

Vistos, etc.

Celso Pedro Viega ajuíza reclamatória trabalhista contra **Cooperativa dos Trabalhadores Autônomos de Lagoa Vermelha Ltda. e Município de Capão Bonito do Sul** em 30 de julho de 2015. Demanda o reconhecimento do vínculo de emprego e postula os demais pedidos elencados na petição inicial, dando para a causa o valor de R\$ 50.000,00. Em audiência, os reclamados contestam, arguindo preliminares e requerendo a improcedência dos pedidos. As partes juntam documentos. No prosseguimento da audiência, são ouvidos o reclamante e o representante do segundo reclamado e é produzida a prova testemunhal. Sem outras provas para produzir, é encerrada a instrução. As razões finais são remissivas. As propostas de conciliação são rejeitadas. É o relatório.

Isto posto,

1. Da preliminar de inépcia da petição inicial. (1)

A primeira reclamada invoca a preliminar de inépcia da petição inicial ao fundamento de que dos fatos não decorre logicamente os pedidos, pois o reclamante narra que era cooperativado e demanda parcelas trabalhistas. Sob o mesmo fundamento, entende que os pedidos da petição inicial são contraditórios, uma vez que incidem tanto sobre direitos trabalhistas como também sobre direitos civis da associação cooperativista. A reclamada não está com a razão, na medida em que é incabível a interpretação da petição inicial proposta por ela nesta preliminar. Isso porque o reclamante relatou muito claramente na petição inicial que manteve uma relação de emprego com a primeira reclamada fraudada sob o manto de uma relação cooperativista. Portanto, os pedidos, todos de cunho trabalhista, estão claramente fundamentados na petição inicial, a começar pelo reconhecimento do vínculo de emprego. Nessa esteira, o reclamante não apresenta nenhum pedido de natureza civil cooperativista, buscando, pelo contrário, o afastamento dessa falsa aparência que alega ter sido dada à relação pela primeira reclamada. Não por outro motivo, a primeira reclamada adotou uma defesa de mérito coerente com essas premissas.

2. Da preliminar de inépcia da petição inicial. (2)

A primeira reclamada invoca a preliminar de inépcia da petição inicial por falta de pedido em relação a várias causas de pedir (as quais ela não especifica) lançadas naquela peça. A reclamada não está com a razão. Em primeiro lugar, basta uma simples leitura da petição inicial para se compreender que ela está ordenada em capítulos, cada um deles decomposto em causa de pedir e pedido, além de possuir um rol anexo de pedidos. Portanto, esta alegação genérica de inépcia da petição inicial feita pela primeira reclamada está totalmente dissociada da realidade. Ademais, ela está a desconsiderar que, independentemente do rol de pedidos anexo, dentro de cada um desses capítulos, já há, além da causa de pedir, o próprio pedido.

3. Da preliminar de incompetência material.

O segundo reclamado invoca a preliminar de incompetência material da Justiça do Trabalho para examinar a relação de prestação de serviços do reclamante para ele, ao fundamento de que se submete à regulamentação do regime jurídico único estatutário. O segundo reclamado não está com a razão. Em momento algum se cogita de relação estatutária de servidor público na presente ação. A relação jurídica que o reclamante busca ver reconhecida na petição inicial é o reconhecimento do vínculo de emprego celetista dele com a primeira reclamada, que se submete sim à competência da Justiça do Trabalho. A inclusão do segundo reclamado no polo passivo da ação decorre da sua contratação de terceirização de serviços com a primeira reclamada. Esta parte do contrato administrativo de prestação de serviços que diz respeito à responsabilidade das partes pelo cumprimento de obrigações trabalhistas também é atraída pela competência da Justiça do Trabalho porque suas cláusulas têm como fundamento jurídico último uma relação de trabalho. Com efeito, o fundamento da ação em relação ao Ente Público é o de que o reclamante, através de um contrato de terceirização de mão-de-obra, prestava serviços em benefício do segundo reclamado. Nesse sentido, os limites e características desse beneficiamento, bem como todas as cláusulas contratuais que digam respeito a questões trabalhistas acabam, por irradiação dos efeitos da relação de trabalho, sendo alcançadas pela competência material prevista no inciso I do artigo 114 da Constituição Federal.

4. Da preliminar de carência de ação por ilegitimidade passiva.

O segundo reclamado invoca a preliminar de carência de ação por ilegitimidade passiva, sustentando que não manteve relação de emprego com o reclamante. Aduz que contratou a terceirização de serviços com a primeira reclamada e que esta era a responsável pela contratação e retribuição da mão de obra, sem qualquer ingerência sua. Entretanto, entendo que o segundo reclamado não está com a razão, na medida em que pretende, em sede preliminar, adiantar a discussão acerca de matéria que fica mais bem colocada no mérito da reclamationária e, como tal, será tratada no momento oportuno. Com efeito, a legitimidade das partes, embora arrolada no artigo 267 CPC como uma condição de admissibilidade da ação, acabou consagrada na doutrina e na jurisprudência trabalhistas como questão que fica mais bem colocada no mérito da ação, posto que é lá que se discutem a existência ou não de contrato de trabalho e as eventuais responsabilidades das partes. Ademais, a legitimidade da parte reside na correta indicação sobre quem recai a pretensão lançada nos fundamentos da inicial, que, no caso, coloca a segunda reclamada como tomadora dos serviços prestados, independentemente da relação material que vier a ser declarada no mérito.

