecida com o reclamado sem qualquer restrição, por livre adesão das partes. Nessa linha, submete-se à integralidade das normas celetistas, tal como decidiu o Juízo na origem que, inclusive, adotou a interpretação atribuída pelo CNJ a respeito da matéria, conforme transcrito na sentença.

No mesmo sentido, cito os julgamentos proferidos por este TRT:

TRABALHO DO APENADO. REGIME SEMIABERTO.

O trabalho do apenado em regime semiaberto não inviabiliza o reconhecimento de vínculo empregatício. Ao dispor que o "trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho", o art. 28, §2º, da Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais) merece interpretação sistemática com o art. 36 da mesma Lei, ao tratar do trabalho externo do preso em regime fechado. Em suma, é inerente à própria lógica dos regimes semiaberto e aberto a possibilidade de vínculo empregatício. Interpretação em sentido diverso contrariaria o valor social do trabalho, fundamento da República brasileira, a teor do art. 1º, IV, da Constituição Federal. (TRT da 4ª Região, 6ª Turma, 0000929-57.2014.5.04.0373 RO, em 04/02/2016, Desembargador José Felipe Ledur - Relator. Participaram do julgamento: Desembargador Raul Zoratto Sanvicente, Desembargador Fernando Luiz de Moura Cassal)

RELAÇÃO DE EMPREGO. APENADO EM REGIME ABERTO. A exceção contida na Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais - LEP), que determina que não são aplicáveis as normas contidas na CLT ao trabalho do apenado, é dirigida apenas aos apenados em regime fechado, sendo possível o reconhecimento do vínculo de emprego, se preenchidos os requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT, ao trabalho externo dos apenados em regime semiaberto e aberto. Vínculo de emprego reconhecido,

determinando-se o retorno dos autos ao juízo de origem para exame dos pedidos formulados na petição inicial. (TRT da 4ª Região, 9ª Turma, 000014606.2012.5.04.0771 RO, em 09/05/2013, Desembargadora Carmen Gonzalez

*-
Relatora. Participaram do julgamento: Desembargador Marçal Henri dos Santos Figueiredo, Desembargador André Reverbel Fernandes)*

Nessa trilha, diante da incontroversa prestação de serviços e da inexistência de qualquer óbice, acertada foi a sentença que reconheceu o vínculo empregatício entre o reclamante o primeiro reclamado, tendo deferido as parcelas pertinentes.

Mantida a condenação, não há falar em reversão dos ônus da sucumbência.

Recurso não provido.

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

O reclamado pretende a reforma da sentença quanto à rejeição do pedido de condenação do reclamante às penas da litigância de má-fé. Alega que o reclamante omitiu que a relação jurídica decorria da Lei de Execuções Penais, distorcendo os fatos. Sustenta que o reclamante agiu com malícia para buscar enriquecimento ilícito. Acrescenta que o reclamante postulou verbas indevidas. Cita jurisprudência do TRT4 sobre litigância de má-fé. Requer a condenação do reclamante por litigância de má-fé, com base no art. 793-C da CLT.

A sentença foi proferida nos termos que seguem:

8- Indefiro a condenação da parte reclamante como litigante de má-fé, uma vez que não incorre em nenhuma das condutas previstas no art. 793-B da CLT.

O art. 793-B da CLT assim disciplina:

Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidente manifestamente infundado;

VII interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Verificadas as condutas aludidas, incumbe ao Juiz prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça e aplicar, inclusive de ofício, as penalidades por litigância de má-fé (art. 793C da CLT), em qualquer fase processual.

No caso dos autos, não verifico a ocorrência de quaisquer das condutas mencionadas no dispositivo legal supramencionado. Eventual obstáculo ao direito vindicado consiste em matéria de defesa, não havendo falar em má-fé.

Nada a prover.

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

O reclamante pretende a reforma da sentença quanto ao adicional de insalubridade indeferido. Alega ter trabalhado como borracheiro, exposto a agentes insalubres. Sustenta que utilizava cola plástica, gasolina e "pache" frio e quente, sem ter recebido o devido adicional. Menciona o laudo pericial, que atestou insalubridade em grau médio. Requer o pagamento do adicional de insalubridade em grau médio (20%) e reflexos.

