



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

**PROCESSO TRT/SP Nº 1000955-18.2022.5.02.0016 - 17ª TURMA - CADEIRA 1**

**RECURSO ORDINÁRIO**

**ORIGEM: 16ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO**

**RECORRENTE: -----**

**RECORRIDOS: -----**

**RELATORA: CATARINA VON ZUBEN**

**JUIZ(A) PROLATOR(A) DA SENTENÇA: JULIANA EYMI NAGASE**

**REVELIA E CONFISSÃO FICTA. APRESENTAÇÃO IRREGULAR DA CARTA DE PREPOSIÇÃO.**

A juntada da carta de preposição decorre da prática forense, uma vez que não há no ordenamento jurídico brasileiro norma que imponha a sua apresentação. Desse modo, a não apresentação do referido documento, ou mesmo a sua apresentação irregular, não implica, por si só, a aplicação dos efeitos da revelia e confissão ficta de que trata o artigo 844 da CLT. Recurso ordinário a que se nega provimento, no particular.

Inconformado com a sentença de fls. 1595/1607, complementada pela decisão dos embargos de declaração de fls. 1653/1654, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na reclamação trabalhista, o reclamante interpõe recurso ordinário às fls. 1660/1703 buscando a reforma da decisão. Discute: preliminarmente, a nulidade da sentença por negativa de prestação jurisdicional e pela ausência de intimação para emendar a petição inicial, e, no mérito, revelia e confissão ficta da primeira reclamada, rescisão indireta do contrato de trabalho, dispensa por justa causa, horas extras, férias, indenização por danos morais, responsabilidade subsidiária da segunda reclamada, honorários advocatícios sucumbenciais, juros de mora e atualização monetária.

Contrarrazões às fls. 1708/1710 e 1713/1725.

É o relatório.

**VOTO**

**Admissibilidade.**

Conheço do recurso, por presentes os pressupostos legais de admissibilidade.

**Preliminar.**

**Nulidade da sentença. Negativa de prestação jurisdicional.**

De fato, não obstante os embargos de declaração opostos, o d. magistrado sentenciante permaneceu silente a respeito da análise do pedido de rescisão indireta do contrato de trabalho.

Contudo, considerando que a referida omissão pode ser sanada por esta instância revisora, sem prejuízo às partes, conforme autoriza o artigo 1.013 do CPC (artigos 769 da CLT e 15 do CPC), não há necessidade de anulação da sentença por negativa de prestação jurisdicional.

**Rejeito.**

**Nulidade da sentença. Ausência de intimação para emendar a petição inicial.**

Diferentemente do que faz crer o recorrente, o d. magistrado sentenciante julgou

improcedente o pedido de responsabilização subsidiária da segunda reclamada (-----) pelas obrigações trabalhistas deferidas em juízo por ausência de provas da sua condição de tomadora de serviços.

A falta de causa de pedir e de pedido quanto a condenação da segunda ré, com base na responsabilidade subsidiária, foram aventadas pelo julgador apenas como reforço de argumentação, não tendo, em momento algum, o pleito sido julgado extinto, sem resolução do mérito.

Portanto, não há de se cogitar em nulidade da sentença por ausência de intimação da parte para emendar a petição inicial.

**Rejeito.**

**Mérito.**

**Revelia e confissão ficta da primeira reclamada.**

A primeira reclamada (-----A) compareceu à audiência inaugural, na pessoa do seu preposto, sem carta de preposição válida (fl. 554).

Contudo, a juntada da carta de preposição decorre da prática forense, uma vez que não há no ordenamento jurídico brasileiro norma que imponha a sua apresentação. Desse modo, a não apresentação do referido documento, ou mesmo a sua apresentação irregular, não implica, por si só, a aplicação dos efeitos da revelia e confissão ficta de que trata o artigo 844 da CLT.

Com isso, na hipótese, não há de se falar em revelia e confissão ficta da primeira ré.

