PROC. N. 0000621-16.2010.5.24.0046-RO.1

A C Ó R D Ã O
2ª TURMA

Relator	:	**Des. JOÃO DE DEUS GOMES DE SOUZA**
Revisor	:	**Des. NICANOR DE ARAÚJO LIMA**
Recorrente	:	**EMPRESA ENERGÉTICA DE MATO GROSSO DO SUL S.A. - ENERSUL**
Advogados	:	**Guilherme Antônio Batistoti e outros**
Recorrido	:	**NATALÍCIO DE ANDRADE**
Advogados	:	**Alexandre Moraes Cantero e outros**
Recorrido	:	**LOGISTECH LOGÍSTICA DE PRODUTOS EDITORIAIS LTDA.**
Recorrido	:	**LOGISTECH INSTALAÇÕES E ENERGIA LTDA.**
Origem	:	**Vara do Trabalho de Coxim/MS**

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Nos contratos de prestação de serviços, a inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas implica responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, conforme entendimento jurisprudencial sedimentado na Súmula n. 331, IV, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho. Recurso a que se nega provimento por maioria, no particular.

Vistos, relatados e discutidos estes autos (PROC. N. 0000621-16.2010.5.24.0046-RO.1), em que são partes as acima indicadas.

Trata-se de recurso ordinário interposto pela ENERSUL contra a sentença de f. 337/342 e 363/363-verso, proferida pelo Exmo. Juiz do Trabalho Substituto, Dr. Marcio Kurihara Inada, em exercício na Egrégia Vara do Trabalho de Coxim/MS, que julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos na inicial.

O recorrente pretende a reforma da sentença para o acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva e o afastamento da responsabilidade subsidiária da condenação, bem

Documento produzido e assinado eletronicamente (Certificado A1) por JOÃO DE DEUS GOMES DE SOUZA em 31/01/2013 12:26:30.
Documento disponível em www.trt24.jus.br (Identificador ID:1000221).

como, ainda que mantida a sua responsabilidade subsidiária, pretende a exclusão da condenação em horas extras, diferenças de horas de sobreaviso, intervalo intrajornada, multa do art. 477 da CLT, demais pedidos que afirma terem natureza personalíssima, honorários assistenciais e diferenças salariais (f. 348/358-verso e 366/366-verso).

Depósito recursal efetuado (f. 359) e custas processuais recolhidas (f. 360).

Contrarrazões do reclamante às f. 371/380-verso.

Os demais recorridos não apresentaram contrarrazões (certidão de f. 381-verso).

Por força do que dispõe o art. 80 do Regimento Interno desta Egrégia Corte, os autos não foram encaminhados à Procuradoria Regional do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

1 – CONHECIMENTO

Conheço parcialmente do recurso, não o fazendo quanto ao tema constante da complementação do recurso anteriormente protocolado, por deserto. De fato, foi interposto o complemento do recurso às f. 366/366-verso em 11.9.2012, quando já vigente o novo valor do depósito recursal e o recorrente não complementou aquele realizado quando da interposição do recurso ordinário anteriormente à decisão de embargos de declaração (f. 359), que acolheu parcialmente os embargos de declaração do reclamante e culminou com a complementação do recurso ordinário à f. 366/366-verso.

Documento produzido e assinado eletronicamente (Certificado A1) por JOÃO DE DEUS GOMES DE SOUZA em 31/01/2013 12:26:30.
Documento disponível em www.trt24.jus.br (Identificador ID:1000221).

Por preenchidos os pressupostos processuais, das contrarrazões do reclamante.

2 – MÉRITO

2.1 – ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*

Renova o reclamado a alegação da sua ilegitimidade passiva *ad causam*, pois inexistente o vínculo empregatício com o reclamante, bem como qualquer responsabilidade, eis que também não (...) se responsabilizou para com eventuais transgressões de direito perpetradas pela efetiva empregadora deste (*sic* - f. 349-verso).

Não lhe assiste razão.

A condição para o exercício da ação não há como ser examinada em abstrato, sendo para isto necessário que o julgador adentre às questões ligadas ao mérito da causa. Não se pode dizer se houve ou não a responsabilidade subsidiária do recorrente, como pleiteado na petição inicial (f. 3), sem antes proceder à investigação se a relação jurídica de direito material posta em juízo tem o condão de levar à dita responsabilização.