A sentença foi proferida nos termos que seguem (ID. d891a68):

4- O perito técnico, após perícia realizada em 31.08.2023, conclui pela existência de insalubridade em grau médio nas atividades realizadas pelo reclamante, pelo uso de cimento vulcanizante no remendo de pneus, cuja composição contém butanona, nos termos da NR-15, Anexo n.º 11, da Portaria n.º 3.214/1978.

Esclarece que, dentre as atividades realizadas pelo autor, está a de fazer o remendo de pneus, utilizando PATCH (remendo) quente e frio, com o auxílio de colas da marca VIPAL.

Quanto ao uso da gasolina, atividade negada pelo reclamado, o perito afirma que, acaso comprovada a versão do reclamante quanto ao aspecto, a presença do álcool etílico anidrido (presente na composição do produto), tem sua classificação como agente insalubre em grau mínimo, conforme o disposto no Anexo 11 da NR 15.

No laudo complementar, às fls. 708/713, o perito esclarece que foi relatado pelo reclamante o uso de "cola da marca Vipal", sem especificar o produto. Diante de tal informação, fez constar no laudo a "Cola Vulk Vipal[6], além do "Cimento Vulcanizante Vipal[7], por se tratar também de um produto colante da marca Vipal para remendos de pneus. Assevera, ainda, que o reclamado refere nos quesitos o uso de "cimento vulcanizante", não se referindo especificamente (e unicamente) ao uso da "Cola Vulk Vipal". O reclamado confirma apenas o uso da cola Vulk Vipal conforme manifestação e documento das fls. 635/638 - que, conforme o laudo pericial, não contém nenhum componente químico capaz de caracterizar insalubridade (fl. 710).

O reclamante não comprova[8] o uso de cimento vulcanizante, nem tampouco o uso sistemático de gasolina nas atividades de reforma de pneus.

No vídeo que mostra o acidente ocorrido não é possível verificar se a explosão decorreu efetivamente da atividade de recolocar pneus sem câmara com técnica que exige o uso de gasolina - conforme alegado pelo reclamante - podendo ter sido proveniente de qualquer outra causa que fizesse o pneu explodir.

Assim sendo, deixo de acolher a conclusão do laudo pericial (fls. 613/632 e 708/713) quanto à existência de insalubridade, seja em grau médio, seja em grau mínimo, nas atividades do reclamante.

Indefiro o pedido de adicional de insalubridade. (Sublinhei)

O contrato perdurou de 25/04/2022 a 18/03/2023, tendo o reclamante desempenhados as funções de Borracheiro.

Quando da realização da perícia, as atividades do reclamante foram assim descritas ao perito (ID. 1bc2a29):

- *Retirar pneus dos aros de carros, caminhões, tratores e ônibus;*
- *Fazer o remendo de pneus, utilizando PATCH (remendo) quente e frio, com o auxílio de colas da marca VIPAL;*
- *Recolocar pneus sem câmara nos aros com técnica que exige o uso de gasolina (utilizava garrafa de 600 mililitros com gasolina na atividade, que enchia em galão de 05 litros que havia no local).*

[...]

O Reclamado discordou apenas da atividade de recolocar pneus sem câmara nos aros com técnica que exige o uso de gasolina.

Acrescentou, ainda, que possui bomba de ar no estabelecimento, equipamento que torna desnecessária a técnica com uso de gasolina.

