



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO
0000851-41.2013.5.04.0812 RO

Fl. 1

DESEMBARGADOR CLÓVIS FERNANDO SCHUCH SANTOS
Órgão Julgador: 5ª Turma

Recorrente: COMPANHIA ESTADUAL DE DISTRIBUIÇÃO DE
ENERGIA ELÉTRICA - CEEE - D - Adv. Jimmy Bariani
Koch
Recorrido: JOSÉ JULIO CEZAR MOTA - Adv. Carlos Alberto Fraga
do Couto
Origem: 2ª Vara do Trabalho de Bagé
Prolator da
Sentença: JUIZ FELIPE LOPES SOARES

E M E N T A

VÍNCULO DE EMPREGO. PRESCRIÇÃO BIENAL. AÇÃO DECLARATÓRIA. O direito à declaração do vínculo de emprego não se sujeita à limitação temporal ao exercício de ação imposto pelos artigos 7º, XXIX, da Constituição da República e 11 da Consolidação das Leis do Trabalho, porquanto possui natureza declaratória, tratando-se de demanda imprescritível.
VÍNCULO DE EMPREGO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. NULIDADE. DIREITO À PERCEPÇÃO DAS HORAS EFETIVAMENTE LABORADAS E AO CORRESPONDENTE RECOLHIMENTO DE FGTS. Constatada a existência de irregularidade na intermediação de mão de obra, impõe-se reconhecer o vínculo de emprego do trabalhador com a tomadora dos serviços. A circunstância de a tomadora integrar a Administração Pública não impede o reconhecimento dos efeitos do contrato de trabalho, ainda que a contratação seja nula, em virtude da falta de concurso público. Todavia, o entendimento majoritário da Turma Julgadora é de que a vedação do artigo 37, II, da Constituição da República impede o reconhecimento de vínculo de emprego entre as partes, fazendo jus o



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO
0000851-41.2013.5.04.0812 RO

Fl. 2

empregado tão-somente ao valor correspondente às horas de labor na forma pactuada e aos depósitos do FGTS, de forma indenizada, pela aplicação da Súmula n. 363 do TST.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 5ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 04ª Região: **à unanimidade de votos, negar provimento ao recurso ordinário da ré.**

Intime-se.

Porto Alegre, 26 de fevereiro de 2015 (quinta-feira).

RELATÓRIO

Inconformada com a sentença de parcial procedência da ação (fls. 711-715), a ré interpõe recurso ordinário, às fls. 719-728.

Postula a reforma da sentença quanto à prescrição total, reconhecimento do vínculo de emprego de 02-01-1988 a 10-7-1991, contrato nulo e dever de indenizar a partir de 12-9-2008, diferenças salariais, aplicação da Súmula n. 363 do TST, adicional de periculosidade, férias, FGTS e honorários de assistência judiciária.

Sem contrarrazões, são os autos encaminhados a este Tribunal para julgamento.

É o relatório.



ACÓRDÃO
0000851-41.2013.5.04.0812 RO

Fl. 3

V O T O

DESEMBARGADOR CLÓVIS FERNANDO SCHUCH SANTOS
(RELATOR):

1. RECURSO ORDINÁRIO DA RÉ

1.1 PRESCRIÇÃO TOTAL

Postula a ré seja pronunciada a prescrição total no que tange ao pedido de reconhecimento do vínculo de emprego desde 02-01-1988, nos termos do art. 7º, XXIX, da CF.

Analisa-se.

A restrição temporal imposta pelos artigos 7º, XXIX, da Constituição da República e 11 da Consolidação das Leis do Trabalho se refere exclusivamente para discussão de créditos trabalhistas advindos da relação de emprego. No que tange à lide para debate do vínculo de emprego propriamente dito, esta possui natureza declaratória, tratando-se de demanda imprescritível.

Nega-se provimento.

1.2. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO DE 02-01-1988 A 10-7-1991. CONTRATO NULO E DEVER DE INDENIZAR A PARTIR DE 12-9-2008. DIFERENÇAS SALARIAIS. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 363 DO TST.