Nesse sentido, os seguintes precedentes do TST:

AGRAVO. RECURSO DE REVISTA. REGIDO PELA LEI 13.015/2014. CARTA DE PREPOSIÇÃO. DESNECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO. REVELIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. A jurisprudência desta Corte tem sido firmada no sentido de que a ausência da carta de preposição não induz a aplicação dos efeitos da revelia, nos termos do artigo 844 da CLT, porquanto inexistente previsão legal determinando a apresentação do referido documento. Exige-se tão somente que o preposto tenha conhecimento do fato, porquanto suas declarações obrigarão o proponente (artigo 843, § 1º, da CLT). Assim, estando o acórdão regional em conformidade com a atual e notória jurisprudência desta Corte uniformizadora (Súmula 333/TST e art. 896, § 7º, da CLT), inviável o processamento do recurso de revista. Nesse contexto, não afastados os fundamentos da decisão agravada, nenhum reparo merece a decisão. Agravo não provido, com acréscimo de fundamentação. (TST - Ag: 101899620165030186, Relator: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 29/06/2022, 5ª Turma, Data de Publicação: 01/07/2022).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. ARGUIÇÃO DE IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO DO RECLAMADO. AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DA CARTA DE PREPOSIÇÃO. REVELIA E CONFISSÃO FICTA. NÃO CONFIGURAÇÃO. A juntada da carta de preposição decorre da prática forense, uma vez que não há imposição legal para que seja exigida a sua apresentação. Assim, a não apresentação do referido documento não implica, por si só, a aplicação dos efeitos da revelia de que trata o art. 844 da CLT. Julgados desta Corte. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 304-90.2015.5.14.0411, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 11/10/2017, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/10/2017).

Pelo exposto, **nego provimento**.

**Rescisão indireta do contrato de trabalho. Dispensa por justa causa.**

Cuida-se de reclamatória trabalhista ajuizada em 15/07/2022, por ----- DOS SANTOS SILVA em face de -----A (primeira reclamada) e de ----- (segunda ré), na qual o reclamante pretende, dentre outros, o reconhecimento da rescisão indireta do contrato de trabalho, com fulcro no artigo 483, "d", da CLT, além do pagamento das verbas rescisórias inerentes à modalidade extintiva, apontando os seguintes descumprimentos das obrigações contratuais: ausência de fornecimento de equipamentos de proteção individual e coletivo, falta de pagamento de horas extras com os percentuais normativos, não concessão regular de férias, omissão na adoção de medidas preventivas para o combate da disseminação da COVID-19 no ambiente de trabalho e, por fim, tratamento com rigor excessivo e indiferença, aliado à perseguição dispensada pelos superiores hierárquicos após o ajuizamento de reclamatória trabalhista por parte do seu irmão.

A primeira reclamada (-----A), em defesa, relata que o autor foi dispensado por justa causa em 24/10/2022, com fundamento no artigo 482, "b", "e" e "m", da CLT, vez que, além de reiteradamente desobedecer às ordens dos superiores hierárquicos, foi flagrado, no dia 24/10/2022, durante o horário de trabalho, fazendo uso indevido do aparelho celular de propriedade da empresa, que era utilizado exclusivamente para a marcação de ponto dos empregados.

O pedido foi julgado improcedente na origem, sob os seguintes fundamentos:

*"No caso em análise, o autor ajuizou a presente ação em 15/07/2022 e foi dispensado por justa causa em 24/10/2022. A audiência em que houve o recebimento das defesas das rés ocorreu em 16/02/2023, mais de três meses após a aplicação da justa causa. No entanto, o autor não apresentou, tampouco requereu a concessão de prazo para aditar a petição inicial a fim de incluísse o pedido de declaração da nulidade da dispensa por justa causa, que foi arguida somente em sede de réplica.*

*Nos termos dos artigos 141 e 492 do CPC, os limites da lide são traçados pela petição inicial, sendo que o julgador deve decidir a lide nos limites em que foi proposta, sendo vedada a prolação de sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida.*