O Perito considerou no laudo o uso dos seguintes produtos químicos:

Os produtos que eram utilizados nas tarefas do Reclamante eram:

- *Gasolina Composição química (FISPQ): Gasolina (72,2 - 87%), Álcool Etílico Anidrido (18 - 27,5%) e Benzeno (<1,0%).*
- *Cola Vulk VIPAL Composição química (FISPQ): Destilados (petróleo), ricos em C6 70 - 100%), Óxido de Zinco (1 - 2%) e Benzeno (<0,1%).*
- *Cimento Vulcanizante VIPAL Composição química (FISPQ): Destilados (petróleo), ricos em C6 50 - 70%), Butanona (25 - 35%), Ciclohexil(etil)amina (1 - 2%) e Benzeno (<0,1%).*

Considerando a presença de álcool etílico e butanona na gasolina e de cimento vulcanizante nas atividades do reclamante, diante da ausência de documentos obrigatórios que comprovassem que os limites descritos na norma foram observados (Anexo 11 da NR- 15), o perito concluiu haver insalubridade em grau médio e, uma vez demonstrado o uso de gasolina, haveria insalubridade em grau mínimo.

Contudo, por ocasião da complementação ao laudo, o perito esclareceu que a Cola Vulk Vipal, com a qual o reclamante mantinha contato, não possui nenhum componente químico que caracterize

insalubridade, na forma da NR-15. Ainda, considerando a manifestação do reclamado, o perito esclareceu que não foi especificado o produto utilizado, tendo referido o Cimento Vulcanizante VIPAL por se tratar de substância colante da mesma marca que a cola indicada. Quanto ao contato com gasolina, ponderou que o reclamado contestou a informação de que havia a utilização pelo reclamante.

Ponderados estes elementos, o perito referiu, no laudo complementar, que o uso de cimento vulcanizante Vipal, se demonstrado, configuraria a insalubridade em grau médio.

Entretanto, não foi produzida qualquer prova acerca do uso de cimento vulcanizante Vipal e de gasolina pelo reclamante no desempenho das funções de Borracheiro.

Sendo assim, compartilho do entendimento do Juízo no sentido de que, não demonstrado o uso de cimento vulcanizante Vipal, tampouco de gasolina nas atividades do reclamante, não é devido o adicional de insalubridade postulado.

Nada a prover.

MULTA DO ART. 467 DA CLT

O reclamante pretende a reforma da sentença que indeferiu o pedido de condenação da reclamada ao pagamento de multa do art. 467 da CLT. Sustenta que, diante do reconhecimento de vínculo, é incontroverso que não houve o pagamento das parcelas rescisórias devidas, incidindo a multa em questão.

A sentença foi assim prolatada (ID. d891a68):

Indefiro o pedido de multa do art. 467 da CLT, tendo em vista que inexistentes verbas rescisórias incontroversas.

A norma do art. 467 da CLT dispõe que:

Em caso de rescisão de contrato de trabalho, havendo controvérsia sobre o montante das verbas rescisórias, o empregador é obrigado a pagar ao trabalhador, à data do comparecimento à Justiça do Trabalho, a parte incontroversa dessas verbas, sob pena de pagá-las acrescidas de cinquenta por cento.

(sublinhei)

No caso, as parcelas rescisórias não foram adimplidas.

Entretanto, retomando entendimento anteriormente adotado, entendo que o reconhecimento do vínculo de emprego judicialmente obsta o direito, sendo indevida a multa prevista no art. 467 da CLT.

O entendimento sobre a matéria também está consolidado pelo TST, no julgamento do Tema nº 120, no qual fixada a seguinte tese de repercussão geral:

É indevida a multa do art. 467 da CLT no caso de reconhecimento em juízo de vínculo de emprego, quando impugnada em defesa a natureza da relação jurídica.

Recurso não provido.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

O reclamante pretende a reforma da sentença a fim de que seja deferida a indenização por danos morais decorrentes da ausência de anotação da CTPS e de pagamento das parcelas rescisórias.

A sentença foi assim proferida (ID. d891a68):

6- Conforme a atual jurisprudência do TST, o descumprimento de obrigações contratuais em geral - tais como ausência de registro de CTPS, de recolhimento de FGTS e de pagamento de parcelas rescisórias - ainda que constituam atos ilícitos, só são tidos como caracterizadores de dano moral em caso de prova de prejuízo efetivo.

[...]