Afirma o autor, na inicial, ter trabalhado, desde 02-01-1988, nos serviços próprios e permanentes da ré, de forma habitual, cumprindo horários de



ACÓRDÃO

0000851-41.2013.5.04.0812 RO

Fl. 4

trabalho por ela fixado e estando subordinado às chefias da ré, embora tenha sido formalmente contratado por empresas interpostas em verdadeira fraude à legislação trabalhista.

A sentença assim resolveu a questão:

O autor narra na petição inicial que desempenhou sucessivos contratos de trabalho em prol da reclamada na condição de empregado terceirizado, vinculado sempre a pessoa interposta designada para, na prática, executar a atividade fim da tomadora. Com isso, sobrevém a tese de que se há de reconhecer a existência de vínculo de emprego diretamente com a tomadora CEEE.

Os referidos contratos de prestação de serviços e que dão origem às relações trabalhistas em que figurou o autor estão juntados pela reclamada às fls. 62, 95, 117, 141, 145, 229, 231, 279, 376, 289, 447, 467, 510 e 518, mas não abrangem a integralidade dos períodos descritos na inicial. Dada a ausência de documentos hábeis a afastar a pretensão autoral, tenho que, pelo menos em relação aos contratos formulados entre a ré e EPH Serviços de Engenharia Ltda, Sinuelo Prestação de Serviços Ltda e Waldemar Marcowisch dos Santos ME, conforme os períodos descritos na fl. 04, já de plano é possível assinalar que aqueles serviços prestados incluíam como objeto os afazeres relacionados à atividade fim da reclamada.

Voltando à análise daqueles contratos juntados aos autos e



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO
0000851-41.2013.5.04.0812 RO

Fl. 5

acima mencionados, observo que os objetos neles descritos preveem, em síntese, a execução de serviços de construção de redes de energia elétrica, ligação e corte de energia elétrica, serviços gerais em redes de distribuição de energia elétrica, instalação e deslocamento de transformadores e manutenção em redes de distribuição de energia elétrica. Inegavelmente, estes serviços contratados com as empresas de prestação de serviço respectivas abrangem as atividades fim da reclamada.

Com isso, atrai-se a aplicação da Súmula 331 do TST, que no seu item I institui que “a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário”.

Por aplicação da referida Súmula, reconheço a existência de vínculo de emprego entre o reclamante e a reclamada no período referente ao contrato formulado com a EPH Serviços de Engenharia Ltda, pelo lapso transcorrido entre 02/01/1988 e 10/07/1991, haja vista que tal ajuste foi firmado antes da vigência da Constituição Federal de 1988.

Ressalto, por oportuno, que não há como declarar a continuidade do vínculo de emprego com relação aos demais contratos celebrados após o término deste que acabo de assinalar, haja vista o transcurso de prazo maior do que dois anos entre este e o contrato que o sucedeu (Sinuelo Prestação



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO
0000851-41.2013.5.04.0812 RO

Fl. 6

de Serviços, iniciado em 16/09/1993).

Quanto à função desempenhada e demais disposições, há que se observar as questões atinentes ao enquadramento funcional, sobre o que adiante discorrerei.

Relativamente aos demais contratos (a partir da prestadora Sinuelo, inclusive), haja vista o óbice constitucional versado no inciso II do artigo 37 da Constituição Federal, e mesmo o entendimento consolidado no item II do Enunciado 331 do TST, resta impedido o reconhecimento da existência de contrato de emprego. Remanesce, porém, o dever de indenizar imposto à administração, conforme passo a analisar.

O estudo do conteúdo das atividades desempenhas pelo reclamante no prazo não prescrito é viabilizado pela leitura das atribuições listadas pelo Perito Técnico, conforme laudo da fl. 685-6. Ali constaram, entre outros afazeres, a obrigação de montador de linhas e redes, inerentemente à transmissão e distribuição de energia elétrica e execução de manutenção em rede de alta e baixa tensão. Saliento que a reclamada não manifestou divergência quanto a estas atribuições.