*A rescisão indireta somente pode ser cogitada quando o contrato de trabalho se encontra ativo, o que não é o caso dos autos. Sendo assim, reconheço que a rescisão do contrato de trabalho ocorreu por justa causa e indefiro o pedido de aviso prévio, férias proporcionais com 1/3, 13º salário proporcional, multa de 40% do FGTS e seguro desemprego. Indefiro, ainda, as férias vencidas com 1/3, pois gozada pelo autor, conforme demonstra o recibo de ID. 4435d42." (fls. 1596/1597).*

Em que pese o entendimento esposado na origem, o reclamante foi dispensado por justa causa em 24/10/2022, portanto, após o ajuizamento da presente demanda, em 15/07/2022, de modo que deve ser aplicado, à hipótese, o artigo 493 do CPC, segundo o qual *"Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo de direito influir no julgamento do mérito, caberá ao Juiz toma-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão".*

Além disso, não se pode olvidar que o autor pugnou, em réplica (fls. 576/590), pela declaração de nulidade da rescisão contratual motivada, sendo certo, outrossim, que, no item "B" do rol dos pedidos da petição inicial, consta requerimento expresso de pagamento das verbas rescisórias típicas da dispensa sem justa causa (fl. 26).

Nesse contexto, e com fundamento no artigo 1.013 do CPC (artigos 769 da CLT e 15 do CPC), passo a análise das matérias:

A dispensa por justa causa, por se tratar de penalidade máxima aplicável ao empregado, depende de prova robusta e inequívoca do ato faltoso grave, cujo ônus é do empregador (artigos 818, II, da CLT).

No caso, o reclamante foi dispensado por justa causa em 24/10/2022, com fulcro no artigo 482, "b", "e" e "m", da CLT, tendo em vista que *"foi constatado na data de hoje, que V.Sas durante o seu horário de trabalho, fez o uso indevido do smartphone (telefone celular), de propriedade da empresa, cujo uso é unicamente para bater o ponto, o qual sr. usou aplicativo de jogo, acessando e instalando o jogo no aparelho corporativo. (...)"* (fl. 503).

Em depoimento pessoal, o autor não nega tal conduta, justificando-se que *"(...) todo mundo mexia no celular da empresa; que todos os funcionários faziam tudo com tal celular incluindo jogava, em qualquer horário inclusive horário de trabalho; que todos da serralheria usava tal celular; (...)"* (fl. 1420).

A testemunha ouvida a convite do reclamante declarou que *"(...) não havia celular disponível para os empregados utilizarem na reclamada, mas apenas para registrar o QR code; que em tal celular havia diversos aplicativos e os funcionários costumavam utilizar internet, sendo que o depoente já tirou a própria foto para colocar como foto de capa do celular; (...) que não era permitido mexer no celular, mas as pessoas mexiam; que todos sabiam que não era permitido mexer no celular; que nunca presenciou ninguém ser advertido por mexer no celular; (...)"*(fls. 1429/1430).

Já a testemunha indicada pela primeira reclamada informou que *"(...) o reclamante foi*

*dispensado eis que estava jogando no celular da empresa que tinha como finalidade marcação de ponto; que tal situação não era autorizada pela empresa; (...)" (fls. 1447/1448).*

Dos depoimentos supra, não há dúvidas de que o reclamante fez uso indevido do aparelho celular corporativo, que era utilizado para o registro da jornada de trabalho dos empregados, mesmo tendo ciência de que tal prática não era autorizada pela empresa.

Contudo, embora digna de censura, a conduta do autor não foi praticada de má-fé - vez que, na rotina diária de trabalho, a proibição do uso do aparelho celular corporativo para a realização de atividades particulares não era respeitada pelos empregados, havendo tolerância de tal comportamento por parte dos superiores hierárquicos -, tampouco causou prejuízo à primeira reclamada. Não obstante, a empresa demandada optou por aplicar ao obreiro a penalidade máxima, ignorando a necessária observância do princípio da gradação das penas, que orienta que punições menores, como advertência ou suspensão, devem ser aplicadas anteriormente a outras maiores em resposta aos atos faltosos praticados pelo empregado.