Considerando que no presente caso não há indício de constrangimentos específicos na forma definida pelo TST, indefiro o pedido de indenização por dano moral quanto ao particular.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, V, X e XXXV, dispõe sobre a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando o direito de apreciação pelo Judiciário da lesão ou ameaça a direito, bem como de indenização pelo dano sofrido na esfera extrapatrimonial. De acordo com o Código Civil, a responsabilidade será imputada quando configurada a hipótese do art. 927 : *"Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo"*. O art. 953, por sua vez, prevê a reparação de dano consistente em ofensa à honra da vítima.

O entendimento que se tem sobre o assunto é que o dano moral, ao contrário do dano material, não depende necessariamente da ocorrência de algum prejuízo palpável. O dano moral, em verdade, na maior parte das vezes, resulta em prejuízo de ordem subjetiva, cujos efeitos se estendem à órbita do abalo pessoal sofrido pelo ato que lhe ensejou. Nessa esteira, a prova do dano há que ser analisada de acordo com o contexto em que se insere a hipótese discutida, sendo que o resultado varia de acordo com a realidade havida em cada situação específica. Assim, apenas havendo elementos suficientes nos autos para que se alcance o efetivo abalo produzido pelo ato danoso é que se pode cogitar em dano moral.

No caso, foi reconhecido o vínculo de emprego e deferidas as parcelas rescisórias decorrentes.

Entendo que a ausência de anotação da relação jurídica de trabalho na CTPS, ainda que em parte do contrato, constitui ato ilícito, pois se trata da mais elementar obrigação do empregador (art. 29 da CLT). É o trabalhador que, embora alienando sua força de trabalho, se vê alijado da inserção social, da proteção previdenciária e assistencial, e do próprio consumo, pois sequer emprego e renda consegue comprovar face à ausência de contrato formal de emprego.

No entanto, por política judiciária, passo a adotar o entendimento consolidado sobre a matéria, pelo TST, no julgamento do Tema nº 60, no qual fixada a seguinte tese de repercussão geral:

A ausência de anotação do vínculo de emprego na Carteira de Trabalho não caracteriza dano moral in re ipsa, sendo necessária a comprovação de constrangimento ou prejuízo sofrido pelo trabalhador em seu patrimônio imaterial para ensejar a reparação civil, nos termos dos arts. 186 e 927 do Código Civil.

Da mesma forma, entendo evidente o constrangimento pessoal e a angústia suportados em decorrência do não pagamento das parcelas rescisórias, pois o trabalhador não sabe quando serão disponibilizados os valores necessários à sua subsistência. Existem regras para o seu pagamento, principalmente em relação ao prazo, exatamente para que não haja discricionariedade do empregador e para que possa o empregado dispor de sua programação financeira de forma ordenada. A quebra dessa lógica gera abalo moral por parte do empregado, que prestou o serviço e não dispôs de sua remuneração no prazo legal.

No entanto, também por política judiciária, passo a adotar a tese obrigatória fixada, pelo TST, no Incidente de Recurso Repetitivo nº 143:

A ausência ou o atraso na quitação das verbas rescisórias, por si só, não configura dano moral indenizável, sendo necessária a comprovação de lesão concreta aos direitos de personalidade do trabalhador.

Desta forma, não comprovada a lesão concreta aos direitos de personalidade do empregado, é indevida a indenização por danos morais pela ausência de anotação da CTPS e pelo inadimplemento das verbas rescisórias.

Recurso não provido.

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA

O reclamante pretende a reforma da sentença que deferiu o benefício ao reclamado, alegando que não foi comprovada a hipossuficiência, finalidade para a qual assegura não se prestar a declaração juntada em nome da borracharia. Ainda, pede o deferimento do benefício da justiça gratuita em seu favor, reportando-se à declaração de pobreza juntada aos autos. Invoca as Leis nº 5.584/70, 1.060/50 e 7.115/83.

Sobre a gratuidade da justiça, assim foi decidido na sentença:

9.1- Diante da declaração de pobreza da fl. 21, defiro ao reclamante o benefício da Justiça Gratuita, na forma do art. 790, §3º, da CLT.

[...]

