



PODER JUDICIÁRIO JUSTIÇA DO TRABALHO TRIBUNAL REGIONAL DO  
TRABALHO DA 1ª REGIÃO

**PROCESSO nº 0010417-43.2015.5.01.0451 (RO)**

**RECORRENTE: MAGNO DE AGUIAR RIBEIRO**

**RECORRIDO: CONSTRUTORA COLARES LINHARES S A,  
ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**RELATORA: DESEMBARGADORA VÓLIA BOMFIM CASSAR**

**EMENTA**

**ACIDENTE DE TRABALHO. ATIVIDADE DE RISCO. CONSTRUÇÃO CIVIL.** Inconteste o acidente e verificada sua ocorrência na atividade de risco em que estava inserido, atuando na construção civil, deve a ré ser condenada no pagamento de indenização. A responsabilidade só é afastada quando comprovada cabalmente a culpa exclusiva da vítima, o que não se configurou, visto que não há prova contundente de que o reclamante entrou na vala sem autorização.

**RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, DO C. TST.** A pretensão de responsabilização da segunda reclamada não pode ser rejeitada de plano, pela simples limitação prevista no artigo 71 da Lei de Licitações, porquanto o exame circunstanciado dos elementos dos autos pode revelar a culpa do tomador de serviços na contratação ou, sobretudo, na fiscalização dos serviços executados pela prestadora (Súmula nº 43 do TRT da 1ª Região). O ente público não logrou demonstrar que fiscalizou o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo prestador de serviços, ônus que lhe competia, por ser o detentor dos documentos do contrato. No mesmo sentido, a Súmula nº 41 do TRT da 1ª Região. Portanto, é responsável de forma subsidiária o segundo demandado por todas as verbas deferidas ao reclamante, a teor da Súmula nº 331, do C. TST.

**HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INDENIZAÇÃO POR DANOS PATRIMONIAIS.** A Lei nº 5.584/70 dispõe que deve o reclamante preencher dois requisitos concomitantes para o deferimento dos honorários: receber menos que o dobro do mínimo legal e estar assistido por sindicato. No mesmo sentido a Súmula nº 219, do TST. No caso em tela, o autor, não estando assistido por sindicato, não faz jus a tal verba. Indevido, ainda, o ressarcimento do valor como indenização, pois nada mais é que um subterfúgio para conceder

uma verba que não é reconhecida na legislação trabalhista.

## RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Recurso Ordinário nº **TRT-RO-0010417-43.2015.5.01.0451** em que são partes **MAGNO DE AGUIAR RIBEIRO**, como Recorrente, **CONSTRUTORA COLARES LINHARES S.A. E ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, como Recorridos.

Recurso Ordinário interposto pelo **autor**, contra a sentença de ID. fl. 91d26ba, proferida pelo MM. Juiz André Correa Figueira, da 1ª Vara do Trabalho de Itaboraí, que julgou **improcedente** o pedido. O recorrente pretende a reforma do julgado, mediante os fundamentos articulados no ID. 4c33933.

Contrarrazões da reclamada, ID. b6765b1, requerendo a manutenção da sentença.

Os autos foram remetidos à Procuradoria do Trabalho, parecer ID. bf08cdb, da lavra da I. Procuradora Inês Pedrosa de Andrade Figueira, opinando pelo conhecimento e provimento parcial do apelo.

Éo relatório.

## FUNDAMENTAÇÃO

Por preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso, **exceto quanto ao tópico "DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA", por falta de interesse recursal, tendo em vista o acórdão de ID. 2756eb7.**

## MÉRITO

### Recurso do Reclamante

#### DO ACIDENTE DO TRABALHO. DANO MORAL

O recorrente alega, em síntese, que estava executando seus serviços e entrou na vala com autorização e permissão do carregado. Afirma que a reclamada não comprovou sua tese defensiva de que o autor não teve autorização para entrar na vala. Por fim, assevera que, mesmo que o reclamante tivesse adentrado na vala sem autorização do encarregado, esse fato não eximiria a reclamada do dever de indenizar, visto que era obrigação da empresa, por meio do seu encarregado, de retirar o reclamante do local para o qual não tinha autorização para permanecer.

A decisão de origem julgou improcedente o pedido, sob o seguinte

fundamento, *verbis*:

Em síntese, pretende o autor indenização por ter sofrido acidente de trabalho.