Com efeito, ainda que a primeira ré sustente que o reclamante possuía um passado funcional maculado, com diversas punições disciplinares anteriores, por indisciplina e/ou insubordinação, juntou ao processo uma única advertência, datada de 29/07/2022 (fl. 404).

Diante de todo esse contexto, inafastável a conclusão de que a primeira reclamada agiu com rigor excessivo ao aplicar pena de dispensa por justa causa ao autor, em razão do ato faltoso supra, de modo que não pode ser chancelada por esta Justiça Especializada.

Portanto, **reputo nula a rescisão contratual motivada, operada em 24/10/2022.**

Seguindo na análise, para o reconhecimento da rescisão indireta do contrato de trabalho, a falta atribuída ao empregador necessita ser de tal gravidade que não permita a continuidade do vínculo empregatício. Apenas nessa hipótese se justifica a extinção contratual pela via oblíqua, nos moldes previstos no artigo 483 da CLT.

No caso, ainda que demonstrados, em juízo, o não fornecimento de equipamentos de proteção individual e coletivo, a ausência de pagamento de horas extras com os percentuais normativos e a não concessão regular de férias, tais descumprimentos das obrigações contratuais, isoladamente, não são graves suficientes para a decretação da extinção contratual pela via oblíqua.

Reitere-se que a rescisão indireta do contrato de trabalho somente pode ser decretada caso o ato faltoso atribuído ao empregador torne insustentável para o empregado a manutenção da relação de emprego, o que não é a hipótese.

Quanto à omissão na adoção de medidas preventivas para o combate da disseminação da COVID-19 no ambiente de trabalho, melhor sorte não assiste ao recorrente, vez que tal fato não foi objeto de prova e, portanto, não restou comprovado.

Do mesmo modo, o autor não logrou demonstrar tanto o tratamento com rigor excessivo e indiferença, quanto a perseguição dispensada pelos superiores hierárquicos após o ajuizamento de reclamatória trabalhista por parte do seu irmão.

Isso porque a testemunha ouvida a seu convite se mostrou contraditória ao afirmar, em um primeiro momento, que "*(...) nunca presenciou ninguém ofender o reclamante; (...)*" e, após, que "*(...) já presenciou José Carlos e José Batista desrespeitar o reclamante; que tais pessoas também desrespeitavam o depoente; que tais pessoas chamavam o depoente e o reclamante de burros e utilizavam palavras ofensivas; (...)*" (fls. 1429/1431), razão porque o seu depoimento não tem o alcance pretendido pelo reclamante, no tocante.

Outrossim, a declaração da referida testemunha, de que "*(...) Moisés é irmão do reclamante;*

que Moisés ajuizou ação em face da reclamada; que em razão disso houve mudança no comportamento da reclamada em relação ao reclamante, sendo que a reclamada tirou o reclamante da obra e colocou para trabalhar no salão; que o reclamante disse ao depoente que estava trabalhando durante as férias; que trabalhava em obra, mas foi colocado para trabalhar no salão por conta de birra da reclamada; (...)" (fls. 1429/1431), não serve de amparo à condenação, visto que ela não presenciou diretamente os fatos ora em debate, tendo apenas relatado aquilo que ouviu de terceiro - no caso, o próprio autor -, em forma de conversa privada e não compromissada.

