



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região

Ação Trabalhista - Rito Ordinário

1000729-72.2021.5.02.0040

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 11/06/2021

Valor da causa: R\$ 36.074,30

Partes:

RECLAMANTE: _____ **ADVOGADO:** ALEXANDRE ROBERTO DA SILVEIRA
RECLAMADO: _____ **EIRELI**

ADVOGADO: CARLOS EDUARDO PEREIRA BARRETTO FILHO

PAGINA_CAPA_PROCESSO_PJERECLAMADO: MUNICIPIO DE SAO PAULO

PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA DO TRABALHO

PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO

40ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO

ATOrd 1000729-72.2021.5.02.0040

RECLAMANTE: _____

RECLAMADO: _____ **EIRELI E OUTROS (2)**



TERMO DE AUDIÊNCIA

Processo nº 1000729-72.2021.5.02.0040

Aos seis dias (sexta-feira), do mês de maio, do ano de dois mil e vinte e dois, às 13h12, na sala de audiência desta Vara, foram, por ordem da MM Juíza do Trabalho, EUMARA NOGUEIRA BORGES LYRA PIMENTA, apregoados os litigantes:

_____, reclamante.

_____ EIRELI e MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, reclamados.

Ausentes as partes.

Prejudicada a proposta final de conciliação.

Submetido o processo a julgamento, foi proferida a seguinte:

SENTENÇA

_____, qualificado na inicial, propõe reclamação trabalhista em face de _____ EIRELI e MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, alegando que prestou serviços no período de 22.04.2020 a 24.02.2021, quando dispensado, por justa causa; que a 2ª reclamada foi tomadora de seus serviços, devendo responder subsidiariamente aos termos da presente ação; que deve ser revertida a justa causa aplicada ao autor, devendo ser reconhecida a rescisão indireta do contrato de trabalho, com o pagamento das verbas indicadas; que prestava horas extras as quais não foram pagas; que faz jus ao adicional por acúmulo de função; que são devidos os benefícios de vale refeição e cesta básica; que é devida a participação nos lucros e resultados. Pleiteia os títulos e valores elencados na inicial, além de honorários advocatícios. Dá à causa o valor de R\$ 36.074,30. Juntou procuração e documentos.

A 1ª reclamada, em defesa, aduz, preliminarmente, que a petição inicial é inepta; no mérito alega que foi correta a penalidade aplicada ao autor; que as horas extras prestadas foram devidamente pagas; que os benefícios de vale refeição e cesta básica foram quitados, bem como a participação nos lucros e resultados; que as verbas rescisórias foram pagas dentro do prazo legal; impugna os pedidos formulados. Pede a improcedência. Junta procuração e documentos.

O 2º reclamado, em defesa, aduz, preliminarmente, ilegitimidade de parte; no mérito, alega ausência de responsabilidade subsidiária; impugna os pedidos formulados. Pede a improcedência. Junta procuração e documentos.

Manifestação do reclamante (ID ca9609e).

Ouvidos os depoimentos pessoais e inquirida uma testemunha da reclamada (ID 793b95f).

Sem outras provas, encerrada a instrução processual.

Razões finais do reclamante (ID b533093) e da 1ª reclamada (ID 3480099).

Propostas conciliatórias rejeitadas. É o relatório.

D E C I D O

DA INÉPCIA

A petição inicial não apresenta irregularidades ensejadoras de sua inépcia, sendo certo, ademais, que permitiu à reclamada o amplo exercício de seu direito de defesa.

Da análise da inicial, não se verifica o descumprimento das determinações do art. 840, §1º, da CLT, nos moldes aduzidos pelo réu, mormente se considerado que os pedidos foram devidamente liquidados em inicial. Resta afastada a preliminar aduzida.

DA LEGITIMIDADE DE PARTE DO 2º RECLAMADO

O reclamado é a pessoa indicada pelo autor como devedor da relação jurídica material e, este fato basta, por si só, para legitimá-lo a figurar no polo passivo.

Ressalte-se, neste ponto, que a sujeição do 2º reclamado às normas estabelecidas na Lei 8.666/93, por si só, não autoriza o acolhimento da preliminar de ilegitimidade arguida.

Com efeito, este Juízo adota o entendimento jurisprudencial sedimentado na Súmula nº 331, incisos IV, V e VI, do C. TST, com a nova redação dada pela Resolução Administrativa nº 174/2011, DeJT 27.05.2011, in verbis:

"IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993 - Nova Redação - Res. 174/2011 - DeJT 27/05/2011)

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e

indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. (Inserido - Res. 174/2011 - DeJT 27/05/2011)

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. (Inserido - Res. 174/2011 - DeJT 27/05/2011)"

A condenação subsidiária do tomador de serviços tem por objetivo assegurar ao trabalhador a proteção das verbas trabalhistas a que teria direito, uma vez que o hipossuficiente não pode ser prejudicado por eventual incapacidade ou inidoneidade financeira da empresa prestadora contratada.