A Ré aduziu que o autor entrou no buraco sem autorização.

Não há prova de que o autor tenha entrado no "buraco" com a devida autorização.

É proibida a entrada em buracos sem o devido escoramento.

Assim, considerando que ninguém está obrigado a acatar ordens ilícitas, ainda que o autor tenha recebido ordens, não deveria ter cumprido a mesma.

Porém, no caso dos autos a prova oral comprovou que havia claramente a proibição da entrada no buraco, tendo o autor desrespeitado tal norma.

Por fim, ainda que o acidente tenha ocorrido por culpa da ré, esta não praticou ato algum contra a honra ou moral do autor.

Não há como acolher o pleito de indenização por dano moral.

(...)

Ressalte-se que o autor declarou em depoimento que está apto ao serviço, não havendo qualquer fato decorrente do alegado acidente.

**Com razão o recorrente.**

O reclamante narrou que foi contratado como servernte em 15.08.2013, e em 05.02.2104, quando trabalhava na instalação hidráulica, realizando a ligação de tubos de 900 milímetros, dentro de um buraco de aproximadamente 5,5 metros, as paredes desse buraco desmoronaram, soterrando o reclamante e outro colega. Narrou que foi socorrido inicialmente pelos demais colegas e posteriormente pelo Corpo de Bombeiros, perdurando aproximadamente 1 hora o resgate. Afirma que foi encaminhado ao hospital municipal e que no dia seguinte, ao acordar, sentiu fortes dores, especialmente na coluna, próximo à bacia. Notícia que, após os 15 dias de afastamento, a reclamada emitiu a CAT e agendou a perícia junto ao INSS, o qual lhe concedeu o benefício de auxílio doença acidentária, ficando afastado até 27.04.2014. A dispensa ocorreu em 11.12.2014.

A reclamada não negou a ocorrência do acidente, mas alegou se tratar de culpa exclusiva da vítima, que entrou na vala sem a devida autorização do encarregado da obra.

Dano é o resultado de uma ação, omissão ou decorrente de uma atividade de risco que causa lesão ou magoa bens ou direitos da pessoa, ligados à esfera jurídica do sujeito de direito (pessoa física, pessoa jurídica, coletividade etc.). É o que atinge o patrimônio ideal da pessoa ou do sujeito de direito. E ele tem como fundamento o artigo 5º, incisos V e X da CRFB/88.

Os requisitos para o direito à indenização de dano (seja patrimonial ou não patrimonial) são: a) dano; b) ato ilícito, abusivo ou atividade de risco (responsabilidade objetiva); c) nexo causal.

O dano, no presente caso, é incontroverso.

**O documento de ID. 88a2335 noticia o acidente no local de trabalho, e os documentos de ID's 4da2bc3 e seguintes, que houve atendimento**

emergencial e que o autor ficou afastado por 15 dias. No documento de ID. e1a72d9, comprova-se o afastamento e a percepção de auxílio-doença acidentário.

**É incontestável que o acidente de trabalho ocorreu e que dele resultaram as lesões na coluna e membros superiores, diagnosticadas no laudo de ID. ba9288f, que levaram o reclamante a ficar afastado de suas atividades.**

**Cabe-nos agora verificar, se há responsabilidade da reclamada e quais danos foram causados ao autor.**

**A própria narrativa dos fatos cuida de demonstrar que a negligência da reclamada contribuiu para o acidente. O autor se encontrava dentro da vala fazendo instalação hidráulica quando houve o desmoronamento. Não bastasse isso, não houve comprovação de que o reclamante não obteve autorização do encarregado para entrar no local da escavação, vez que as testemunhas ouvidas não se encontravam no local do acidente, não podendo precisar se houve ou não autorização do encarregado da obra.**

Assim, é que, se o reclamante adentrou na vala sem autorização, como tenta nos fazer crer a reclamada, deveria o próprio responsável pela equipe ter se encarregado de ordenar que o reclamante se retirasse do local da escavação.