10- Defiro o benefício da Justiça Gratuita ao reclamado _____, uma vez que os documentos das fls. 493/497 comprovam insuficiência de recursos, nos termos da lei (art. 790, §4º, da CLT e Súmula 463, II, do TST).

O reclamado é microempreendedor individual - pessoa jurídica (MEI), equiparado à pessoa física para efeito de concessão da justiça gratuita. Nesse passo, tendo juntado a declaração insuficiência econômica, embora em nome da pessoa jurídica, mas por ele firmado, faz jus ao benefício (ID. 0c3e46b). Ademais disso, foi demonstrada a insuficiência de recursos para arcar com os custos do processo pelos documentos já referidos na sentença. Adoto, no caso, o item I da Súmula nº 463 do TST, que dispõe:

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPROVAÇÃO

I - A partir de 26.06.2017, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (art. 105 do CPC de 2015);

[...]

Ou seja, presume-se verdadeira a declaração de hipossuficiência, enquanto a sua falsidade é que deve ser comprovada nos autos.

No mesmo sentido, cito decisão do TST:

I- AGRADO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DAS LEIS 13.015/2014 E 13.467/2017. TRANSCENDÊNCIA. A demanda oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza política e social, qual seja, o desrespeito da instância recorrida à jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE MISERABILIDADE. Diante de possível ofensa aos arts. 5º, XXXV, da CF/88 e 99, §3º, do CPC, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE MISERABILIDADE. Cinge-se a controvérsia a se saber se é necessária a comprovação do estado de miserabilidade no processo do trabalho para fins de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita. A Lei nº 1.060/50, que estabelecia as normas para a concessão de assistência judiciária gratuita aos necessitados, previa no parágrafo único do art. 2º que "Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família." Por sua vez, o art. 4º estabelecia como requisito para concessão da

gratuidade de justiça que "A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família". Dessa disposição, as partes começaram a apresentar nos autos a declaração de hipossuficiência. O art. 5º da referida lei dispunha expressamente que "O juiz, se não tiver fundadas razões para indeferir o pedido, deverá julgá-lo de plano, motivando ou não o deferimento dentro do prazo de setenta e duas horas." Portanto, surgiu para as partes requerentes do benefício da gratuidade da justiça a presunção de veracidade da declaração de hipossuficiência. A jurisprudência do TST havia se consolidado no sentido de que, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, bastava a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado. Na mesma linha, o art. 99 do CPC/2015, revogando as disposições da Lei nº 1.060/50 sobre gratuidade de justiça, trouxe em seu § 3º que "Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural". Nesse sentido, após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, o TST converteu a Orientação Jurisprudencial nº 304 da SBDI-1 na Súmula nº 463. Logo, para a pessoa natural requerer os benefícios da justiça gratuita bastava a juntada de declaração de hipossuficiência, sendo ônus da parte adversa comprovar que o requerente não se enquadrava em nenhuma das situações de miserabilidade. No caso de pedido formulado pelo advogado da parte, este deveria ter procuração com poderes específicos para este fim. No entanto, em 11/11/2017, entrou em vigor a Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), que inseriu o parágrafo 4º ao art. 790 da CLT. Dessa forma, as ações ajuizadas a partir da entrada em vigor da reforma trabalhista estão submetidas ao que dispõe o § 4º do art. 790 da CLT, que exige a comprovação, pela parte requerente, da insuficiência de recursos para a concessão dos benefícios da justiça gratuita. Sem dúvida, o referido dispositivo inaugurou uma condição menos favorável à pessoa natural do que aquela prevista no Código de Processo Civil. No entanto, em se tratando de norma específica que rege o Processo do Trabalho, não há espaço, a priori, para se utilizar somente as disposições do CPC. Logo, o referido dispositivo implicaria, no ponto de vista do trabalhador, um retrocesso social, dificultando o acesso deste ao Poder Judiciário. Assim, a par da questão da constitucionalidade ou não do § 4º do art. 790 da CLT, a aplicação do referido dispositivo não pode ocorrer isoladamente, mas sim deve ser interpretado sistematicamente com as demais normas, quer aquelas constantes na própria CLT, quer aquelas previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Civil. Dessa forma, à luz do que dispõe o próprio § 3º do art. 790 da CLT c/c com os arts. 15 e 99, § 3º, do CPC, entende-se que a comprovação a que alude o § 4º do art. 790 da CLT pode ser feita mediante a simples declaração da parte, a fim de viabilizar o pleno acesso do trabalhador ao Poder Judiciário, dando, assim, cumprimento ao art. 5º, XXXV e LXXIV da Constituição Federal. Isso porque não se pode atribuir ao trabalhador que postula, junto a esta Especializada, uma condição menos favorável àquela destinada aos cidadãos comuns que litigam na justiça comum, sob pena de afronta ao princípio da isonomia, previsto no caput do art. 5º da CF. Não conceder à autora, no caso dos autos, os benefícios da gratuidade de justiça, é o mesmo que impedir o amplo acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF) e discriminar o trabalhador em relação às pessoas naturais que litigam na justiça comum (art. 5º, caput, da CF). Recurso de revista conhecido por violação dos arts. 5º, XXXV da CF 99, § 3º, do CPC e provido (RR-100068369.2018.5.02.0014, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 11/10/2019).