5. Da preliminar de carência de ação por impossibilidade. (1)

A primeira reclamada invoca a preliminar de carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido em relação aos pedidos de vínculo de emprego e das parcelas trabalhistas decorrentes dele, ao fundamento de que os pedidos são juridicamente impossíveis dentro da relação cooperativista que manteve com o reclamante e que há previsão legal expressa que impede tal reconhecimento do vínculo de emprego. Renova a arguição desta preliminar como sendo também uma das causas da inépcia da petição inicial. A primeira reclamada não está com a razão. A questão da impossibilidade jurídica do pedido diz respeito às condições da ação de que trata o art. 267, VI, do CPC, e não conduz à inépcia da petição inicial. Ademais, a impossibilidade jurídica do pedido se traduz na vedação do mesmo pelo ordenamento jurídico, o que não ocorre no caso dos autos, pois não há impedimento para que se discuta uma relação de emprego (contrato realidade), com suas consequências jurídicas e econômicas, fraudada mediante a formalização de uma relação cooperativista. As supostas vedações legais invocadas pela primeira reclamada em suas

preliminares dizem respeito ao mérito da questão e serão examinadas nesta sentença no momento oportuno.

6. Da preliminar de carência de ação por impossibilidade. (2)

O segundo reclamado invoca a preliminar de carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido no que tange ao adicional de periculosidade, pois entende que o reclamante não exercia atividade de vigilante, mas sim de vigia, não havendo a incidência da parcela. Contudo, entendo que o segundo reclamado não está com a razão, na medida em que pretende, em sede preliminar, adiantar a discussão acerca de matéria que fica mais bem colocada no mérito da reclamatória e, como tal, será tratada no momento oportuno. Nada obstante, impossibilidade jurídica do pedido se traduz na vedação do mesmo pelo ordenamento jurídico, o que não ocorre no caso dos autos, pois não há impedimento para que se discuta o direito ou não do trabalhador ao adicional de periculosidade.

7. Da prejudicial de prescrição parcial.

O segundo reclamado requer a aplicação da prescrição parcial quinquenal, com fundamento na Constituição Federal, artigo 7º, inciso XXIX. O segundo reclamado não está com a razão. Esta ação foi ajuizada em 30 de julho de 2015, antes de cinco anos da data indicada pelo reclamante na petição inicial, em 1º de janeiro de 2013, para o início do contrato de trabalho. Nessas circunstâncias, não há prescrição a ser declarada.

8. Da relação de emprego.

O reclamante afirma que foi contratado pela primeira reclamada para trabalhar em favor do segundo reclamado em 1º de janeiro de 2013, tendo laborado na função de vigia, mediante salário de R\$ 4,78 por hora, até 31 de março de 2015, ocasião em que foi despedido sem justa causa. Entende que se fizeram presentes na relação havida com a primeira reclamada os elementos caracterizadores do vínculo de emprego celetista, na habitualidade, pessoalidade, onerosidade e subordinação, mas, contudo, a primeira reclamada fraudou essa relação com a formalização de uma associação como cooperado e não o anotou em sua CTPS. Diante desses fatos, postula o reconhecimento do vínculo de emprego com a primeira reclamada com a anotação da CTPS.

Na sua contestação, a primeira reclamada alega que o reclamante se juntou ao seu quadro societário espontaneamente em 24 de janeiro de 2013 na qualidade de cooperado. Sinala que ele foi informado sobre todos os aspectos da relação cooperativista, tendo firmado termo de adesão. Ressalta que a relação entre as partes foi pautada pelos elementos do cooperativismo, no que se refere à adesão voluntária do reclamante, ausência de subordinação na prestação de serviços, sendo que eventual administração dos serviços prestados pelo reclamante destinava-se apenas ao bom andamento do empreendimento, e que o trabalho do reclamante não era assalariado por ela, pois recebia pagamentos variados proporcionalmente ao número de horas trabalhadas em cada mês. Aponta que o reclamante era vinculado ao INSS na qualidade de autônomo. Reclama a aplicação do art. 442, parágrafo único, da CLT, e das Leis n.º 5.764/71 e 8.949/94, que estabelecem que não existe vínculo empregatício entre a sociedade cooperativa e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela. De outra banda, reconhece que o reclamante exercia a função de vigia em favor do segundo reclamado, recebendo R\$ 4,78. Quanto ao término do contrato, diz que o reclamante deixou de prestar seus serviços a partir de 04 de março de 2015, e que mais tarde, em 20 de julho de 2015, ele solicitou o desligamento do quadro de sócios, recebendo o ressarcimento de sua quota parte. Na sua contestação, o segundo reclamado também alega que o reclamante era cooperado junto à primeira reclamada e que foi através desta relação que ele lhe prestou serviços. Sustenta que esta prestação de serviços não configura vínculo de emprego com o tomador, pela ausência dos requisitos da habitualidade, pessoalidade, onerosidade e subordinação. Nessa esteira, afirma que não havia ingerência de sua parte na administração dos serviços prestados pelo reclamante e que todas as decisões foram dadas pela primeira reclamada. Da mesma forma, aduz que era a primeira reclamada quem remunerava os serviços do reclamante. Ademais, tece comentários sobre a nulidade do contrato de trabalho com o ente público sem aprovação prévia em concurso público e a Súmula n.º 363 do C. TST, referindo-se ao contrato de emprego entre ele Município e o reclamante. O reclamante está com a razão. Observo que ele optou por postular a declaração da relação de emprego para com a primeira reclamada. Desnecessária, portanto, a análise de qualquer traço da relação de emprego para com o segundo reclamado. No que interessa aos limites da lide, o reclamante investe apenas contra a primeira reclamada, visando o reconhecimento da eventual relação de emprego entre ambos. Fixadas essas balizas, passo a verificar possível relação de emprego entre as

