



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO

0098800-61.2009.5.04.0018 RO

Fl.1

EMENTA: VÍNCULO DE EMPREGO. TRABALHO DO APENADO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. O trabalho externo prestado por condenado em regime aberto não configura o trabalho prisional, previsto na Lei das Execuções Penais. Relação de trabalho que se sujeita à tutela da CLT. Sem embargo, a inobservância do inciso II do artigo 37, da CF, quando figura no pólo empregador sociedade de economia mista, acarreta a nulidade da contratação, sendo, contudo, reconhecidos os seus efeitos.

VISTOS e relatados estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO** interposto de sentença proferida pelo MM. Juiz da 18ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, sendo recorrente **VARONIL OLIVEIRA** e recorrido **COMPANHIA CARRIS PORTOALEGRENSE E MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE**.

Inconformado com a sentença proferida às fls. 337-41, o autor interpõe recurso ordinário (fls. 344-55). Pretende a reforma da sentença, para ver reconhecido o vínculo de emprego com a primeira ré e o direito às horas extras, adicional noturno, diferença do vale-alimentação, adicional de insalubridade, equiparação salarial, férias, 13ºs salários, parcelas rescisórias, vale transporte, multas dos artigos 477 e 467 da CLT, FGTS e multa de 40% e indenização pelo PIS. Busca, ainda, a responsabilização subsidiária da segunda ré.

O segundo réu apresenta contrarrazões às fls. 360-2 e a primeira ré, às fls. 363-72.

O Ministério Público do Trabalho opina pelo parcial provimento do recurso (fls. 376-7).

É o relatório.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO

0098800-61.2009.5.04.0018 RO

FI.2

ISTO POSTO:

VÍNCULO DE EMPREGO. TRABALHADOR APENADO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONTRATO NULO. EFEITOS.

O juízo de origem não reconheceu a existência de vínculo de emprego entre o autor e a primeira ré - Companhia Carris Portoalegrense - de 23.10.2006 a 12.12.2008, por entender que o autor foi, no período, trabalhador apenado, com vedação expressa de sujeição do seu trabalho ao regime da CLT, nos termos do artigo 28, § 2º, da Lei de Execuções Penais. Argumentou-se, em síntese, que o trabalho do autor não se revestiu de livre manifestação de vontade, mas sujeito às condições estabelecidas pelas regras de execução penal.

O recorrente sustenta que, além de haver diversas irregularidades que impedem a aplicação da LEP ao caso dos autos, o juízo equivocou-se na análise dos fatos, porque não se tratava de trabalhador preso nos termos dessa legislação. Alega que não cumpria a sua pena em regime fechado, mas em regime aberto, na condição de albergado, possuindo o dia todo para trabalhar normalmente, sem precisar do auxílio da Susepe ou do referido convênio para prestar serviços para a Carris. Afirma que, ao sustentar a aplicação da LEP ao invés da CLT, a Carris tomou para si o ônus probatório e deveria apresentar e comprovar a presença de todos os requisitos necessários. Aduz que a Carris não cumpriu com as exigências legais da contratação mediante a LEP, tais como: não houve comprovação de que o autor era trabalhador preso; não foram juntadas autorizações expressas do estabelecimento prisional e do juízo das execuções penais para o trabalho do autor; não foi comprovado que o autor cumpria pena em regime fechado e que cumpriu mais de 1/6 da sua pena; não foi comprovado o seu consentimento com o trabalho; o autor trabalhava em horários superiores ao permitido na LEP, inclusive em domingos e feriados; a empresa não tomava cautela contra fugas nem medidas em favor da disciplina. Diz, ainda, o artigo 28, § 2º, da LEP é aplicável apenas aos presos submetidos ao regime fechado e que os



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO

0098800-61.2009.5.04.0018 RO

Fl.3

demais regimes prisionais não são submetidos à LEP, pois existe liberdade para trabalhar normalmente, em conformidade com as normas da CLT. Enfatiza que a testemunha da empresa disse que o autor era albergado, o que significa que cumpria pena em regime aberto, pois se se tratasse de semi-aberto deveria estar em uma colônia agrícola, onde o trabalho é obrigatório dentro do próprio estabelecimento.

Analisa-se.

1. DESCARACTERIZAÇÃO DO TRABALHO PRISIONAL. É incontroverso que o autor prestou serviços para a primeira ré - Companhia Carris Portoalegrense - no período de 23.10.2006 a 12.12.2008.

A Carris trouxe às fls. 107 e ss. os termos dos protocolos de Ação Conjunta mantidos com a Superintendência dos Serviços Penitenciários - SUSEPE -, visando à utilização de mão-de-obra de apenados recolhidos à Região Metropolitana, que abrangem o período da prestação de serviços do autor.

A condição de apenado do autor no período em que prestou serviços para a Carris também é incontroversa.