Diante do contexto, volto a dizer, há de se ver que o reclamante inegavelmente cumpriu tarefas relacionadas à atividade-fim da reclamada, qual seja, a prestação de serviços de transmissão e distribuição de energia elétrica.

A utilização de mão de obra alheia para cumprimento de



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO

0000851-41.2013.5.04.0812 RO

Fl. 7

atividade fim, ou seja, a contratação de trabalhadores por pessoa jurídica interposta, é vedada pelo Direito do Trabalho e dá ensejo ao reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com o tomador dos serviços - no caso, a reclamada. No entanto, por expressa proibição constitucional do art. 37, II, como dito, é inviável o reconhecimento do vínculo de emprego pela ausência de concurso público.

As repercussões de tal prática no contrato do trabalhador não são tratadas pela lei de modo expresso.

Diante da verdadeira lacuna existente, impõe-se o recurso ao princípio da isonomia, na forma do art. 8º da CLT. Sua aplicação garante que não haja diferença pecuniária entre empregados regularmente admitidos e aqueles que, como neste caso, foram vítimas da precarização das condições de trabalho disfarçada de terceirização. O óbice constitucional limita-se à admissão mediante concurso público; tal disposição constitucional não pode servir de abrigo para que a má prática de terceirização de atividade fim de ente integrante da Fazenda Pública coloque o trabalhador precarizado em franco prejuízo em relação aos empregados regulares.

No caso dos autos, haja vista a existência de um quadro de carreira organizado, a isonomia salarial se atende mediante o pagamento do salário previsto em conformidade com os enquadramentos estabelecidos pela parte reclamada no contexto do seu PCO.



ACÓRDÃO

0000851-41.2013.5.04.0812 RO

Fl. 8

Aqui, chamo a atenção para o fato de que a reclamada não impugna o cargo indicado pelo reclamante na inicial como sendo o referente ao enquadramento pretendido.

Provas das circunstâncias que importariam na formação do vínculo de emprego e sua decorrência a partir do princípio da isonomia, deve-se, portanto, observar o enquadramento requerido na inicial, isto é, o emprego de Auxiliar Técnico V, na função de Eletricista de Rede.

Assim, condeno a reclamada a proceder às anotações na CTPS do autor relativamente ao contrato de emprego existente pelo período de 02/01/1988 a 10/07/1991, observando-se o enquadramento na função e emprego de Auxiliar Técnico V, Eletricistas de Rede, com o salário aplicável conforme normas internas da reclamada, obrigação que deverá ser cumprida no prazo de 10 dias contados da intimação para tanto, após o trânsito em julgado da presente decisão, sob pena de multa diária de R\$ 100,00, limitada a 30 dias.

Condeno a reclamada, ainda, ao pagamento da indenização correspondente às diferenças salariais existentes entre os pagamentos realizados ao reclamante e aqueles valores garantidos ao Auxiliar Técnico V, Eletricista de Rede, com reflexos em horas extras, adicional de periculosidade (porque adiante deferido, como se verá), décimo terceiro salário, aviso prévio e férias com 1/3.

As diferenças salariais deferidas abrangem todo o período



ACÓRDÃO
0000851-41.2013.5.04.0812 RO

Fl. 9

não prescrito de prestação de serviço à reclamada por empresas interpostas.

São indevidos reflexos sobre adicional de insalubridade, horas de sobreaviso, horas de prontidão, horas de plantão, gratificação após férias e adicional noturno, pois as parcelas não foram recebidas pelo reclamante, nem são devidas.

A parcela deferida é calculada sobre base mensal, pelo que já se encontram remunerados os repousos semanais remunerados e os feriados.

Os reflexos sobre o FGTS serão objeto de análise em tópico próprio.