Do exposto, **não há de se falar em rescisão indireta do contrato de trabalho.**

Tendo em vista que não restou caracterizada a rescisão indireta do contrato de trabalho, pretendida pelo reclamante, e que foi reconhecida a nulidade da dispensa por justa causa, alegada pela primeira ré, conforme fundamentação, **forçoso o reconhecimento da extinção contratual imotivada, com data em 24/10/2022.**

Tendo em vista a modalidade extintiva ora reconhecida, são devidas as seguintes verbas rescisórias: aviso-prévio (42 dias), com projeção em férias proporcionais + 1/3 e 13º salário proporcional, além de férias integrais + 1/3 (2021/2022), FGTS e multa de 40% sobre a totalidade dos depósitos devidos durante o contrato de trabalho, a serem recolhidos na forma prevista no artigo 26 da Lei 8.036/1990 e no Convênio 01/2014, firmado entre o CSJT e a Caixa Econômica Federal.

A primeira reclamada deverá proceder à entrega das guias necessárias para o levantamento do FGTS e a habilitação do empregado no benefício de seguro desemprego, no prazo de 10 dias a contar do trânsito em julgado, após intimação específica para tanto (súmula 410 do STJ), sob pena de multa diária de R\$200,00, limitada a R\$3.000,00, nos termos do artigo 497 do CPC.

No mesmo prazo assinalado e moldes estabelecidos, a primeira ré deverá efetuar a anotação da CTPS do autor, com data de saída em 05/12/2022, sob pena de procedimento *ex officio*.

Fica autorizada a dedução das verbas deferidas em juízo aquelas pagas a idêntico título, conforme documentação juntada aos autos.

Portanto, **dou parcial provimento** ao apelo, nos termos supra.

#### **Horas extras.**

O d. magistrado sentenciante reputou válidos os horários de entrada, intervalo e saída, assim como a frequência registrada nos cartões de ponto (fls. 416/478), não sendo tal matéria objeto de insurgência recursal do reclamante. Logo, descabe qualquer manifestação desta instância revisora, no tocante.

Quanto ao tema que motivou a interposição do presente apelo, compulsando-se os recibos de pagamento (fls. 505/547), verifica-se que houve o adimplemento de horas extras.

Sendo assim, competia ao autor demonstrar, por amostragem, diferenças de tal título a seu favor (artigo 818, I, da CLT), ônus do qual não se desincumbiu a contento. Explico.

Os cartões de ponto, analisados perfunctoriamente, revelam que o reclamante trabalhava na escala 5x2 sendo, em média, de segunda a quinta, das 07h00 às 17h00, e as sextas, das 07h00 às 16h00, sempre com 01 hora de intervalo. Ou seja, o obreiro se ativava de segunda a quinta, além do limite de 08 horas diárias, e, em contrapartida, não laborava aos sábados, perfazendo o total de 44 horas semanais.

Além de o referido sistema de compensação de jornada estar previsto, expressamente, no

contrato de trabalho (fl. 496), foi objeto de ajuste escrito entre as partes (fl. 494). Demais disso, do exame dos cartões de ponto, não se observa o labor habitual aos sábados, dia destinado à compensação. Portanto, o regime compensatório em destaque se afigura válido.

No entanto, por ocasião dos apontamentos das diferenças de horas extras que entendia serem devidas (fls. 1531/1594), o reclamante não considerou a existência e validade do sistema que visava a compensação da ausência do labor aos sábados, com distribuição das horas correspondentes durante os dias úteis da semana, computando, indevidamente, como extraordinárias, as horas excedentes da 08ª hora diária. Logo, tais demonstrativos não comportam acolhimento.

Por outro lado, a cláusula 6ª da CCT 2018/2019 e seguintes equivalentes estabelece que as horas extras devem ser pagas da seguinte forma: a) até 25 horas mensais, 50% de acréscimo em relação à hora normal; b) as horas extras excedentes à 25 até 40 horas mensais, 60% de acréscimo em relação à hora normal; c) as horas extras excedentes à 40 até 60 horas mensais, 80% de acréscimo em relação à hora normal; e d) as horas extras excedentes à 60 horas mensais, 100% de acréscimo em relação à hora normal.