partes. Nesse ponto, a primeira coisa a se dizer é que as disposições legais que preveem que não se forma vínculo de emprego entre o associado e a associação se aplicam tão somente aos casos em que a realidade associativa dessas formas na prática corresponde à previsão legal, não albergando as fraudes à relação de emprego quando verificada esta na realidade da execução do contrato. Vale dizer, nada mais é do que a aplicação do princípio da primazia da realidade, segundo o qual quando houver divergência entre a prova documental e a realidade demonstrada na prática, esta prevalece sobre aquela. Para a relação cooperativista, um elemento característico das cooperativas prestadoras de serviços ausente no caso dos autos é a especialidade, ou seja, a união de interesses dos cooperativados na prestação de uma espécie de serviço, como sói ocorrer, por exemplo, com as cooperativas de serviços médicos e odontológicos. Contudo, no caso da primeira reclamada, ela funcionava como uma arregimentadora de mão de obra das mais variadas atividades, conforme demonstra o próprio estatuto social (fl. 35) e o contrato de prestação de serviços entre os reclamados (fls. 244-245). Essas características não se coadunam com o trabalho autônomo, pois são típicas de um contrato de trabalho. Nesse sentido já se posicionou a jurisprudência do E. TRT da 4ª Região, conforme ementa que colaciono: *“Relação jurídica de emprego entre o trabalhador e a cooperativa (COOPSEVIG). Arregimentação de trabalhadores em diversos gêneros de serviços. A arregimentação de trabalhadores em diversos gêneros de serviços é incompatível com a associação em cooperativa, devendo ser reconhecido o vínculo de emprego, principalmente quando houver outros elementos a demonstrar que a sociedade tinha por finalidade fraudar as relações jurídicas regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho. Provimento negado.”* (Acórdão do processo 0000982-67.2013.5.04.0601 (RO) Data do julgamento: 16/09/2015 Origem: Órgão julgador: 4ª Turma Redator: Marcelo Gonçalves De Oliveira). Dito isso, veja-se que o trabalho autônomo, na visão de Amauri Mascaro Nascimento (*Direito do Trabalho*, 14 ed. pp. 316-317) é aquele no qual o trabalhador *“mantém o poder de direção sobre a própria atividade, não se submetendo ao poder de controle e ao poder disciplinar de outrem”*. Não é o que ocorria no caso dos autos, já que a prova demonstrou que estão presentes os elementos da relação de emprego no contrato entre o reclamante e a primeira reclamada (artigos 2º e 3º da CLT), em especial o da subordinação jurídica. Quanto a esta, registro que ela não deve ser buscada apenas na prestação de serviços. A busca pela subordinação jurídica deve também abranger um momento anterior, no qual o cooperado somente pode ser tido como trabalhador autônomo quando, de fato, puder influir na sociedade

da qual participa, em igualdade de condições com os demais associados. No caso dos autos, isso não acontecia, pois, ainda que a primeira reclamada tenha estatuto social em conformidade com a Lei nº 5.746/71 (fls. 35-39) e ata do conselho de administração (fls. 40-44), a prova dos autos dá azo à conclusão de que ela não era verdadeira cooperativa, mas uma empresa arrematadora de mão-de-obra. O reclamante não participava das decisões da primeira reclamada. Nesse particular, embora as testemunhas Helena Nunes Xavier (fls. 275v-276) e Rita de Cássia da Silva Carvalho (fl. 276), tenham dito que havia reuniões e assembleias com publicações de editais e convocações pessoais dos cooperados, a única assembleia comprovadamente realizada durante o período contratual do reclamante, que perdurou por mais de dois anos, foi a de admissão (fls. 68-69). Longe de ser um legítimo cooperativado, o reclamante era tratado por seus dirigentes como um subalterno, onde o presidente da cooperativa é que administrava a prestação dos serviços dele e dispensou-os por ordem de serviço (fl. 262), o que denota a existência do requisito da subordinação (CLT, art. 3º). Este mesmo documento demonstra que o serviço do reclamante não era em prol da cooperativa, ou seja, de uma união de esforços por um fim em comum, mas servia exclusiva e isoladamente ao segundo reclamado e com pessoalidade. As impugnações (fls. 270-271) à juntada do documento feitas pelos reclamados, no que alegam ser intempestivo o ato, são irrelevantes, pois a prova foi produzida regularmente durante a fase de instrução para contrapor as alegações feitas nas contestações, com contraditório e ampla defesa. A não eventualidade está no fato de que o reclamante prestou serviços ao longo do tempo na continuidade da atividade econômica da reclamada, qual seja a prestação de serviços terceirizados e, ao contrário do que alega a primeira reclamada na sua contestação, o reclamante era sim remunerado por ela, conforme demonstram os recibos de pagamento juntados aos autos (fls. 100-126). Embora estes documentos venham intitulados como recibos de produção do cooperativado, na verdade são pagamentos salariais em uma típica relação de emprego celetista. O valor da remuneração do reclamante, de R\$ 4,78 por hora trabalhada, é incontroverso e perdurou durante todo o contrato, conforme demonstram os mesmos recibos. No que diz respeito à duração desse contrato, a limitação alegada pela primeira reclamada para a data inicial do vínculo, qual seja em 24 de janeiro de 2013, com base no termo de adesão do reclamante, não corresponde à realidade, já que a folha ponto de janeiro de 2013 (fl. 74) demonstra que ele trabalhou desde o dia 1º do mês, assim como o recibo de pagamento daquela competência (fl. 100) dá conta do pagamento de duzentas horas trabalhadas, as quais correspondem