Como referência salarial atinente ao emprego de Auxiliar Técnico V, Eletricista de Rede, deve-se observar, conforme a época, o que for mais benéfico. Deverão ser aplicados, ainda, os pisos e reajustes garantidos por norma coletiva aos empregados da CEEE, conforme normas coletivas já presentes nos autos." - fls. 711v-712v

Analisa-se.

Quanto à definição de atividade-meio e atividade-fim, destaca-se os ensinamentos de Maurício Godinho Delgado:

Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a



ACÓRDÃO

0000851-41.2013.5.04.0812 RO

Fl. 10

definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.

Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços. São, ilustrativamente, as atividades referidas, originalmente, pelo antigo texto da Lei n. 5.645, de 1970: "transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas". São também outras atividades meramente instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento (serviço de alimentação aos empregados do estabelecimento, etc.) (Maurício Godinho Delgado in Curso de Direito do Trabalho, 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 450).

Entende-se que os serviços de eletricitista de rede estão inseridos nas atividades-fim da empresa recorrente, pois, sem sombra de dúvidas, ajustam-se ao núcleo da dinâmica empresarial. Ora, os serviços de eletricidade são atividades essenciais em uma empresa como a CEEE.

Veja-se que a situação trazida a julgamento envolve a imputação a outras empresas de tarefas essenciais ao seu funcionamento, pois a atuação da empresas contratadas se mostra indispensável à própria existência da ré,



ACÓRDÃO

0000851-41.2013.5.04.0812 RO

Fl. 11

uma vez que a ausência de serviços de eletricitista de rede inviabiliza o funcionamento da empresa no mercado econômico.

Tendo a ré contratado outras empresas para prestar serviços ligados a sua atividade-fim, é ilegal a terceirização efetuada, sendo imperioso o reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com a tomadora dos serviços. Adota-se o entendimento contido na Súmula n. 331, item I, do TST:

SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do



ACÓRDÃO

0000851-41.2013.5.04.0812 RO

Fl. 12

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.

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

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

No caso em análise, a prova documental dá conta de que desde a primeira contratação pela empresa EPH Serviços de Engenharia Ltda, na realidade, prestava serviços diretamente à CEEE, realizando atribuições atreladas à sua atividade-fim e estando subordinada a esta empregadora.

Da análise dos documentos juntados aos autos, verifica-se ter o autor trabalhado para a ré através de outras empresas, desde 02-01-1988, embora com solução de continuidade em alguns períodos (cerca de 2 anos entre 1991 e 1993, por exemplo).

A prova dos autos, efetivamente, conforta a tese declinada na petição



ACÓRDÃO

0000851-41.2013.5.04.0812 RO

Fl. 13

inicial, no sentido de que o autor prestou serviços à CEEE, vinculado a outras empresas.

Logo, além de presentes os requisitos caracterizadores da relação de emprego (especialmente a subordinação), evidencia-se a manifesta ilicitude da intermediação da mão de obra entabulada, em razão da terceirização de atividade-fim, autorizando, assim, a formação do vínculo de emprego diretamente com a empresa tomadora, nos moldes da Súmula n. 331, I, do TST.

Quanto ao período anterior à Constituição da República, tem-se por aplicável a OJ n. 321, da SDI-1, do TST, verbis:

321. VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PERÍODO ANTERIOR À CF/1988 (nova redação) - DJ 20.04.2005

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços, inclusive ente público, em relação ao período anterior à vigência da CF/1988.

Esta questão, inclusive, já foi objeto de análise por este Regional em diversas ocasiões, tendo-se reconhecido o vínculo de emprego com a demandada CEEE. Cita-se os seguintes julgados:

CEEE-D. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. UNICIDADE CONTRATUAL. O ajuizamento de ações judiciais anteriores, nas quais o reclamante pleiteou a condenação subsidiária da