Nos documentos juntados no corpo da própria defesa, a primeira reclamada (-----A) admite que nem todas as horas extraordinárias foram quitadas ao autor em estrita observância aos adicionais escalonados, supra mencionados (v.g. fl. 363).

Sendo assim, o reclamante faz jus a diferenças de horas extras pela inobservância dos adicionais previstos nas normas coletivas da categoria, **assim consideradas as excedentes da 44ª hora semanal**, as quais deverão ser apuradas em regular liquidação de sentença, observando-se os seguintes parâmetros de condenação: (i) a jornada de trabalho registrada nos cartões de ponto; (ii) os dias efetivamente trabalhados, excluindo-se os períodos de férias e afastamentos; (iii) as variações de horário do registro de ponto, não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários, não deverão ser descontadas nem computadas como jornada extraordinária (Súmula 366 do TST); (iv) a evolução salarial; (v) a inclusão de parcelas salariais na base de cálculo (Súmula 264 do TST); (vi) o divisor 220 (Súmula 124 do TST); e (vii) o adicional convencional.

Em razão da habitualidade, são devidos reflexos em DSR, férias + 1/3, 13º salário, aviso prévio e FGTS + 40%, nos exatos termos da petição inicial (item "F" do rol dos pedidos).

Fica autorizada, ainda, a dedução das verbas deferidas em juízo aquelas pagas a idêntico título, conforme documentação juntada aos autos, independentemente do mês de apuração (OJ 415 da SDI-I do TST).

Portanto, **dou parcial provimento** ao apelo, nos termos supra.

#### **Férias. Labor durante o período destinado às férias.**

O ônus da prova da concessão, fruição e pagamento das férias é do empregador, conforme interpretação que se faz dos preceitos contidos nos artigos artigo 74, §2º, 135, *caput* e 145, §1º, todos da CLT. E, para tanto, são necessários o aviso de concessão e o recibo de pagamento das férias.

No caso, a primeira reclamada (-----A) apresentou o aviso e recibo das férias do período aquisitivo de 2020/2021 (fls. 409/411), devidamente firmados pelo reclamante, os quais indicam que as mesmas foram usufruídas no interregno de 03/05/2022 a 01/06/2022.

Por outro lado, o autor não logrou comprovar que trabalhou no referido íterim (artigo 818, I, da CLT).

A declaração da testemunha ouvida a seu convite, de que "(...) o reclamante disse ao

*depoente que estava trabalhando durante as férias; (...)*" (fls. 1429/1431), não serve de amparo à condenação, visto que ela não presenciou diretamente o fato ora em debate, tendo apenas relatado aquilo que ouviu de terceiro - no caso, o próprio autor -, em forma de conversa privada e não compromissada.

Além disso, os cartões de ponto respectivos, válidos, conforme fundamentação, revelam a ausência de trabalho interregno de 03/05/2022 a 01/06/2022 (fl. 476).

Assim, ausente prova do labor durante o período destinado às férias do interregno aquisitivo de 2020/2021, o pleito segue improcedente.

Portanto, **nego provimento** ao apelo.

#### **Indenização por danos morais.**

O direito à indenização por dano moral encontra amparo nos artigos 5º, V e X, da CF e 186 do CC, bem como nos princípios da proteção da dignidade humana, da inviolabilidade (física e psíquica) do direito à vida, do bem-estar individual (e social), da segurança física e psíquica do indivíduo, além da valorização do trabalho humano.

No caso, contudo, a falta de pagamento de horas extras com os percentuais normativos e a não concessão regular de férias, ainda que demonstradas, em juízo, não têm o condão de provocar danos aos direitos da personalidade, tendo o reclamante, no pagamento das diferenças de horas extraordinárias e das férias usufruídas após o período concessivo, deferidas em sentença, a reparação dos danos patrimoniais sofridos.