ao trabalho do mês cheio, comprovando cabalmente a data da contratação alegada por ele na petição inicial. No que tange ao término do contrato, o reclamante alega na petição inicial que ocorreu por despedida sem justa causa em 31 de março de 2015, e a na sua contestação a primeira reclamada diz que o reclamante deixou de prestar seus serviços a partir de 04 de março de 2015, e que mais tarde, em 20 de julho de 2015, ele solicitou o desligamento do quadro de sócios, recebendo o ressarcimento de sua quota parte. A folha ponto do reclamante no mês de março de 2015 (fl. 99) demonstra que ele efetivamente trabalhou somente até o dia 04 do mês. Na mesma toada, o recibo de pagamento da mesma competência (fl. 126) discrimina o pagamento de apenas vinte e quatro horas trabalhadas, as quais se deram nos dias 1º e 04 de março de 2015 (fl. 99). Isso porque o reclamante era horista e, cessando a prestação de trabalho, também cessaram seus pagamentos. O que vejo aí é uma cessação de fato nos efeitos do contrato não admitida no direito do trabalho. Dentro do espectro jurídico, o que ocorreu foi a despedida informal sem justa causa do reclamante pela reclamada, a qual efetivamente veio a ser formalizada tardiamente em 20 de julho de 2015 com a ordem de serviço (fl. 262) expedida pelo presidente da reclamada. Nesse particular, o pedido de desligamento do reclamante (fl. 263) quando recebeu a formalização da dispensa por escrito não retira o seu direito aos efeitos da despedida sem justa causa, pois, como visto aqui, na realidade sua despedida já havia se consumado alguns meses antes, além de que a ilegal cessação dos mais elementares efeitos do contrato (exigência da prestação de serviços e sua contraprestação salarial) realizada pela reclamada informalmente ainda no mês de março de 2015 constitui justa causa patronal para a rescisão indireta do contrato, nos termos do art. 483, “d”, da CLT, o que redundará nos mesmos efeitos da despedida sem justa causa. Na medida em que a forma de contratação por cooperativa se demonstrou uma fraude à relação de emprego e perdurou por até mais tempo do que o quanto alegado na petição inicial, pelo menos até 20 de julho de 2015, fico com a data da rescisão indicada naquela peça, qual seja em 31 de março de 2015, mormente porque já contempla a projeção do aviso prévio (fl. 16, alínea “b” do rol de pedidos anexo à petição inicial). Concluindo disso tudo, declaro a relação de emprego entre o reclamante e a primeira reclamada no período de 1º de janeiro de 2013 a 31 de março de 2015, data em que o reclamante foi despedido sem justa causa, sendo a função de vigia com salário hora no valor de R\$ 4,78. A primeira reclamada deverá anotar o contrato de trabalho com a remuneração e a função na CTPS do reclamante. Essa anotação deverá ser feita mediante intimação, no prazo de 05 dias da entrega do

documento em Secretaria, sob pena de pagamento de multa no valor de R\$ 150,00 por dia de atraso, até o limite de R\$ 1.500,00. Decorrido o prazo de quinze dias para a anotação sem que a reclamada tenha cumprido com a sua obrigação, sem prejuízo da multa, a anotação deverá ser feita pela Secretaria desta Vara do Trabalho.

9. Da responsabilidade do segundo reclamado.

O reclamante sustenta que foi contratado pela primeira reclamada para trabalhar em favor ao segundo reclamado, tendo laborado na função de vigia no prédio da Prefeitura Municipal ao longo de todo o seu contrato. Salaria que o segundo reclamado não fiscalizou o cumprimento das obrigações trabalhistas da primeira reclamada. Em face da terceirização e dessa omissão do segundo reclamado, postula a responsabilidade subsidiária deste. Na sua contestação, a primeira reclamada alega que ela não tem responsabilidade sobre as verbas trabalhistas do reclamante em razão da ausência de vínculo de emprego. Aduz que, de acordo com a Súmula n.º 331 do C. TST, o vínculo de emprego somente poderia ser reconhecido com tomadora dos serviços, afastando sua responsabilidade. Na sua contestação, o segundo reclamado também alega não deve ao reclamante em parcelas trabalhistas pela ausência de vínculo de emprego entre ambos. Acrescenta que qualquer entendimento diverso não poderia ultrapassar a sua responsabilidade pelo recolhimento do FGTS, segundo dispõe a Súmula n.º 363 do C. TST. Baseia-se, ainda, na Lei n.º 8.666/93 para dizer que não tem nenhuma vinculação pessoal com o pagamento de créditos devidos aos trabalhadores contratados por empresa prestadora de serviços terceirizados. O reclamante está com a razão. É incontroverso que havia um contrato de prestação de serviços terceirizados entre os reclamados. Essa conclusão ainda é reforçada pela prova produzida nos autos, onde as testemunhas ouvidas declararam que o reclamante trabalhou para o segundo reclamado. No mesmo sentido, os recibos de pagamento (fls. 100-126) e as folhas ponto (fls. 73-99) do reclamante demonstram que ele esteve vinculado ao segundo reclamado durante todo o seu contrato com a primeira reclamada. Isso atrai os incisos IV a VI da Súmula n.º 331 do TST, que serve para assegurar os direitos trabalhistas do empregado diante do inadimplemento da prestadora de serviço e da omissão da tomadora sobre o trabalho prestado e que culposamente não fiscalizou a correta execução do contrato de trabalho. A respeito da ADC n.º 16, a culpa do segundo reclamado, no presente caso, está comprovada pela sua total omissão diante

da contratação irregular do reclamante pela primeira reclamada, demonstrando que ele não fiscalizou o cumprimento das obrigações trabalhistas da desta em relação àquele, pois permitiu que uma associação contratasse irregularmente um empregado travestido de associado para lhe prestar serviços. Reforça esta conclusão o depoimento pessoal prestado pelo representante do segundo reclamado (fl. 275), onde ele confessa a alienação total sobre as condições contratuais entre o reclamante e a primeira reclamada e até mesmo de como se desenrolou o contrato de prestação de serviços, dizendo *“que não sabe se outros vigias trabalharam antes do reclamante; que não sabe se havia alguém do segundo reclamado que fiscalizava o contrato com a primeira reclamada; que não sabe onde era o posto de serviço do reclamante; que não sabe quem fazia o visto do livro-ponto do reclamante.”* Por isso, fica caracterizada a culpa *in eligendo* e a culpa *in vigilando* no caso concreto, aplicando-se ao caso o inciso V da Súmula nº 331 do TST, o qual prevê que *“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”*. Declaro a responsabilidade subsidiária do segundo reclamado pelos créditos devidos ao reclamante pela primeira reclamada. Já que o esse trabalhou em benefício daquele durante todo o período, sua responsabilidade subsidiária abrange todas as parcelas trabalhistas de todo o interregno contratual.

10. Do saldo de salário.

O reclamante alega que não recebeu as parcelas rescisórias e postula o pagamento do saldo de salário, caso houver algum. O reclamante não está com a razão. Durante o mês de março de 2015, que vem a ser o último do contrato, ele trabalhou ao todo em vinte e quatro horas durante os dias 1º e 04 do mês (fl. 99), tendo recebido a correspondente contraprestação (fl. 126). Ele não demonstrou, sequer alegou, prestação de serviços fora desses limites. Uma vez que ele era horista, remunerado na medida das horas trabalhadas, e não trabalhou sem receber, não faz jus a saldo de salário.