Há que se frisar que a realização de convênio administrativo apenas revela a regularidade na contratação da empresa terceirizada, não isentando a contratante da fiscalização quanto ao cumprimento das obrigações pela contratada.

Outrossim, observada a interpretação conjunta com o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ao mencionar que a inadimplência dos encargos trabalhistas não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, impede, apenas, a aplicação da responsabilidade exclusiva, mas não a aplicação da responsabilidade subsidiária, uma vez que permite o direito de regresso contra a responsável principal, inclusive, por força do contrato de prestação de serviços por elas celebrado.

Deste modo, há que se afastar a preliminar invocada.

Frise-se, todavia, que eventual reconhecimento da responsabilidade subsidiária do 2º reclamado, decorrente de sua culpa "in vigilando", está atrelado à apreciação do mérito da demanda e será analisada oportunamente.

DOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS JUNTADOS

Os instrumentos normativos carreados com a inicial não são aplicáveis ao contrato de trabalho do autor, eis que sua empregadora não foi regularmente representada na respectiva negociação coletiva.

Com efeito, dos documentos carreados aos autos, depreende-se que a reclamada se dedica ao ramo da prestação de serviços de execução e manutenção de áreas verdes públicas e privadas, sendo, portanto, representada pelo Sindicato das Empresas de Manutenção e Execução de Área.

Deste modo, restam indeferidos os pedidos formulados com

base nas Convenções Coletivas carregadas com a inicial, quais sejam: diferenças de tíquete-refeição, cesta básica, participação nos lucros e resultados, adicional normativo por acúmulo de função e pagamento em dobro de verbas rescisórias.

DA RESCISÃO CONTRATUAL

O reclamante, em inicial, aduz que foi dispensado, em 24.02.2020, sob indevida imputação de falta grave, não tendo, entretanto, praticado nenhum ato que justificasse a aplicação dos preceitos do art. 482, da CLT.

Em defesa, a 1ª reclamada alega que o autor foi dispensado por justa causa, nos termos do art. 482, alíneas “b”, da CLT (incontinência de conduta ou mau procedimento), “e” (desídia no desempenho das respectivas funções) e “k” (ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem).

A justa causa configura-se pela coexistência de elementos subjetivos e objetivos. Os primeiros guardam relação com a vontade do agente, podendo envolver a culpa (negligência, imperícia ou imprudência) ou o dolo (intenção de praticar o ato faltoso). Os requisitos objetivos, por seu turno, estão atrelados à tipificação da conduta, à gravidade da falta, ao nexo de causalidade entre o evento e a ruptura contratual, à proporcionalidade e à imediação.

Mencionada medida, por se tratar de penalidade máxima aplicada ao empregado, há que restar comprovada, de forma robusta, em Juízo - o que não ocorre no caso dos presentes autos.

Com efeito, a reclamada aduz que o reclamante foi dispensado por justa causa, eis que, em 23/02/2021, “ao se utilizar de plataforma de registro de ponto de reconhecimento facial da Reclamada, promoveu ato extremamente ofensivo contra o empregador ao fazer uso do mecanismo de controle de frequência para ofender a Reclamada, registrando gesto obsceno no exato momento da demarcação do ponto” (v. fls. 371 - ID. 0c6fd7c - Pág. 1).

Todavia, os elementos probatórios trazidos aos autos afastam a verossimilhança dos fatos alegados em defesa.

Ressalte-se, primeiro, que o reclamante, em manifestação à defesa, alegou que “no tocante a fotografia de fls. 370/371 do PDF, a mesma não pode servir de prova para embasamento da suposta justa causa, vez que não se comprova que o ato obsceno foi no ambiente de trabalho e ainda dirigido a qualquer de seus superiores” e que “sequer estava utilizando uniformes da Reclamada, ou seja, poderia ser em qualquer lugar e fora do expediente de trabalho” (v. fls. 427).

Ademais, em depoimento pessoal, o obreiro negou que tenha feito o qualquer gesto obsceno ao efetuar o registro de ponto.