**Ademais, a empresa explora a atividade de construção civil e expõe seus colaboradores a riscos superiores aos que se submetem empregados de outras atividades, uma vez que exercem suas funções em meio a maquinário pesado e com alto índice de acidentes. Por essa razão, responde objetivamente pelos danos causados pelo exercício da atividade de risco, na forma do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, e Enunciado nº 38, do CEJ.**

O novo Código Civil consagrou, finalmente, a teoria da responsabilidade sem culpa, para fazer prevalecer o dever geral de não prejudicar o outro, de reparar o dano causado, o que se coaduna com os princípios constitucionais da sociedade solidária, da justiça social e distributiva, priorizando sempre a dignidade e incolumidade da pessoa humana. Este ato representou um passo à frente diante da antiga teoria da irresponsabilidade como regra e o da responsabilidade civil como exceção. O centro das atenções deixa de ser o autor do dano, o ofensor, para ser a vítima, o ofendido, numa visão alargada de coletividade, mudando-se os paradigmas da responsabilidade civil. As atividades de risco passam a incomodar a coletividade e não somente a pessoa do trabalhador submetido ao risco. O fundamento da teoria está no fato de que a pessoa que se aproveita economicamente da atividade de risco deve indenizar e reparar os danos causados a outrem, desde que decorrentes destes riscos, que é o caso da ré.

A incolumidade física e mental do trabalhador é interesse digno de tutela jurídica que, quando lesionados, devem ser reparados ou indenizados. A boa-fé objetiva faz presumir que todos devem se comportar socialmente de forma a não causar prejuízo ao outro. Mesmo que a conduta, sob o ponto de vista do direito positivo, seja lícita, não violando qualquer lei, se afetar direitos fundamentais do trabalhador, dentre eles sua saúde física e mental, bens que fazem parte da dignidade humana, terá direito à reparação e indenização pelos danos causados.

**A exceção a esta regra está na prova cabal da culpa exclusiva do empregado, o que não se configurou, visto que não há prova contundente de que o reclamante entrou na vala sem autorização. Pois ela pode afastar a responsabilidade da ré,**

mesmo em atividade de risco, a qual não se confunde com a alegação do empregador de adoção de todas as medidas de segurança, visto que, mesmo com estas, o risco de acidente e a lesão podem existir. Nisto se pauta a teoria do risco.

**Não houve, ainda, a comprovação da existência de Comissão Interna de Prevenção de Acidentes, e não foram apresentados PCMSO ou LTCAT.**

**Dessa forma, não há dúvidas de que a reclamada possui responsabilidade para com o acidente do autor.**

Segundo Savatier, o conceito de dano moral corresponde a "todo sofrimento humano que não resulta de uma perda pecuniária", isto é, são lesões causadas por terceiros estranhas ao patrimônio, de difícil mensuração pecuniária.

Preferimos adotar o seguinte conceito de dano moral: é o resultado de uma ação, omissão ou decorrente de uma atividade de risco que causa lesão ou magoa bens ou direitos da pessoa ligados à esfera jurídica do sujeito de direito (pessoa física, pessoa jurídica, coletividade etc.). É o que atinge o patrimônio ideal da pessoa ou do sujeito de direito.

Não se pode negar que uma saúde perfeita, com todos os órgãos em perfeita harmonia e plena capacidade, é o que todos almejamos para vivermos bem em sociedade, sermos bem aceitos e podermos desfrutar de todas as benesses que a natureza e a vida em sociedade nos coloca à disposição. Ter alguma dessas capacidades reduzidas faz com que não se possa aproveitar de tudo que os órgãos dos sentidos, em sua plenitude, nos colocam em contato.

Como o dano moral não tem medida pecuniária, necessária a fixação por arbitramento, dentro do prudente critério do julgador (art. 950, do CC).

A natureza da indenização decorrente do dano moral é de punição educativa ao agressor, de forma a inibir a repetição do mesmo ato no futuro. Por isso, deve levar em conta a intensidade do ato, os antecedentes e a capacidade econômica do empregador. Não tem finalidade de enriquecer a vítima.

**Assim, levando-se em consideração que o autor após alta do INSS, continuou exercendo suas atividades costumeiras, pois não há notícia de que foi reabilitado pela autarquia previdenciária; que em depoimento pessoal (ID. 5ae24c7) afirmou que "se sente apto ao trabalho"; que permaneceu afastado de suas atividades por menos de 3 meses e, por fim, considerando-se a extensão e a gravidade e que o último salário do autor foi R\$ 1.721,21, fixo a indenização em danos morais no montante de R\$ 5.000,00.**

**Dou provimento.**

## **DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA**

Afirma o recorrente, em resumo, que é inconteste o contrato de prestação de serviços da primeira reclamada com o Estado do Rio de Janeiro, vez que não houve impugnação específica neste sentido. Aduz, assim, que a contratante deve ser responsabilizada subsidiariamente pelas consequências do contrato. Assevera que o ente contratante deve ser responsabilizado pelo seu comportamento omissivo de não fiscalizar o cumprimento das

obrigações trabalhistas pela empresa contratada. Por fim, afirma que a responsabilidade subsidiária deve ser integral, alcançando todo prejuízo que o empregado vier a sofrer em função de sua atividade laboral, incluindo o dano moral.