11. Do aviso prévio.

O reclamante refere que foi despedido sem justa causa em 31 de março de 2015 e que não recebeu o aviso prévio devido, cujo pagamento postula. Demanda, ainda, que a base de cálculo do aviso prévio seja acrescida das parcelas que o integram, no que se refere ao 13º salário, férias, FGTS e demais reflexos legais. Paralelamente a isso, demanda que o aviso prévio também se inclua na base de cálculo do FGTS e indenização de 40% do FGTS demandados nesta ação. Na sua contestação, a primeira reclamada alega que não é devido o aviso prévio ao reclamante porque não há vínculo de emprego e porque a rescisão do contrato foi pela sua iniciativa. Na sua contestação, o segundo reclamado adota a mesma tese de defesa da primeira reclamada no sentido de que não é devido o aviso prévio ao reclamante porque não há vínculo de emprego e porque a rescisão do contrato foi pela sua iniciativa. O reclamante está com parte da razão. Uma vez reconhecidos o vínculo de emprego e a despedida sem justa causa, ele tem direito ao aviso prévio indenizado. Condene a primeira reclamada ao pagamento do aviso prévio indenizado e proporcional ao tempo de serviço, com reflexos no FGTS e na indenização de 40% do FGTS. A base de cálculo do aviso prévio será a média duodecimal da remuneração do reclamante nos dozes meses anteriores, de acordo com o §3º do art. 487 da CLT, incluindo-se aí as parcelas deferidas ao reclamante com reflexos no aviso prévio nesta sentença. As demais integrações na base de cálculo demandadas pelo reclamante na petição inicial são indevidas, por ausência de previsão legal e por evidente *bis in idem*, já que é o aviso prévio que se projeta nas demais parcelas e não o contrário.

12. Do FGTS.

O reclamante demanda o pagamento do FGTS do contrato, inclusive sobre os repousos semanais remunerados, o aviso prévio, as férias, os 13º salários, o adicional de periculosidade e o adicional noturno. Nas suas contestações, os reclamados alegam que não houve vínculo de emprego e que não há fundamento para o pagamento de FGTS. O reclamante está com a razão. Uma vez reconhecido o vínculo de emprego e sendo incontroverso que não foi depositado o FGTS, ele faz jus à parcela. A base de cálculo do FGTS abrangerá os pagamentos das horas trabalhadas realizados no curso do contrato, acrescidos dos valores das parcelas de incidência em cujo pagamento a primeira reclamada for condenada nesta sentença.

13. Da indenização de 40% do FGTS.

O reclamante sinala que foi despedido sem justa causa em 31 de março de 2015 e pede o pagamento da indenização de 40% do FGTS. Nas suas contestações, os reclamados alegam que não houve vínculo de emprego e que foi o reclamante quem teve a iniciativa para a rescisão do contrato, não havendo fundamento para o pagamento da indenização de 40% do FGTS. O reclamante está com a razão. Uma vez reconhecidos o vínculo de emprego e a despedida sem justa causa, o reclamante tem direito à indenização de 40% do FGTS, a qual deverá incidir sobre todos os valores do FGTS devidos ao reclamante nesta ação.

14. Das férias.

O reclamante argumenta que nunca fruiu nem recebeu o pagamento das férias ao longo de todo o período trabalhado. Diante disso, postula pagamento em dobro das férias vencidas e proporcionais, com os reflexos legais. Nas suas contestações, os reclamados alegam que não houve vínculo de emprego e que não há fundamento para o pagamento de férias. O reclamante está com parte da razão. Uma vez reconhecido o vínculo de emprego e sendo incontroverso que ele não recebeu as férias, condeno a primeira reclamada a pagar-lhe um período de férias em dobro, um período de férias simples e férias proporcionais, tudo de forma indenizada. Apenas o período aquisitivo de 2013/2014 deve ser pago em dobro porque no momento da rescisão do contrato seu prazo concessivo já havia expirado, não sendo o caso do outro período aquisitivo completo (2014/2015). Não cabem os reflexos das férias postulados na petição inicial por dois motivos: primeiro porque o pedido genérico feito pelo reclamante não permite identificar nenhuma parcela sobre a qual ele deseja que incidam esses reflexos, tarefa na qual a parte não pode ser substituída pelo juiz (artigo 128 do CPC); e, também porque as férias indenizadas não geram nenhuma repercussão em outra parcela, não havendo sequer a incidência de FGTS e indenização de 40% do FGTS sobre as férias indenizadas. A base de cálculo das férias será a média mensal remuneratória do reclamante em cada período aquisitivo, incluindo-se aí as parcelas deferidas ao reclamante com reflexos nas férias nesta sentença, e deverá abranger o prazo do aviso prévio indenizado.

15. Dos 13º salários.

O reclamante pede o pagamento dos 13º salários integrais e proporcionais, com reflexos nos repouso semanais remunerados, no aviso prévio, nas férias, no FGTS e na indenização de 40% do FGTS. Nas suas contestações, os reclamados alegam que não houve vínculo de emprego e que não há fundamento para o pagamento de 13º salários. O reclamante está com a razão. Uma vez reconhecido o vínculo de emprego e sendo incontroverso que ele não recebeu os 13º salários, condeno a primeira reclamada a pagá-los. Os reflexos são apenas no FGTS e na indenização de 40% do FGTS. Não há reflexos em nos repouso semanais remunerados e no aviso prévio porque estes é que compõem a base de cálculo dos 13º salários, de forma que o pedido feito na petição inicial representa evidente *bis in idem*. Ainda, não há reflexos nas férias porque estas consideram apenas os períodos aquisitivos trabalhados, à única exceção do prazo do aviso prévio indenizado, enquanto que o 13º salário é uma gratificação paga também sobre os períodos trabalhados e o prazo do aviso prévio indenizado. A base de cálculo dos 13º salários será a média mensal remuneratória do reclamante em cada período aquisitivo, incluindo-se aí as parcelas deferidas ao reclamante com reflexos nos 13º salários nesta sentença, e deverá abranger o prazo do aviso prévio indenizado.