Nego provimento ao recurso, portanto.

2.2 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

O Juízo *a quo* declarou a responsabilidade subsidiária do ora recorrente pelas obrigações trabalhistas eventualmente não adimplidas pelo empregador.

Documento produzido e assinado eletronicamente (Certificado A1) por JOÃO DE DEUS GOMES DE SOUZA em 31/01/2013 12:26:30.
Documento disponível em www.trt24.jus.br (Identificador ID:1000221).

Inconformado, pretende o recorrente que se exclua da condenação a declaração da sua responsabilidade subsidiária pelos créditos advindos desta ação trabalhista aduzindo que o contrato de prestação de serviços não previa a identificação dos trabalhadores que executariam tais serviços e que a Súmula n. 331 do Colendo TST só se aplica nos casos em que restar evidenciada a contratação de serviços de empresa não idônea, o que não ocorreu no presente caso.

O apelo não prospera.

Com efeito, a decisão recorrida está respaldada no entendimento exposto pela Súmula n. 331 do Colendo TST no sentido de que nos contratos de prestação de serviços a inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quando não fiscalizada a atuação da empresa prestadora dos serviços, o que ocorreu no caso em que o recorrente não fiscalizou de forma efetiva o contrato firmado com a empresa empregadora do reclamante, conforme a redação do inciso IV da referida súmula, abaixo transcrito, *in verbis:*

> IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

Cabe esclarecer, também, que ao tomador dos serviços impõe-se a fiscalização dos serviços prestados, a observância do cumprimento das obrigações contratuais e legais por parte da empresa prestadora dos serviços, uma vez que a

Documento produzido e assinado eletronicamente (Certificado A1) por JOÃO DE DEUS GOMES DE SOUZA em 31/01/2013 12:26:30.
Documento disponível em www.trt24.jus.br (Identificador ID:1000221).

inobservância implica em culpa *in vigilando*, e, ainda, a verificação da idoneidade da empresa prestadora quando de sua contratação, o que, não o fazendo, acarretaria a ocorrência de culpa *in eligendo*. Desse modo, nenhuma influência tem para a aferição da responsabilidade subsidiária o fato de o recorrente não identificar os funcionários da prestadora que lhes prestam os serviços contratados, bastando a confirmação de que descurou do seu dever de fiscalizar o contrato firmado de prestação de serviços, o que se constatou nestes autos, em que o recorrente nenhuma prova trouxe aos autos a fim de demonstrar que não descurou de suas obrigações.

Portanto, no caso de a empresa empregadora deixar de adimplir os créditos devidos ao reclamante, deve o recorrente responder subsidiariamente, como bem decidido na instância originária.

Destarte, nego provimento ao recurso.

2.3 – HORAS EXTRAS – INTERVALO INTRAJORNADA – LABOR EXTERNO

Aduz o recorrente que não havia controle de jornada do reclamante por ser o reclamante trabalhador externo, estando inserido no disposto no art. 62, I, da CLT, pretendendo a exclusão das horas extras e do intervalo intrajornada deferidos.

Merece provimento o recurso, no particular.

Com efeito, consoante constatado pelo teor dos depoimentos trazidos como prova emprestada (f. 303/309), que o trabalho do reclamante era realizado sem fiscalização do empregador, motivo pelo qual entendo que se trata de jornada externa que não possibilita a fiscalização pelo empregador da real jornada do empregado. O fato de o empregado ir ao

Documento produzido e assinado eletronicamente (Certificado A1) por JOÃO DE DEUS GOMES DE SOUZA em 31/01/2013 12:26:30.
Documento disponível em www.trt24.jus.br (Identificador ID:1000221).

escritório da empresa no início e no final do expediente não demonstra jornada fiscalizada para fins de percepção das horas extras, em razão da especificidade do trabalho do reclamante como eletricista montador e encarregado de turma (f. 4).

É cediço que a atividade externa incompatível com a fixação de horário é toda aquela exercida fora do controle do empregador e que pela sua natureza pode ser desenvolvida de diversas formas de maneira que a sua duração varia conforme o desempenho e as características pessoais do trabalhador.