O juízo de origem julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

### **Assiste razão ao recorrente.**

Restou incontroverso, nos autos, que o segundo ré contratou a primeira reclamada para que esta lhe prestasse serviços. Foi exatamente na execução desse contrato que o reclamante, empregado da primeira reclamada, laborou em benefício da segunda ré.

Trata-se da clássica terceirização de mão de obra. Ao necessitar de empregados para exercer atividades de caráter permanente do Município, o segundo réu deveria tê-lo feito por meio de concurso público. Ao subcontratar esses trabalhadores, o ente público correu todos os riscos pela inobservância dos direitos trabalhistas da mão de obra terceirizada.

A terceirização, exteriorização, subcontratação, colocação de mão de obra ou, como chama a doutrina alienígena, *marchandage*, ocorre quando uma empresa subcontrata trabalhadores por meio de outra.

A terceirização se caracteriza por uma relação trilateral entre tomador, intermediador e trabalhador. Apesar de não ser proibida, é exceção à regra geral, pois, ordinariamente, o vínculo de emprego se forma diretamente com o tomador (princípio da *ajenidad*).

Na verdade, o tomador dos serviços é o empregador natural ou real, pois é quem enriquece diretamente com o trabalho do empregado, enquanto o intermediador de mão de obra é identificado como o empregador aparente ou dissimulado, ganhando de forma derivada, já que não recebe originariamente a energia de trabalho. Esta ficção ocorre para proteção do trabalhador que, diante da concentração econômica e da necessidade de redução de custos, fica à mercê dos empregadores. Neste caso, o empregador aparente é a pessoa jurídica que assina a CTPS e o real empregador o tomador dos serviços.

Assim, a falta de identidade entre a figura do empregador real com a do empregador aparente deve expressar uma exceção à regra geral e ser evitada pela doutrina e jurisprudência, uma vez que o empregado não se insere nos fins comuns da empresa para quem de fato trabalha (tomador). Esse trabalhador não tem direito às normas internas, coletivas, estatutos e regulamentos do tomador, o que gera sua discriminação diante dos outros empregados. Apesar de o trabalhador terceirizado e o servidor público trabalharem juntos, lado a lado, no estabelecimento do tomador, cada qual tem empregadores diferentes, o que gera, conseqüentemente, diferentes direitos.

Há mais.

O Código Civil prevê, em seu artigo 186, que aquele que causar dano a terceiro deve ser responsabilizado pela reparação da lesão. E todos que concorrerem para o referido dano também serão responsabilizados solidariamente (art. 942, do CC).

Tendo o segundo reclamado concorrido com sua culpa para a prática

de ato ilícito (por omissão na fiscalização do cumprimento dos direitos legais do autor), também é responsável pela sua reparação.

Ademais, por força dos artigos 2º e 3º, da CLT, ambos são empregadores, logo, corresponsáveis.

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93, art.71) exclui a responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento do prestador de serviços no tocante aos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução dos contratos.

Entretanto, o artigo 55, XIII, da Lei nº 8.666/91, determina que os contratos efetuados pela Administração Pública, por meio de licitação, devem conter cláusulas obrigando o contratado a manter durante "toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação."

O artigo 78, incisos I e VI, da Lei de Licitação, também dispõe que: "Constituem motivo para a rescisão do contrato: I - Não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;" e o artigo 67, do mesmo dispositivo legal, dispõe que: "a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-los e subsidiá-lo de informações pertinentes à esta atribuição."

A Administração Pública não deve se limitar apenas a fiscalizar a empresa durante o processo licitatório e no ato de contratá-la, após vencer a licitação, mas também durante a execução do contrato. Não tendo fiscalizado corretamente, deve ser responsabilizada por isso.