Do mesmo modo, muito embora o laudo técnico pericial produzido nesta demanda tenha revelado a ausência do fornecimento regular de equipamentos de proteção individual e coletivo, tal circunstância não configura, por si só, dano moral a ser indenizado. Em um cenário como o presente, seria necessária a demonstração da efetiva afronta à honra, à intimidade ou à imagem do autor, como, por exemplo, no caso de que tal omissão da primeira ré tivesse dado causa a uma doença ou acidente do trabalho, não sendo essa a hipótese.

Por fim, conforme fundamentação traçada no tópico decisório anterior, o reclamante não logrou comprovar o tratamento com rigor excessivo e a perseguição dispensada pelos superiores hierárquicos após o ajuizamento de reclamatória trabalhista por parte do seu irmão (artigo 818, I, da CLT).

Por tais fundamentos, à míngua de provas de malferimento aos direitos da personalidade do autor, a reparação pecuniária pretendida segue improcedente.

#### **Nego provimento.**

#### **Responsabilidade subsidiária da segunda reclamada.**

Diversamente do entendimento esposado na origem, da análise do processado (fls. 225 e 264/295), verifica-se que o reclamante era empregado da primeira reclamada (-----A) e prestou serviços em benefício da segunda ré (-----), na condição de "*serralheiro*", a qual, por sua vez, trata-se de empresa que atua no ramo da construção civil (fl. 214).

Além disso, observa-se que, em 22/03/2021, as reclamadas firmaram contrato para a prestação de serviços especializados de "*fornecimento e instalação de serralheria*" no empreendimento sito à Av. Cipriano Rodrigues, 240, Vila Formosa, São Paulo/SP, nos termos das especificações previstas no respectivo instrumento, mediante o pagamento do montante de R\$1.084.647,35 (fls. 235/261).

Do exposto, depreende-se que a segunda reclamada ajustou com a primeira ré contrato de empreitada para a execução de obra certa, sendo, portanto, dona da obra, o que afasta a incidência da Súmula 331 do TST.

Quanto ao tema, o TST, em sede de Incidente de Recurso de Revista Repetitivo, suscitado no processo TST-IRR-190-53.2015.5.03.0090 (Tema 06), decidiu pela manutenção da OJ 191 da SDI-1, excepcionando a possibilidade de responsabilização subsidiária à dona da obra que, não pertencendo à Administração Pública, contrata empreiteiro, sem idoneidade econômico-financeira, que não cumpre com as suas obrigações trabalhistas, em razão da aplicação analógica do artigo 455 da CLT e da culpa *in eligendo*(item IV). Vejam-se, a propósito, as teses jurídicas fixadas no julgamento do aludido precedente:

**"RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - DONA DA OBRA - APLICAÇÃO DA OJ 191 DA SBDI-1 LIMITADA À PESSOA FÍSICA OU MICRO E PEQUENAS EMPRESAS:**

I) *A exclusão de responsabilidade solidária ou subsidiária por obrigação trabalhista a que se refere a Orientação Jurisprudencial n.º 191 da SDI-1 do TST não se restringe à pessoa física ou micro e pequenas empresas, compreende igualmente empresas de médio e grande porte e entes públicos (decidido por unanimidade);*

II) *A excepcional responsabilidade por obrigações trabalhistas prevista na parte final da Orientação Jurisprudencial n.º 191, por aplicação analógica do art. 455 da CLT, alcança os casos em que o dono da obra de construção civil é construtor ou incorporador e, portanto, desenvolve a mesma atividade econômica do empreiteiro (decidido por unanimidade);*

III) *Não é compatível com a diretriz sufragada na Orientação Jurisprudencial n.º 191 da SDI-1 do TST jurisprudência de Tribunal Regional do Trabalho que amplia a responsabilidade trabalhista do dono da obra, excepcionando apenas "a pessoa física ou micro e pequenas empresas, na forma da lei, que não exerçam atividade econômica vinculada ao objeto contratado" (decidido por unanimidade);*