Desse modo, tenho que a atividade externa do autor é incompatível com a fixação e o controle de horário de trabalho e o simples fato de haver afirmação de que o empregado ia ao escritório da empresa no início e no final do expediente não comprova qualquer supervisão de horário, mas tão-somente a existência de entrega dos serviços a serem realizados e um acompanhamento das atividades já realizadas pelo obreiro.

Também o fato de haver pagamento de horas extras pelo reclamado não impõe reconhecimento de jornada mais elastecida para fins de pagamento de horas extras.

Pelo mesmo fundamento, também inexistente a verificação de fruição do intervalo intrajornada pois o obreiro permanecia em labor externo, inexistindo possibilidade de o empregador verificar a fuição de tal intervalo.

Desse modo, dou provimento ao recurso para excluir da condenação as horas extras deferidas, inclusive aquelas decorrentes da não concessão do intervalo intrajornada.

2.4 - MULTA DO ARTIGO 477 DA CONSOLIDAÇÃO DAS

Documento produzido e assinado eletronicamente (Certificado A1) por JOÃO DE DEUS GOMES DE SOUZA em 31/01/2013 12:26:30.
Documento disponível em www.trt24.jus.br (Identificador ID:1000221).

LEIS DO TRABALHO

Inconformado, pretende o recorrente que se exclua da condenação a responsabilidade pelo pagamento da multa em epígrafe, ainda que mantida a sua responsabilidade subsidiária, em vista do seu caráter punitivo.

Não tem razão, no particular, o recorrente.

A responsabilidade aplicada ao recorrente inclui a multa em tela uma vez que o tomador de serviços responde subsidiariamente por todas as infrações de sua contratada à legislação material trabalhista, inclusive em relação à referida multa.

Neste sentido é a jurisprudência uniforme do C. TST, *in verbis*:

> DOBRA SALARIAL E MULTA PREVISTAS NOS ARTIGOS 467 E 477 DA CLT. RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DE SERVIÇOS. A condenação subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas devidas pelo devedor principal, inclusive a dobra salarial e a multa previstas nos artigos 467 e 477 da CLT, isso porque, tal como ocorre com as demais verbas, são devidas em razão da culpa "in vigilando". Recurso não conhecido. (TST, RR 759944/2001, 4ª T., Rel. Min. Antônio José de Levenhagen, DJU de 29.8.2003).
>
> MULTA DO ART. 477, § 8º, DA CLT. RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DE SERVIÇO. Tendo sido o Embargante (tomador de serviço) responsabilizado subsidiariamente pelo pagamento das parcelas a que foi condenada a empresa contratada (devedora principal), inexiste motivo para não se incluir, nesta responsabilidade, a multa do art. 477, § 8º, da CLT, mormente em situação como a dos autos, onde está ela fulcrada nas culpas “in vigilando” e “in eligendo”.

Documento produzido e assinado eletronicamente (Certificado A1) por JOÃO DE DEUS GOMES DE SOUZA em 31/01/2013 12:26:30.
Documento disponível em www.trt24.jus.br (Identificador ID:1000221).

Embargos não conhecidos. (TST, ERR 580942/1988, SBDI-1, Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira, DJU de 19.12.2002).

MULTA DO ARTIGO 477, § 8º, DA CLT-APLICABILIDADE-RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - Está evidenciado nos autos o não pagamento das verbas rescisórias à Autora, dando ensejo à aplicação da penalidade prevista no artigo 477, § 8º, da CLT. O Tribunal Regional impôs obrigação subsidiária pela satisfação dos créditos trabalhistas, o que implica responsabilidade pelo total devido à Reclamante, incluindo a aludida multa, na hipótese de a empregadora (prestadora de serviço) não os satisfazer. O acórdão recorrido está conforme ao Enunciado nº 331, IV do TST, inviabilizando o conhecimento dos Embargos, nos termos do artigo 894, alínea "b", da CLT. Embargos não conhecidos. (TST, ERR 441368, SBDI-1, Rel. Min. Maria Cristina Yrigoyen Peduzzi, DJU de 6.12.2002).

Nego, pois, provimento ao recurso.

2.5 - DEMAIS PEDIDOS

Ao argumento de que os pedidos deferidos ao autor possuem natureza personalíssima, o recorrente pretende a exclusão das verbas que elenca às f. 355.