ACÓRDÃO

0000851-41.2013.5.04.0812 RO

Fl. 14

CEEE-D na condição de tomadora dos serviços - e ainda que nestas ações tenha sido focado apenas o último período em que esteve vinculado a uma empresa prestadora de serviços, leva à conclusão de que, em todo o período em relação ao qual é agora buscado o reconhecimento da existência de um único contrato de trabalho com a CEEE-D, esta figurou sempre como mera tomadora dos serviços. (TRT da 04ª Região, 4a. Turma, 0118300-91.2006.5.04.0027 RO, em 10/04/2014, Desembargador George Achutti - Relator. Participaram do julgamento: Desembargador André Reverbel Fernandes, Juiz Convocado João Batista de Matos Danda)

VÍNCULO DE EMPREGO. UNICIDADE CONTRATUAL. Demonstrado nos autos que, apesar da contratação mediante empresa interposta, o autor se reportava diretamente a prepostos da reclamada, executava as mesmas atividades que os empregados desta, chegando a assinar o registro de horário dentro de escritório localizado na sede da empresa tomadora, deve-se afastar a formalidade da contratação e reconhecer o vínculo diretamente com a reclamada. Além disso, considerando-se que após a formalização do contrato de trabalho com a reclamada o autor manteve realizando as mesmas atividades que desempenhava na condição de funcionário da prestadora de serviços, não havendo solução de continuidade na relação de trabalho, deve-se reconhecer a unicidade contratual, somando-se ambos períodos no tempo de serviço do autor. Recurso das reclamadas improvido. (TRT da 04ª Região, 8a. Turma, 0001012-84.2012.5.04.0004 RO, em



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO

0000851-41.2013.5.04.0812 RO

Fl. 15

22/05/2014, Desembargador Francisco Rossal de Araújo -
Relator. Participaram do julgamento: Desembargador João Paulo
Lucena, Desembargador Fernando Luiz de Moura Cassal)

Assim, pelos fundamentos expostos, mantenho a sentença que reconheceu a existência de vínculo de emprego diretamente com a ré CEEE, no período anterior à Constituição Federal de 1988, ou seja, de 02-01-1988 a 10-7-1991.

No tocante às contratações posteriores, mantém-se a indenização arbitrada pelo Juízo de origem, com base no princípio da isonomia, deferindo o pagamento, de forma indenizada, das diferenças salariais existentes entre os pagamentos realizados ao reclamante e aqueles valores garantidos ao Auxiliar Técnico V, Eletricista de Rede, pelos seguintes fundamentos:

O ato administrativo praticado pelo Ente Público está consagrado na Súmula n. 473 do STF: A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos a apreciação judicial.

Este Relator é da opinião de que a circunstância de o réu ser ente da Administração Pública não impede o reconhecimento dos efeitos do contrato de trabalho, ainda que a contratação seja nula, em virtude da falta de concurso público. Prevalece entendimento de que a contratação irregular por ente público dá direito ao percebimento das verbas relativas ao contrato de trabalho mantido, porquanto houve a prestação de labor, não sendo possível restituir as partes ao estado anterior ao início da prestação de



ACÓRDÃO

0000851-41.2013.5.04.0812 RO

Fl. 16

serviços.

Neste sentido, mesmo nulo, o contrato gera todos os seus efeitos e não apenas aqueles mencionados na Súmula n. 363 do TST, citando-se, por oportuno, trecho de voto da lavra da Exma. Juíza Convocada Angela Rosi Almeida Chapper: *reconhecer a incidência da Súmula n. 363 do TST, seria penalizar apenas o empregado, sem que a Administração Pública respondesse pela contratação irregular* (RO 0000062-15.2012.5.04.0121).

Destarte, todos os efeitos da relação de emprego devem ser preservados e não apenas aqueles previstos na Súmula n. 363 do TST, como postulado pela ré.

Todavia, tendo havido recurso apenas da ré, e em razão da proibição da *reformatio in pejus*, mantém-se a sentença na forma deferida.

Nega-se provimento.

1.3. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE

O Juiz do primeiro grau condenou a ré ao pagamento do adicional de periculosidade, calculado sobre o salário base, com reflexos em horas extras, férias com 1/3 e 13º salário.