Com efeito, da análise do documento de fls. 371 (ID 0c6fd7c Pág. 1), verifica-se que o alegado ato ofensivo teria ocorrido em 23.02.2021, às 12h52. É certo, todavia, que o momento fotografado, com a indicação “offline”, não guarda correspondência com as anotações de ponto do autor, no dia mencionado, conforme se depreende do documento de fls. 333 (ID. 7bb2d20 - Pág. 3).

Há que se salientar que o preposto da reclamada não soube esclarecer a discrepância entre os documentos ora analisados, afirmando que “em razão da foto ID 022c1dd - Pág. 12, o registro de ponto eletrônico deveria corresponder a 12h52”.

O depoimento prestado pela testemunha da reclamada nada acrescenta à convicção do Juízo, eis que, embora o depoente afirme que “o reclamante, após a última advertência, vinha se negando a cumprir ordens, sendo que foi despedido por fazer um gesto obscuro na marcação de ponto”. Todavia, ao esclarecer o procedimento adotado para registro de jornada, informou que “a marcação de ponto por fotografia é feita através de um aplicativo do celular do engenheiro responsável pela equipe”, “exibida a foto de fls 270, a depoente esclarece que com a indicação ‘offline’, o engenheiro poderia salvar as fotos no aplicativo, mas ainda assim, o horário registrado, neste caso, 12h52, apareceria no registro de ponto” e “não sabe esclarecer porque no documento de fls. 333 não aparece o registro de ponto no horário das 12h52”.

Deste modo, não há como se considerar que o autor tenha, efetivamente, feito o referido gesto ofensivo, quando do registro de sua jornada através de aplicativo de ponto, nos moldes alegados em defesa.

Acrescente-se, por oportuno, que, não comprovada a falta que teria dado ensejo à ruptura do pacto laboral, irrelevante a controvérsia acerca do passado funcional do obreiro, sendo, portanto, despicienda a avaliação grafotécnica das assinaturas lançadas nos documentos de fls. 368/369.

Assim, não pode ser tida como válida a penalidade máxima aplicada ao empregado, devendo ser considerada como imotivada a dispensa levada a efeito.

Procedem, deste modo, os pedidos de aviso prévio indenizado (30 dias – nos termos da Lei nº 12.506/11), 13º salário proporcional/2021 (03/12) e férias proporcionais (11/12) acrescidas de um terço.

O saldo salarial de fevereiro/2021 foi quitado pela reclamada, conforme Termo de Rescisão de fls. 374/376. Não procede o pedido.

Após o trânsito em julgado da presente decisão, deverá a 1ª reclamada fornecer ao reclamante, no prazo de cinco dias, o Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho, para liberação dos depósitos fundiários, ficando, desde já, determinada, em caso de descumprimento da obrigação de fazer, a liberação por alvará.

Não procede o pedido de obtenção do seguro-desemprego, pois o reclamante não comprova o preenchimento dos requisitos previstos na Lei nº 7.998 /1990.

Defere-se, outrossim, o pedido de indenização de 40% incidente sobre os depósitos de FGTS.

Face à controvérsia acerca da modalidade de dispensa, não procede o pedido de multa prevista no artigo 477, § 8º, da CLT.

DAS HORAS EXTRAS E REFLEXOS

Acolhem-se como corretos os controles de ponto juntados com a defesa, inclusive no que tange ao intervalo para refeição e descanso anotado, eis que não invalidados por outros elementos probatórios trazidos aos autos.

Do cotejo entre os controles de ponto e os recibos de pagamento, não foram apontadas pelo reclamante ou constatadas por este Juízo diferenças a título de horas extras e seus reflexos.

Não procede o pedido.

DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO 2º RECLAMADO

Em que pese ter restado demonstrada, nos autos, a inobservância de normas trabalhistas no decorrer do contrato mantido com o 2º reclamado, o reclamante não logrou comprovar que o tomador de serviços tenha contribuído com culpa para o descumprimento de qualquer das obrigações contratuais.

É certo, ademais, que a documentação colacionada pelo 2º reclamado evidencia que não se omitiu na fiscalização inerente à contratação havida.

Deste modo, julgo improcedente a ação em face de MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

DOS JUROS / DA CORREÇÃO MONETÁRIA

Considerando o entendimento firmado pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto das ADC 58, ADC 59, ADI 5.867 e ADI 6.021, os valores devidos serão atualizados, na fase pré-processual, pela aplicação do índice IPCAE e juros previstos no art. 39, caput, da Lei 8.177/1991, e, a partir do ajuizamento, da taxa SELIC (juros e correção monetária).

DOS DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS

Ficam autorizados os descontos previdenciários cabíveis, nos moldes da Súmula 368 do C. TST, mediante comprovação nos autos, observadas as estipulações da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho.