Embora o vínculo de emprego não se estabeleça entre o tomador e o empregado, em face do obstáculo imposto pelo artigo 37, II, da CRFB, subsiste a responsabilidade subsidiária do contratante, ente da Administração Pública, por comprovada sua conduta culposa.

A questão já foi pacificada pela Súmula nº 331, V, do Tribunal Superior do Trabalho que, na sua atual redação, afastou quaisquer dúvidas porventura existentes.

Dispõe o inciso V, da Súmula nº 331, do C. TST, que, *verbis*:

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."

Vê-se, pois, que a pretensão de responsabilização do segundo reclamado não pode ser rejeitada de plano, pela simples limitação prevista no artigo 71 da Lei de Licitações, porquanto o exame circunstanciado dos elementos dos autos pode revelar a culpa do tomador de serviços na contratação ou, sobretudo, na fiscalização dos serviços executados pela prestadora.

**O ente público não logrou demonstrar que fiscalizou o**

**cumprimento das obrigações trabalhistas pelo prestador de serviços.**

Portanto, é responsável de forma subsidiária o segundo demandado pelas verbas deferidas ao reclamante, a teor da Súmula nº 331, do C. TST.

**Saliento, por fim, que essa responsabilidade se faz por todos os créditos do trabalhador, sem importar sua natureza, inclusive eventuais multas e penalidades, uma vez que o acessório segue a sorte do principal e a responsabilidade da segunda ré é secundária, acessória, subsidiária.**

**Dou** provimento para condenar o segundo réu de forma subsidiária pelas verbas deferidas ao reclamante.

## **DA INDENIZAÇÃO A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS**

A Lei nº 5.584/70 dispõe que deve o reclamante preencher dois requisitos concomitantes para o deferimento de tal verba: receber menos que o dobro do mínimo legal e estar assistido por sindicato. No mesmo sentido a Súmula nº 219, do TST.

**No caso em tela, o autor, não estando assistido por sindicato, não faz jus a tal verba.**

Por outro lado, os requisitos para o direito à indenização do dano (seja patrimonial ou não patrimonial) são: a) lesão; b) ato ilícito, abusivo ou atividade de risco (responsabilidade objetiva); c) nexa causal.

**Não houve ato ilícito comprovado que enseje a indenização por danos materiais. O empregador, ainda que na execução do contrato tenha conduta irregular, não atua diretamente sobre a opção da autora em contratar advogado particular, pois é uma faculdade sua.**

Poderia o reclamante ter lançado mão de postular seus direitos sem a presença do advogado, acionar o sindicato assistente de sua categoria ou os escritórios modelo de universidades que prestam assistência judiciária gratuita.

Assim, além de não serem devidos os honorários, por não preenchidos os requisitos da Lei nº 5.584/70 e, no mesmo sentido da Súmula nº 219, do TST, não existe o direito à indenização, pois não há ato ilícito.

Ademais, entendo que o deferimento do *quantum* como indenização nada mais é que um subterfúgio para conceder uma verba que não é devida na legislação trabalhista, salvo exceção acima.

**Nego** provimento.

## **Conclusão do recurso**

PELO EXPOSTO, **conheço** do recurso e, no mérito, **dou-lhe parcial** provimento para condenar a primeira ré, e o segundo reclamado de forma subsidiária, ao



pagamento de indenização por danos morais, em virtude de acidente do trabalho, no montante de R\$ 5.000,00.

Juros de 1% simples e correção monetária na conformidade da legislação em vigor a cada época, na forma da Súmula nº 381, do C. TST. Não incidem contribuição previdenciária e IR sobre os juros de mora, em face de sua natureza indenizatória.

Sobre a indenização do dano moral deve incidir correção monetária e juros a partir da data do arbitramento.

Custas de R\$100,00, pelo réu, calculadas sobre o valor da condenação ora arbitrada em R\$5.000,00.

## **Acórdão**

ACORDAM os Desembargadores que compõem a 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, **por unanimidade, conhecer** do recurso e, no mérito, **dar-lhe** parcial provimento para condenar a primeira ré, e o segundo reclamado de forma subsidiária, ao pagamento de indenização por danos morais, em virtude de acidente do trabalho, no montante de R\$ 5.000,00.

Rio de Janeiro, 22 de fevereiro de 2017

**DESEMBARGADORA VÓLIA BOMFIM CASSAR**

**RELATORA**