A ré insurge-se contra a sentença, advogando não ter sido observado o conteúdo da Súmula n. 364 do TST, a qual determina que o contato eventual e esporádico a situações de risco não enseja o pagamento do adicional de periculosidade. Caso seja mantida a condenação, requer seja observada como base de cálculo o salário base do empregado.

Analisa-se.

Inicialmente, esclarece-se que a sentença não estabeleceu a base de



ACÓRDÃO

0000851-41.2013.5.04.0812 RO

Fl. 17

cálculo da parcela, de modo que se entende, nesse caso, que a base de cálculo é aquela estabelecida no art. 193 da CLT, ou seja, o salário base.

A conclusão do parecer do perito das fls. 683-689 é de que, diante das atividades desenvolvidas pelo autor, ocorria exposição à situação de risco pelo contato com eletricidade. O autor foi contratado para exercer a função de eletricitista, tendo sempre laborado a favor da ré (CEEE-D).

Diante da natureza das atividades do autor, é perfeitamente aplicável a Súmula n. 364 do TST, pois a exposição do autor à situação de risco ocorria de forma intermitente:

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO EVENTUAL, PERMANENTE E INTERMITENTE (cancelado o item II e dada nova redação ao item I) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011 - Tem direito ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido. (ex-Ojs da SBDI-1 nºs 05 - inserida em 14.03.1994 - e 280 - DJ 11.08.2003)

O que define o direito ao adicional é estar o trabalhador exposto a risco elétrico, sujeito ao contato com sistema elétrico de potência, este definido na NBR 5460/81 da ABNT como *"aquele que compreende instalações para geração, transmissão e/ou distribuição de energia elétrica"*. Ainda nos termos do § 2º do artigo 2º do Decreto n. 93.412/86, que regulamenta a Lei n. 7.369/85, *"são equipamentos ou instalações elétricas em situação de risco aqueles cujo contato físico ou exposição aos efeitos da*



ACÓRDÃO

0000851-41.2013.5.04.0812 RO

Fl. 18

eletricidade possam resultar incapacitação, invalidez permanente ou morte".

Portanto, a ré (CEEE-D) não produziu qualquer prova capaz de infirmar as conclusões da perícia realizada por perito da confiança do Juízo de origem, encargo probatório que lhe competia, nos moldes dos artigos 818 da CLT e 333, II, do CPC.

Nega-se provimento.

1.4. FÉRIAS

A ré insurge-se contra a decisão em que condenada ao pagamento das férias em dobro. Sustenta, em síntese, que não era a real empregadora do autor, de modo que a ausência de juntada dos documentos que comprovem a concessão das férias não pode vir em seu prejuízo. Aduz ser ônus do autor comprovar suas alegações. Pede a reforma.

O Juízo de origem observou que a ré não trouxe aos autos os comprovantes de concessão de férias, tampouco os registros de horário que comprovassem o período de gozo de férias, condenando a ré ao pagamento das férias em dobro, acrescidas de 1/3, e autorizada a dedução dos valores comprovadamente pagos, ainda que tal comprovação se dê em liquidação de sentença.

Analisa-se.

A ré não produz nenhuma prova acerca da concessão ao autor das férias anuais remuneradas, acrescidas de 1/3.

Assim, correta a condenação ao pagamento em dobro destes períodos, com a correspondente dedução dos valores pagos a este título, a serem



ACÓRDÃO
0000851-41.2013.5.04.0812 RO

Fl. 19

devidamente comprovados em liquidação de sentença.

Nega-se provimento ao recurso.

1.5. DIFERENÇAS DE FGTS

A ré insurge-se contra a decisão do Juízo de origem em que condenada ao pagamento de diferenças relativas aos depósitos do FGTS. Refere que tal condenação está embasada no fato de não ter restado comprovada a totalidade dos depósitos devidos. Sustenta que seria do autor o ônus de comprovar suas alegações, salientando que o autor poderia ter anexado aos autos os extratos de sua conta vinculada, a fim de demonstrar possíveis diferenças. Sucessivamente, postula seja absolvida da condenação ao pagamento da multa de 40%, porquanto permanece o autor laborando.