IV) *Exceto ente público da Administração Direta e Indireta, se houver inadimplemento das obrigações trabalhistas contraídas por empreiteiro que contratar, sem idoneidade econômico-financeira, o dono da obra responderá subsidiariamente por tais obrigações, em face de aplicação analógica do art. 455 da CLT e culpa in eligendo (decidido por maioria, vencido o Exmo. Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro);*

V) *O entendimento contido na tese jurídica n.º 4 aplica-se exclusivamente aos contratos de empreitada celebrados após 11 de maio de 2017, data do presente julgamento - ED-IRR - 190-53.2015.5.03.0090 9/8/2018" (g.n.).*

Conforme fundamentação, o contrato de empreitada foi firmado pelas reclamadas em 22/03/2021, após, portanto, ao marco temporal fixado na tese jurídica V do precedente oriundo do julgamento do TSTIRR-190-53.2015.5.03.0090 (11/05/2017), de modo que é plenamente aplicável, à presente hipótese, o entendimento estabelecido na tese jurídica IV do mesmo.

Todavia, a despeito da celebração do ajuste em período posterior a 11/05/2017, e muito embora a segunda reclamada se cuide de empresa construtora ou incorporadora, inexistem, nos autos, elementos que demonstrem a efetiva inidoneidade econômico-financeira da primeira ré, elemento essencial à caracterização da responsabilidade subsidiária da dona da obra, conforme a mencionada tese jurídica firmada no item IV do aludido precedente, cuja diretriz deve ser observada em razão do seu caráter vinculante, nos moldes do artigo 896-C, §11º, da CLT.

De todo o exposto, **nego provimento** ao apelo.

#### **Honorários advocatícios sucumbenciais.**

O percentual fixado na origem (5%) se encontra em conformidade com as balizas propostas pelo §2º, do artigo 791-A, da CLT, não comportando majoração.

#### **Nego provimento.**

#### **Juros de mora. Atualização monetária.**

O direcionamento de origem está em consonância com os parâmetros vinculantes fixados pelo e. STF por ocasião do julgamento das ADC's 58 e 59, consistente na incidência do IPCA-E na fase pré-judicial e, unicamente, da taxa SELIC a partir do ajuizamento da ação, a qual já engloba os juros de mora.

No que diz respeito à aplicação da TRD cumulativamente com o IPCA-E na fase pré-judicial, trata-se de conclusão que, apesar de poder ser extraída, em um primeiro momento, da ementa do acórdão da ADC n. 58, não se adequa ao entendimento que o STF tem dado à matéria.

Portanto, a sentença não comporta reforma.

**Nego provimento.**

**Acórdão**

**ANTE O EXPOSTO**, ACORDAM os Magistrados integrantes da 17ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em: Por unanimidade de votos, **CONHECER** do recurso ordinário, **REJEITAR** as preliminares arguidas e, no mérito, **DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO** para (i) reconhecer que a extinção do contrato de trabalho se deu sem justa causa; e (ii) acrescer à condenação (ii.a) verbas rescisórias decorrentes da dispensa imotivada; e (ii.b) diferenças de horas extras e reflexos, nos termos da fundamentação do voto.

Mantém-se, para fins recursais, o valor fixado em primeiro grau a título de custas processuais.

Consideram-se, para fins recursais, devidamente prequestionadas todas as matérias apresentadas no apelo.

Presidiu o Julgamento o Exmo. Sr. ALVARO ALVES NÓGA.

Tomaram parte no Julgamento os Exmos. Srs. CATARINA VON ZUBEN (relator), HOMERO BATISTA MATEUS DA SILVA (revisor) e MAURÍCIO MARCHETTI (3º votante).

Presente o ilustre representante do Ministério Público do Trabalho.

**CATARINA VON ZUBEN**  
**Desembargadora Relatora**

4\*

**PJe**



Assinado eletronicamente por: [CATARINA VON ZUBEN] - f718454

<https://pje.trt2.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam> Documento assinado pelo Shodo