Quanto ao benefício postulado pelo reclamante, este já foi objeto de deferimento pela sentença, conforme acima transcrito.

Recurso não provido.

HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA

O reclamante postula a condenação do reclamado ao pagamento de honorários sucumbenciais de 15% em favor de seu procurador.

Os honorários de sucumbência, a que alude o art. 791-A da CLT, incluído pela Lei nº 13.467/2017, não se aplicam aos processos em curso antes da vigência da referida legislação. Adoto, no particular, a orientação expressa no Enunciado nº 1 da Comissão nº 5 da I Jornada sobre a Reforma Trabalhista deste Tribunal, que dita:

PROPOSTA1: HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. INAPLICABILIDADE AOS PROCESSOS EM CURSO. Em razão da natureza híbrida das normas que regem honorários advocatícios (material e processual), a condenação à verba sucumbencial só poderá ser imposta nos processos iniciados após a entrada em vigor da lei 13.467/2017, tendo em vista a garantia de não surpresa, bem como em razão do princípio da causalidade, uma vez que a expectativa de custos e riscos é aferida no momento da propositura da ação.

Nesse sentido, o art. 6º da Instrução Normativa nº 41/2018 do TST dispõe que:

Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, prevista no art. 791-A, e parágrafos, da CLT, será aplicável apenas às ações propostas após 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017). Nas ações propostas anteriormente, subsistem as diretrizes do art. 14 da Lei nº 5.584/1970 e das Súmulas nºs 219 e 329 do TST.

Assim, são devidos os honorários sucumbenciais nas lides ajuizadas após 11/11/2017 - como no caso dos autos.

Entretanto, a norma do art. 791-A da CLT estabelece que:

Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

[...]

§4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

A norma do art. 790, § 3º, da CLT, dispõe que *"É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social"* (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017).

Nesses termos, da análise dos referidos dispositivos, extraem-se algumas conclusões: o benefício da justiça gratuita pode ser deferido de ofício; é absoluta a presunção de hipossuficiência aos que recebem remuneração inferior a quarenta por cento do limite de benefício da Previdência; aos que recebem salário superior a esse limite, há presunção relativa da hipossuficiência, sendo suficiente declaração nos autos de tal condição; condenado o beneficiário da justiça gratuita em honorários sucumbenciais, tal condição deve ficar suspensa pelo prazo máximo de dois anos, devendo a parte credora demonstrar a capacidade de pagamento do devedor, perante o juízo da execução; por fim, somente após a liquidação do crédito, o Juiz da Execução deverá verificar, a partir da análise da real situação do beneficiário da justiça gratuita, se persiste, ou não, a condição de hipossuficiência.