O Juízo de origem entendeu que a ré não teria comprovado a totalidade dos depósitos do FGTS do período contratual. Deferiu ao autor o pagamento de diferenças de FGTS incidente sobre as parcelas do período trabalhado, com o acréscimo de 40%, exceto no tocante ao último contrato de trabalho, que continua em vigor.

Analisa-se.

Na petição inicial, o autor refere que a ré não teria recolhido corretamente os depósitos referentes ao FGTS do período trabalhado.

Em defesa, a ré alega que as empresas contratantes certamente efetuaram a integralidade dos depósitos relativos ao FGTS, ressaltando inexistirem diferenças favoráveis ao autor.

A ré não comprova o recolhimento da totalidade dos depósitos relativos ao FGTS.



ACÓRDÃO

0000851-41.2013.5.04.0812 RO

Fl. 20

Comunga-se do entendimento do Julgador do primeiro grau de que são devidas as diferenças de FGTS, em face da inexistência de provas quanto aos depósitos na conta vinculada do autor. Registra-se que pertence à ré o ônus de comprovar a correção dos depósitos e não ao autor.

Salienta-se que havia divergência em relação ao ônus da prova quando vigente o entendimento contido na Orientação Jurisprudencial n. 301 da SDI-I do TST. Entretanto, a partir do seu cancelamento em maio de 2011, não resta dúvida de que o ônus da prova é do empregador, diante do princípio da aptidão para a prova. Transcreve-se, por oportuno, decisões do Tribunal Superior do Trabalho, nesse sentido, proferidas após o cancelamento da referida Orientação Jurisprudencial:

DIFERENÇAS DE FGTS. ÔNUS DA PROVA. Segundo o princípio da aptidão para a prova, cabe ao empregador comprovar o regular pagamento do FGTS, uma vez que possui as guias comprobatórias dos recolhimentos. Desse entendimento resultou o cancelamento da Orientação Jurisprudencial nº 301 da SDI-1 desta Corte Superior Trabalhista, consoante Resolução nº 175/2011. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (Processo: AIRR - 884-53.2010.5.19.0057 Data de Julgamento: 13/06/2012, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/06/2012).

FGTS. DIFERENÇAS. ÔNUS DA PROVA. O cancelamento da Orientação Jurisprudencial nº 301 da SBDI-1 desta Corte, pela Resolução nº 175/2011, sinaliza a adoção de novo posicionamento jurisprudencial, no sentido de atribuir ao



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO

0000851-41.2013.5.04.0812 RO

Fl. 21

empregador o ônus de comprovar a correção dos depósitos de FGTS, independentemente da especificação do período de débito, pelo empregado, e da alegação de inexistência de diferenças, pela empresa. Com efeito, o ônus da prova deve ser atribuído à parte que melhor tem condições de produzi-la. No caso do FGTS, é mais plausível exigir que a empresa apresente a documentação, que ela naturalmente deve manter, atinente aos depósitos de FGTS de seus empregados, a fim de comprovar a regularidade dos recolhimentos, do que exigir que o empregado diligencie junto à Caixa Econômica Federal, para obter os comprovantes relativos a todo o período imprescrito. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (Processo: AIRR - 1704600-72.2009.5.09.0015 Data de Julgamento: 13/06/2012, Relator Ministro: Pedro Paulo Manus, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/06/2012)

DIFERENÇAS DO FGTS. REGULARIDADE DO RECOLHIMENTO DOS DEPÓSITOS NA CONTA VINCULADA. ÔNUS DA PROVA. Esta Corte, ao promover debates entre os seus Ministros com o intuito de adequar a sua jurisprudência em temas relevantes, na semana compreendida entre 16/05/2011 e 20/05/2011, com publicação dos resultados em 24/05/2011, no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, cancelou a OJ 301/SBDI-1/TST (Resolução nº 175), impondo-se, assim, o entendimento de que é do empregador o ônus da prova em relação à regularidade dos depósitos do FGTS. Recurso de revista conhecido e provido, no aspecto. (Processo: RR - 85300-