Sem razão.

A responsabilidade aplicada ao recorrente inclui todas as verbas da condenação uma vez que o tomador de serviços responde subsidiariamente por todas as infrações de sua contratada à legislação material trabalhista, não se verificando nas verbas citadas, objetos da irresignação do recorrente, nenhum óbice para sua condenação de responsável

Documento produzido e assinado eletronicamente (Certificado A1) por JOÃO DE DEUS GOMES DE SOUZA em 31/01/2013 12:26:30.
Documento disponível em www.trt24.jus.br (Identificador ID:1000221).

subsidiário pelo seu pagamento.

De fato, a responsabilidade subsidiária, no caso em apreço, compreende o total devido ao reclamante, estando neste incluídas todas as verbas trabalhistas da condenação.

Nego, pois, provimento ao recurso.

2.6 – HORAS DE SOBREAVISO

O reclamado pretende a exclusão das horas de sobreaviso deferidas, afirmando que não havia a necessidade de o reclamante permanecer em sua residência aguardando ordens do empregador, inexistindo impedimento à sua liberdade de locomoção, como afirmado pelas testemunhas.

Tem razão.

As testemunhas afirmaram que o chamado para prestar serviços fora do horário normal era realizado pelo telefone celular e, ainda que tenham afirmado que eram obrigadas a permanecerem em sua residência, entendo que com tal procedimento não havia a obrigação de o empregado permanecer em sua residência já que poderia ser acionado pelo telefone celular, não se podendo deduzir, portanto, que o empregado ficava de sobreaviso, eis que não há comprovação de que ficasse privado de sua liberdade de locomoção.

Por não estar imposta ao empregado a obrigação de permanecer em sua casa à disposição do empregador, entendo não configurado o pretenso sobreaviso.

Desse modo, dou provimento ao recurso para excluir da condenação as horas de sobreaviso.

Documento produzido e assinado eletronicamente (Certificado A1) por JOÃO DE DEUS GOMES DE SOUZA em 31/01/2013 12:26:30.
Documento disponível em www.trt24.jus.br (Identificador ID:1000221).

2.7 - HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS

Pugna a recorrente pela reforma do julgado para ver reduzido o percentual da verba em tela a que foi condenada, ao argumento de que (...) o mesmo não se encontra em consonância com a realidade do referido processo (sic, f. 358).

Não tem razão o recorrente.

Para a fixação do percentual em questão, o Juízo primário estabeleceu o percentual dentro dos parâmetros preconizados na Súmula n. 219, I, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho e em consentâneo com o trabalho realizado pelo profissional, não existindo nenhuma vedação à estipulação como foi efetuada pelo juízo *a quo*.

Destarte, nego provimento.

POSTO ISSO

ACORDAM os Desembargadores Federais do Trabalho da Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Quarta Região, por unanimidade, aprovar o relatório, **conhecer parcialmente do recurso** e conhecer das contrarrazões; no mérito, por maioria, **dar-lhe parcial provimento** para excluir da condenação as horas extras, o intervalo intrajornada e as horas de sobreaviso, nos termos do voto do Desembargador João de Deus Gomes de Souza (relator), vencido em parte o Desembargador Nicanor de Araújo Lima (revisor), que lhe dava provimento menos amplo e fará a juntada de seu voto. Com base no parágrafo único do artigo 135 do CPC, declarou sua suspeição o Desembargador Ricardo Geraldo Monteiro Zandona.

Arbitro novo valor à condenação no importe de

Documento produzido e assinado eletronicamente (Certificado A1) por JOÃO DE DEUS GOMES DE SOUZA em 31/01/2013 12:26:30.
Documento disponível em www.trt24.jus.br (Identificador ID:1000221).

R$6.000,00 (seis mil reais). Custas processuais no valor de R$120,00 (cento e vinte reais), já recolhidas pelo reclamado (f. 360).

Campo Grande, 30 de janeiro de 2013.

JOÃO DE DEUS GOMES DE SOUZA
Desembargador Federal do Trabalho
Relator

JDGS/3/c

Documento produzido e assinado eletronicamente (Certificado A1) por JOÃO DE DEUS GOMES DE SOUZA em 31/01/2013 12:26:30.
Documento disponível em www.trt24.jus.br (Identificador ID:1000221).