16. Do seguro desemprego.

O reclamante requer que a primeira reclamada lhe forneça as guias para habilitação ao seguro desemprego ou pague uma indenização substitutiva do benefício. Na sua contestação, a primeira reclamada argumenta que o reclamante não faz jus ao seguro desemprego porque não houve vínculo de emprego e a rescisão do contrato foi pela sua iniciativa. Na sua contestação, o segundo reclamado aduz que não é devido o seguro desemprego ao reclamante porque não há vínculo de emprego. O reclamante está com a razão. Uma vez reconhecidos o vínculo de emprego e a despedida sem justa causa, o reclamante tem direito ao benefício do seguro desemprego. Como não pode recebê-lo administrativamente pelo fato de a primeira reclamada não ter observado a regular formalização do vínculo de emprego, aplico ao caso o inciso II da Súmula nº 389 do TST e a condeno ao pagamento de indenização no valor total que o reclamante receberia a título de seguro desemprego.

17. Do salário família.

O reclamante assevera que tem dois filhos menores de quatorze anos e que não recebeu o salário-família, postulando o seu pagamento. Nas suas contestações, os reclamados alegam que o reclamante não faz jus ao salário família porque não houve vínculo de emprego. O reclamante não está com a razão. Segundo a Lei nº 8.213/91, o salário-família é benefício pago ao trabalhador de baixa renda que tem como objetivo auxiliá-lo no sustento dos filhos de até 14 anos de idade ou inválidos de qualquer idade. Também exige essa lei que, para receber o benefício, deve o trabalhador apresentar atestados de vacinação e frequência escolar dos filhos (este último se os filhos estiverem em idade escolar). No caso dos autos, a primeira filha do reclamante Silandra de Oliveira Viega estava em idade escolar na época da prestação de serviço (fls. 28 e 30), mas não há nos autos seu atestado de frequência escolar, assim como também não há comprovante de vacinação de nenhum deles (fls. 27-30). Logo, entendo que o reclamante não cumpriu os requisitos legais para a percepção do salário-família.

18. Do adicional de periculosidade.

O reclamante sustenta que, realizando a atividade de vigia, estava permanentemente exposto ao risco de sofrer violência física nas atividades laborais. Assim, entende que faz jus ao adicional de periculosidade, conforme dispõe a Lei n.º 12.740/12 e demanda o pagamento desta parcela, com reflexos nos 13º salários, nas férias, no aviso prévio e no FGTS. Na contestação, a primeira reclamada alega que o reclamante não era sem empregado e nem foi exposto a risco de vida nas atividades autônomas que desempenhou. Na sua contestação, o segundo reclamado argumenta que o reclamante não se enquadra na categoria dos vigilantes, tampouco a reclamada é empresa de vigilância, motivos pelos quais não se aplicam ao reclamante as disposições legais e normativas próprias desta categoria. O reclamante não está com a razão. De acordo com as disposições contidas na Lei nº 7.102/83, com a redação inserida pela Lei nº 8.863/94, o trabalho de vigilância pressupõe o atendimento de requisitos específicos, tais como aprovação em curso de formação de vigilante, bem como aprovação em exame de saúde física, mental e psicotécnico. No caso dos autos, não há prova, aliás, o reclamante sequer cogita, de realização de curso de formação de vigilante, nem do seu registro

junto ao Departamento da Polícia Federal (artigos 16 e 17 da Lei nº 7.102/83), situações que também inviabilizam a pretensão da petição inicial. Destaco ainda que um dos atributos básicos pertinentes a qualquer vigilante é o uso de armas de defesa pessoal e patrimonial, o que o próprio reclamante confessou que não fazia em seu depoimento pessoal (fl. 275). Com efeito, é incontroverso nos autos que ele não era vigilante armado, mas sim vigia, conforme relatado por ele mesmo na petição inicial. Além disso, a atividade laboral prestada pelo reclamante à reclamada não expunha aquele a risco maior do que o vivido por todos os demais empregados desta nas respectivas atividades laborais. Nessas condições, não se aplica o artigo 193, inciso II, da CLT.

19. Das horas extras.

O reclamante argumenta que trabalhava das 19h às 7h do dia seguinte, em dois dias seguidos alternados com folgas, em pelo menos quatro dias da semana, trabalhando pelo menos 48 horas semanais. Acrescenta que ainda trabalhava em domingos alternados, ao menos dois por mês. Como não recebeu corretamente pelas horas trabalhadas, demanda o pagamento de pelo menos quatro horas extras semanais, além do pagamento de uma hora extra por dia trabalhado em razão da supressão dos intervalos intrajornada para repouso e alimentação de que trata o art. 71, §4º, da CLT. Requer que as horas extras sejam pagas com o adicional de cinquenta por cento para aquelas trabalhadas em dias úteis e com o adicional de cem por cento para os domingos e feriados, além do pagamento apartado em dobro para esses dias trabalhados. Demanda, ainda, os reflexos de todas essas horas extras nos repousos semanais remunerados, no aviso prévio, nas férias, nos 13º salários e no FGTS. Na sua contestação, a primeira reclamada alega que o horário de trabalho do reclamante era das 19h às 7h do dia seguinte, em um regime de trabalho no qual ele trabalhava em dois dias seguintes e folgava nos outros dois. Assevera que sempre lhe concedeu os intervalos intrajornada para repouso e alimentação e os repousos semanais remunerados, sendo que estes podiam ser compensados com folga. Ressalta que o reclamante era remunerado por hora trabalhada e que recebeu por todas elas a título de produção. Sinala que as jornadas do reclamante são exatamente aquelas registradas nos respectivos relatórios. Na sua contestação, o segundo reclamado refere que mantém jornadas fixas para seus servidores, compreendidas entre os horários das 8h às 12h e das 13h às 17h, de segunda a sexta-feira, sendo-lhes vedado o trabalho em horas extras sem autorização prévia. O reclamante está com