Ressalto, ainda, que o deferimento do pedido, de forma quantitativa ou qualitativa inferior à postulada, não caracteriza a sucumbência parcial, pois o objeto da pretensão restou acolhido. Nesse sentido, adoto a Proposta nº 2 da Comissão nº 5 da I Jornada sobre a Reforma Trabalhista deste Tribunal, a seguir transcrita:

PROPOSTA2: SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. O juízo arbitrar honorários de sucumbência recíproca (art. 791-A, § 3º, da CLT) apenas em caso de indeferimento total do pedido específico. O acolhimento do pedido, com quantificação inferior ao postulado, não caracteriza sucumbência parcial, pois a verba postulada restou acolhida. Quando o legislador mencionou "sucumbência parcial", referiu-se ao acolhimento de parte dos pedidos formulados na petição inicial.

Especificamente quanto ao dano moral, a Súmula nº 326 do STJ prevê: *"Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca"*. Dessa forma, até mesmo na Justiça Comum, que é regida pelo princípio da igualdade das partes, o entendimento que prevalece é de não haver sucumbência recíproca na hipótese de condenação em quantia inferior à postulada a título de danos morais.

Em relação ao § 4º do art. 791-A da CLT, acima transcrito, consigno que o Pleno deste Tribunal declarou a inconstitucionalidade da expressão "desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa", inviabilizando, assim, a cobrança dos honorários de sucumbência devidos pela parte autora com créditos obtidos nesta ou em outras ações.

Assim, a compensação dos honorários devidos pela parte autora ao advogado da parte contrária com os créditos devidos na reclamatória trabalhista ou em outra ação, na forma do art. 791-A, § 4º, da CLT, não subsiste.

Nesse contexto, sendo as partes beneficiárias da justiça gratuita, a decisão mais ponderada é a remessa da análise da sua situação econômica para arcar com os honorários sucumbenciais ao Juízo da execução, excluída a possibilidade de compensação dos valores devidos com créditos obtidos pela parte autora, seja nesta ou em outras ações.

Em relação ao percentual, entendo que deve ser fixado em 5% sobre o valor indicado para os pedidos integralmente rejeitados.

O percentual a ser pago pelo empregador é de 15% sobre o valor da condenação, conforme reiteradamente tem sido decidido por esta Turma.

No que tange à base de cálculo, entendo que o percentual dos honorários advocatícios deve incidir sobre o valor bruto a ser apurado em liquidação, excluída, apenas, a cota patronal previdenciária. Adoto o entendimento consolidado na Súmula nº 37 deste Tribunal:

Súmula nº 37 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA E DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. BASE DE CÁLCULO.

Os honorários advocatícios de sucumbência e assistência judiciária devem incidir sobre o valor liquidado da condenação, sem a dedução dos descontos fiscais e previdenciários, excluída, apenas, a cota patronal previdenciária.

Sobre a cobrança de honorários de sucumbência, assim foi definido na sentença:

11- Deferido a ambas as partes o benefício da Justiça Gratuita, conforme itens acima, indefiro, por incabível, relativamente a ambas a condenação em honorários advocatícios de sucumbência, sob pena de violação ao art. 5º, incs. XXXV e LXXIV, da CF.

Assim, de acordo com os fundamentos expostos e o decidido na sentença acima transcrita, dou parcial provimento ao recurso para fixar o percentual de honorários sucumbenciais devidos pelo reclamado em 15% sobre o valor liquidado da condenação, ficando suspensa a exigibilidade, nos termos do art. 791-A, § 4º, da CLT, excluída a possibilidade de compensação dos valores devidos com créditos obtidos em outras ações.

II - PREQUESTIONAMENTO

Tenho por prequestionados, para fins recursais, todos os dispositivos legais e constitucionais suscitados, mesmo que não expressamente mencionados, tendo em vista a adoção de tese explícita acerca de cada uma das matérias deduzidas, na forma da Súmula nº 297, I, e na Orientação Jurisprudencial nº 118 da SDI-1, ambas do TST.

MARCOS FAGUNDES SALOMAO

Relator

VOTOS

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADOR MARCOS FAGUNDES SALOMÃO (RELATOR)

DESEMBARGADOR RICARDO CARVALHO FRAGA

DESEMBARGADOR CLÓVIS FERNANDO SCHUCH SANTOS