ACÓRDÃO

0000851-41.2013.5.04.0812 RO

Fl. 22

56.2007.5.02.0016 Data de Julgamento: 23/05/2012, Relator
Ministro: Maurício Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de
Publicação: DEJT 25/05/2012)

Assim, não tendo a empregadora, a quem incumbe o dever de documentação pertinente ao contrato de trabalho, comprovado a totalidade dos depósitos, há de ser condenada ao pagamento de diferenças de FGTS, conforme deferido na sentença.

Sinala-se, por fim, que a condenação diz respeito apenas ao pagamento de diferenças, o que oportunizará, na fase de liquidação de sentença, a comprovação dos depósitos efetivamente realizados, evitando-se o enriquecimento indevido da parte adversa.

No que tange ao pedido sucessivo, registro ter a sentença condenado ao pagamento da multa de 40% com relação apenas aos contratos anteriormente extintos, ressaltando não ser devida referida multa no que toca ao contrato de trabalho que permanece em vigor.

Nega-se provimento.

1.6. HONORÁRIOS DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA.

A ré não se conforma com a condenação ao pagamento dos honorários de assistência judiciária, argumentando não estarem preenchidos os requisitos legais para o deferimento da verba honorária. Sucessivamente, postula que a verba honorária incida apenas sobre o valor líquido da condenação.

O Juízo de origem condenou a ré ao pagamento de honorários de assistência judiciária de 15% sobre o valor da condenação.

Analisa-se.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO

0000851-41.2013.5.04.0812 RO

Fl. 23

Com o advento da Emenda Constitucional 45/04, que trouxe para a competência da Justiça do Trabalho o julgamento de outras relações de trabalho e não apenas as relações de emprego, resulta inquestionável a aplicação da Lei n. 1.060/50 ao processo do trabalho, sendo inexigível a manutenção do monopólio sindical para obtenção do benefício da assistência judiciária somente para os jurisdicionados empregados, o que implica em afronta ao disposto no artigo 5º, caput, da Lei Maior.

Salienta-se que, nos termos do inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição da República, é direito fundamental a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recurso pelo Estado. Assim, também pela omissão do Estado, já que a Defensoria Pública não atua na Justiça do Trabalho, não pode prevalecer o monopólio sindical.

Ante a declaração de pobreza juntada aos autos à fl. 24, com base no artigo 790, §3º, da CLT e na Lei n. 1.060/50, são devidos honorários de assistência judiciária.

No que tange à base de cálculo dos honorários assistenciais, nos termos referidos no artigo 11, § 1º, da Lei n. 1.060/50, o valor líquido é o montante obtido depois de liquidada a condenação, ou seja, o valor bruto da condenação, sem a dedução dos descontos fiscais e previdenciários, e não o valor líquido após os descontos. Esse é o entendimento consubstanciado na Orientação Jurisprudencial n. 348 da SDI-1 do TST, *in verbis*: Os honorários advocatícios, arbitrados nos termos do artigo 11, § 1º, da Lei n. 1.060/50, devem incidir sobre o valor líquido da condenação, apurado na fase de liquidação de sentença, sem a dedução dos descontos fiscais e previdenciários. Também é o entendimento contido na Súmula n. 37 deste



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO

0000851-41.2013.5.04.0812 RO

Fl. 24

Tribunal: *HONORÁRIOS DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. BASE DE CÁLCULO. Os honorários de assistência judiciária são calculados sobre o valor bruto da condenação.*

Nega-se provimento ao recurso.

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADOR CLÓVIS FERNANDO SCHUCH SANTOS

(RELATOR)

DESEMBARGADORA BRÍGIDA JOAQUINA CHARÃO BARCELOS

TOSCHI

DESEMBARGADORA BERENICE MESSIAS CORRÊA