parte da razão. A primeira reclamada juntou aos autos as folhas ponto do reclamante (fls. 73-99), as quais não foram impugnadas por ele, a não ser apenas pelo fato de que contém registros britânicos (fl. 255). Quanto a isso, o que vejo nesses documentos é que, exceto no primeiro mês do seu contrato (fl. 74), ou seja no período de 1º a 31 de janeiro de 2013, consta que ele trabalhou em regime de 12x36 (doze horas de trabalho intercaladas com trinta seis horas de repouso), nos horários das 18h às 7h do dia seguinte, e em todo o restante as jornadas registradas são das 19h às 7h do dia seguinte, em uma rotina de trabalho na qual se intercalavam dois dias seguidos trabalhados e outros dois dias seguidos de repouso, assim sucessivamente. O tenho a dizer sobre isso é que esta rotina de trabalho e os horários predominantes nesses documentos, embora britânicos, correspondem exatamente àqueles alegados na petição inicial e reconhecidos pela reclamada na contestação. No mesmo diapasão, em seu depoimento pessoal (fl. 275) o reclamante confessou que trabalhou exatamente naqueles dias em que registrado o trabalho no ponto, dizendo “*que trabalhava dois dias e folgava outros dois; que todos os dias trabalhados estão anotados no ponto*”. Em que pese a rotina de trabalho do reclamante nos registros do mês de janeiro de 2013 sejam um pouco diferentes dos demais, não há impugnação ao seu conteúdo e nem prova nos autos que afaste a validade desse documento (fl. 74). Portanto, reconheço que o reclamante trabalhava nos dias e horários registrados nas folhas ponto juntadas aos autos pela primeira reclamada com sua contestação. Fixadas essas balizas, o exame do pedido fica, a partir de agora, limitado a questões de direito e a eventuais horas extras. Quanto ao primeiro tópico, ou seja, às questões de direito, observo que o reclamante era horista, recebendo na exata medida das horas efetivamente trabalhadas. Nessas condições, a reclamada não adotava nenhum regime de compensação de horas, pois qualquer ajuste desta natureza pressupõe trabalhar mais em alguns dias da semana sem acréscimo remuneratório para trabalhar menos (ou não trabalhar) em outros sem redução remuneratória, o que não ocorria com o reclamante, cujas variações na quantidade de trabalho eram acompanhadas da corresponde variação de remuneração mensal. Por tudo isso, entendo que o limite da jornada ordinária do reclamante deve ser o legal de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais de trabalho. Desta feita, como esses limites eram habitualmente excedidos sem o correspondente pagamento do adicional de horas extras, além de que não foi observada pela reclamada a redução da hora noturna na contagem das horas trabalhadas, isso fatalmente fará com que sejam devidas horas extras ao reclamante. Concluindo, condeno a reclamada ao pagamento de horas extras

para as horas excedentes da oitava diária e da quadragésima quarta hora trabalhada semanal. Finalmente, em relação aos intervalos intrajornada, aplico o inciso I da Súmula n.º 437 do TST e condeno a reclamada ao pagamento de mais uma hora extra. Quanto ao trabalho em domingos e feriados, tenho-os por compensados, já que, por conta dos arts. 6º e 7º do Decreto nº 27.048/49, a reclamada fica autorizada a exigir prestação de trabalho por parte do reclamante nesses dias, podendo fixar que o gozo dos repousos semanais remunerados ocorra em outros dias da semana, como ocorria no caso dos autos. Por conta disso, o reclamante não tem direito ao pagamento em dobro desses dias e o adicional de horas extras será sempre o de cinquenta por cento. A base de cálculo das horas extras será composta pelo valor do salário hora normal do reclamante acrescido do valor do adicional noturno. Quanto a isso, no que diz respeito ao horário noturno, para o trabalho prestado a partir das 22h deverá ser considerada a redução da hora noturna, inclusive para aquelas posteriores às 5h do dia seguinte, nos termos do §5º do art. 73 da CLT e da Súmula nº 60 do C. TST. Os reflexos são em repousos semanais remunerados e feriados, aviso prévio, férias e 13º salários. Sobre as horas extras e todos os seus reflexos, à exceção das férias indenizadas, incidirá o FGTS. Autorizo a compensação global com as horas simples pagas pela reclamada depois da oitava diária no curso do contrato.

20. Do adicional noturno.

O reclamante salienta que trabalhava em período noturno a partir das 22h até as 7h do dia seguinte e demanda o pagamento do adicional noturno, inclusive nas prorrogações após as 5h, segundo a Súmula n.º 60 do C. TST. Demanda, ainda, os reflexos deste nos repousos semanais remunerados, no aviso prévio, nas férias, nos 13º salários e no FGTS. Na sua contestação, a primeira reclamada sustenta que o reclamante não trabalhava à noite, mas também alega que quando trabalhou em período noturno recebeu pelas horas trabalhadas. Além disso, sustenta que o adicional noturno é indevido em razão da ausência do vínculo de emprego. Na sua contestação, o segundo reclamado alega que o horários de trabalho de seus servidores situa-se entre as 8h e as 17h, com uma hora de intervalo intrajornada para repouso e alimentação, não havendo trabalho em horário noturno. Também acrescenta que o adicional noturno não é devido ao reclamante pela ausência de vínculo de emprego. O reclamante está com a razão. Uma vez que as jornadas definidas acima para ele abrangem integralmente o período noturno das 22h às 5h e

ainda se prorrogavam até as 7h, para o trabalho prestado a partir das 22h deverá ser pago o adicional noturno e considerada a redução da hora noturna, inclusive para aquelas posteriores às 5h do dia seguinte, nos termos do §5º do art. 73 da CLT e da Súmula nº 60 do C. TST. Assim, condeno a primeira reclamada no pagamento do adicional noturno, com reflexos em repouso semanais remunerados, aviso prévio, férias e 13º salários. Sobre o adicional noturno e todos os seus reflexos, à exceção das férias indenizadas, ainda incidirá o FGTS.