O imposto de renda deverá ser calculado em observância às disposições do § 1º, do art. 12-A, da Lei nº 7.713/88 (com a redação dada pela Lei nº 12.350/10) e da Instrução Normativa RFB 1.127, de 07.02.11.

DA JUSTIÇA GRATUITA / DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Tendo em vista a declaração de pobreza carreada, não infirmada por outros elementos trazidos aos autos, nos moldes da Lei nº 7.115/83, concedo à parte reclamante os benefícios da Justiça Gratuita, nos termos do art. 790, § 4º, da CLT (Súmula nº 463, I, do C. TST).

Cito, a propósito, jurisprudência que retrata o posicionamento deste Juízo:

"RECURSO DE REVISTA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE MISERABILIDADE MEDIANTE DECLARAÇÃO PROFERIDA POR PESSOA NATURAL. 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 contrariedade à Súmula 463, I, do TST e provido" (RR-89370.2018.5.13.0002, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 25/10/2019)".

Considerada a sucumbência recíproca, com base no art. 791-A e seus parágrafos, da CLT, a 1ª reclamada arcará com honorários de sucumbência devidos aos patronos do reclamante, à razão de 5% (cinco por cento) do valor que resultar da liquidação da sentença.

O reclamante, por seu turno, arcará com honorários de sucumbência, no valor total de R\$ 1.067,58, sendo R\$ 567,58, a favor dos patronos da 1ª reclamada, e R\$ 500,00, ora arbitrado, a favor dos patronos da 2ª reclamada, os quais permanecerão sob condição suspensiva de exigibilidade, considerando os termos da decisão proferida pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI nº 5766.

Importante destacar que a Corte Suprema, em 20.20.2021, ao apreciar a referida ação direta, declarou a inconstitucionalidade dos artigos 790-B, caput e § 4º, e 791-A, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho, no que tange à cobrança de honorários periciais e advocatícios de sucumbência pela parte beneficiária da Justiça Gratuita.

PELO EXPOSTO, julgo PROCEDENTE EM PARTE a ação para, nos termos da fundamentação supra, condenar a reclamada, _____ EIRELI a pagar ao reclamante _____: aviso prévio indenizado (30 dias); 13º salário proporcional/2021 (03/12); férias proporcionais (11/12) acrescidas de um terço; indenização de 40% incidente sobre os depósitos de FGTS.

Outrossim, julgo IMPROCEDENTE a ação proposta em face de MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

Nos cinco dias subsequentes ao trânsito em julgado da presente

decisão, deverá a 1ª reclamada fornecer ao reclamante o Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho, para liberação dos depósitos fundiários, ficando, desde já, determinada, em caso de descumprimento da obrigação de fazer, a liberação por alvará.

O montante devido será apurado em regular liquidação de sentença, observados os termos da fundamentação aduzida.

Juros e correção monetária, nos moldes da fundamentação.

Ficam autorizados os descontos previdenciários e fiscais cabíveis, mediante comprovação nos autos, na forma da lei.

Concedo à parte reclamante os benefícios da Justiça Gratuita, nos termos do art. 790, § 4º, da CLT.

A 1ª reclamada arcará com honorários de sucumbência devidos aos patronos do reclamante, à razão de 5% (cinco por cento) do valor que resultar da liquidação da sentença.

O reclamante, por seu turno, arcará com honorários de sucumbência, no valor total de R\$ 1.067,58, sendo R\$ 567,58, a favor dos patronos da

1ª reclamada, e R\$ 500,00, ora arbitrado, a favor dos patronos da 2ª reclamada, os quais permanecerão sob condição suspensiva de exigibilidade, considerando os termos da decisão proferida pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI nº 5766.

Custas pela 1ª reclamada, calculadas sobre o valor da condenação, ora arbitrado em R\$ 5.000,00, no importe de R\$ 100,00.

Intimem-se.

Nada mais.

EUMARA NOGUEIRA BORGES LYRA PIMENTA

JUÍZA DO TRABALHO

SAO PAULO/SP, 31 de maio de 2022.

EUMARA NOGUEIRA BORGES LYRA PIMENTA

Juíza do Trabalho Titular



Assinado eletronicamente por: EUMARA NOGUEIRA BORGES LYRA PIMENTA - Juntado em: 31/05/2022 16:20:48 - 4b22d37
<https://pje.trt2.jus.br/pjekz/validacao/22053116193767000000258466415?instancia=1>
Número do processo: 1000729-72.2021.5.02.0040
Número do documento: 22053116193767000000258466415