21. Da multa do art. 467 da CLT.

Não existem parcelas rescisórias incontroversas, pois os reclamados contestam a ação dizendo que não houve vínculo de emprego e impugnam especificamente os pedidos de parcelas trabalhistas, inclusive as rescisórias.

22. Da multa do art. 477, §8º, da CLT.

No caso dos autos, fica claro que a primeira reclamada não pagou ao reclamante nenhuma das parcelas rescisórias, pouco importando, na forma da Súmula nº 58 do TRT da 4ª Região, a discussão acerca da existência ou não de vínculo de emprego. Portanto, incide no caso a multa do §8º do art. 477 da CLT. A base de cálculo desta deverá corresponder à média duodecimal da remuneração do reclamante nos últimos doze meses do contrato, aí incluídas as parcelas salariais de horas extras e adicional noturno deferidas nesta sentença.

23. Da litigância de má-fé.

Rejeito o requerimento da primeira reclamada de aplicação das penalidades de litigância de má-fé ao reclamante porque os seus pedidos foram julgados, na sua grande maioria, procedentes, em especial no que diz respeito à relação de emprego entre as partes. Contudo, mesmo a improcedência de um pedido não conduz automaticamente à infração do artigo 17 do CPC. Caso esse raciocínio fosse correto, também as reclamadas seriam imputadas como litigantes de má-fé, já que foram condenadas a pagar prestações cuja existência negaram na contestação. Por isso, na definição do jurista uruguaio Eduardo Couture, a má-fé *“consiste na qualificação jurídica da conduta, legalmente sancionada, daquele que atua em juízo convencido de não ter*

razão, com ânimo de prejudicar o adversário ou terceiro, ou criar obstáculos ao exercício do seu direito. Na má-fé há como substrato a intenção de prejudicar alguém”, o que se entendeu que não ocorreu durante a fase de conhecimento desta reclamatória trabalhista.

24. Da assistência judiciária gratuita e da justiça gratuita.

A concessão de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho está vinculada à assistência judiciária gratuita. E este benefício depende do atendimento das exigências contidas na Lei nº 5.584/70 e nas Súmulas nº 219 e 329 do TST, ou seja, da apresentação de declaração de pobreza e da assistência da parte reclamante por advogado do sindicato da sua categoria. Na hipótese dos autos, há declaração da pobreza (fl. 20), mas o reclamante não está assistido por advogado do sindicato da sua categoria profissional. Não faz jus à assistência judiciária gratuita e nem aos honorários assistenciais dela decorrentes. Entretanto, por conta de tal declaração, concedo-lhe o benefício da justiça gratuita (CLT, art. 790, §3º).

25. Das contribuições previdenciárias.

Nos termos do art. 832, § 3º, da CLT, declaro que a natureza jurídica das parcelas constantes desta condenação é salarial, à exceção da indenização substitutiva do seguro desemprego, da multa do §8º do art. 477 da CLT, das férias indenizadas, do FGTS e da indenização de 40% do FGTS que, nos termos do art. 28 da Lei nº 8212/91, não integra o salário de contribuição do reclamante. Cada um dos litigantes arcará com a sua parte da contribuição previdenciária, sendo a reclamada responsável pela retenção da parte do reclamante e pelo recolhimento de ambas.

Ante o exposto, rejeito as preliminares arguidas nas contestações e, no mérito, julgo **procedente em parte** a reclamatória trabalhista para, nos termos da fundamentação (que passa a fazer parte deste dispositivo), declarar o vínculo de emprego entre **Celso Pedro Viega e Cooperativa dos Trabalhadores Autonomos de Lagoa Vermelha Ltda.** no período de 1º de janeiro de 2013 a 31 de março de 2015, na função de vigia e com remuneração de R\$ 4,78 por hora, bem como para condená-la a pagar a ele o seguinte:

- a) Aviso prévio e reflexos;
- b) FGTS;
- c) Indenização de 40% do FGTS;
- d) Férias em dobro, simples e proporcionais;
- e) 13º salários e reflexos;
- f) Indenização substitutiva do seguro desemprego;
- g) Horas extras e reflexos;
- h) Adicional noturno e reflexos;
- i) Multa do §8º do art. 477 da CLT.

Declaro a responsabilidade subsidiária do **Município de Capão Bonito do Sul** em relação a todos os créditos devidos ao reclamante nesta ação. A primeira reclamada deverá anotar o contrato de trabalho na CTPS do reclamante. Essa anotação deverá ser feita mediante intimação, no prazo de 05 dias da entrega do documento em Secretaria, sob pena de pagamento de multa no valor de R\$ 150,00 por dia de atraso, até o limite de R\$ 1.500,00. Decorrido o prazo de quinze dias para a anotação sem que a reclamada tenha cumprido com a sua obrigação, sem prejuízo da multa, a anotação deverá ser feita pela Secretaria desta Vara do Trabalho. Os valores serão apurados em liquidação de sentença. Serão acrescidos de juros e correção monetária. Ficam autorizados os descontos previdenciários e fiscais. A primeira reclamada pagará custas de R\$ 400,00, calculadas sobre o valor de R\$ 20.000,00, provisoriamente arbitrado à condenação. O segundo reclamado é dispensado das custas, nos termos do art. 790-A da CLT. Concedo ao reclamante o benefício da justiça gratuita. Expeçam-se ofícios à Caixa Econômica Federal e ao Ministério do Trabalho e Emprego, em face da falta de recolhimentos de FGTS. Expeça-se ofício à Receita Federal do Brasil, em face de esta sentença conter declaração de relação de emprego, com repercussão no cálculo da contribuição previdenciária. Cumpra-se após o trânsito em julgado. Intimem-se as partes. Nada mais.

Marcelo Caon Pereira
Juiz do Trabalho