O documento juntado à fl. 15 pelo autor consiste em um atestado firmado pela Carris, no qual se declarou, em 08.10.2007, que o autor exercia suas atividades junto ao Departamento de Manutenção da Companhia Carris, através de convênio Susepe.

Nos assentamentos funcionais do autor, o cargo ocupado é denominado "auxiliar de convênio" e a forma de vinculação, "convênio Susepe" (fl. 103).

Assim, não há dúvida de que o autor era apenado e prestou serviços para a Carris, por meio dos protocolos de ação conjunta mantidos entre esta e a Susepe.

No que tange ao regime de cumprimento de pena, inexistem nos autos documentos que façam expressa referência ao delito, condenação ou tipo de pena cumprida pelo autor.

Não obstante, tudo indica que o autor estivesse submetido ao regime



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO

0098800-61.2009.5.04.0018 RO

Fl.4

aberto durante o período que prestou serviços para a Carris. Isso porque as referências na prova oral são de que o autor permanecia albergado e, nos termos da lei penal, o regime aberto é o único relacionado às casas de albergado. Vejamos.

A preposta Carris, no depoimento pessoal, disse que *acredita que o regime prisional do reclamante era o semi-aberto e que o reclamante tinha hora para retornar para o albergue* (sublinhou-se, fl. 333). A testemunha Eliana Silva, arrolada pela defesa, declarou que *o reclamante tinha horário para sair do albergue e se deslocar para a empresa...* (sublinhou-se, fl. 334).

Nos termos do artigo 33, § 1º, c, do Código Penal considera-se: regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Portanto, se o autor era recolhido a albergue, subentende-se ele estava submetido ao regime prisional aberto, nos termos do dispositivo penal supratranscrito.

De acordo com o artigo 36 do CP, **o regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado**, prevendo o § 1º que *o condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga*.

A Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal), que regula o trabalho dos condenados, assim o faz:

Disposições Gerais

Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

§ 1º Aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene.

§ 2º O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO

0098800-61.2009.5.04.0018 RO

Fl.5

podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.

§ 1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender:

- a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios;*
- b) à assistência à família;*
- c) a pequenas despesas pessoais;*
- d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores.*

§ 2º Ressalvadas outras aplicações legais, será depositada a parte restante para constituição do pecúlio, em Caderneta de Poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade.

Art. 30. As tarefas executadas como prestação de serviço à comunidade não serão remuneradas.

(...)

Do Trabalho Externo

Art. 36. O trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina.

§ 1º O limite máximo do número de presos será de 10% (dez por cento) do total de empregados na obra.

§ 2º Caberá ao órgão da administração, à entidade ou à empresa empreiteira a remuneração desse trabalho.

§ 3º A prestação de trabalho à entidade privada depende do consentimento expresso do preso.

Art. 37. A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena.

Parágrafo único. Revogar-se-á a autorização de trabalho externo ao preso que vier a praticar fato definido como crime, for punido por falta grave, ou tiver



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO

0098800-61.2009.5.04.0018 RO

Fl.6

comportamento contrário aos requisitos estabelecidos neste artigo.

Como se percebe nas transcrições acima, o trabalho externo do condenado a que se refere a LEP (artigos 36 e 37), não gerador de vínculo de emprego com o tomador dos serviços, é aquele prestado pelo condenado que cumpre pena em regime fechado. Não se confunde com o trabalho do preso em regime aberto, o qual poderá ser prestado pelo condenado sem vigilância e para qualquer empregador, mediante a autorização da autoridade judicial.

No presente caso, a prestação de serviços pelo autor foi intermediada pela SUSEPE, porém não havia necessidade de que o fosse, uma vez que não havia óbice a que o autor fosse contatado diretamente pela tomadora de serviços.

Nesse sentido, vale transcrever trecho de decisão proferida pela 7ª Turma deste Tribunal:

*(...) No caso concreto, o § 2º do artigo 28 da Lei 7.210/84 deve ser examinado em conjunto com os demais dispositivos do capítulo “Do Trabalho” da referida Lei. O caput do mesmo artigo 28 dispõe que “O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva”. Frise-se que não há a expressão preso ou apenado, mas condenado. O § 2º exclui da CLT o trabalho “do preso”, ao passo que o artigo 29 trata da remuneração do preso, “mediante prévia tabela” e estabelece o fim do produto da remuneração. Os artigos 31 a 35 tratam do “Trabalho Interno”, abrangendo “O condenado à pena privativa de liberdade” (art. 31). Os artigos 36 e 37 disciplinam o “Trabalho Externo” “para os presos em regime fechado”. **Nessa senda, resta evidenciado que na exclusão do regime celetista encontram-se aqueles que cumprem pena de restrição de liberdade - caso do autor - na hipótese de trabalho interno, tão-somente, e os presos em regime fechado que trabalham externamente.** O reclamante, cabe destacar, sofre pena restritiva de liberdade em regime semi-aberto (nos moldes do parágrafo único do artigo 8º da referida Lei), ou seja, não é preso em sentido estrito, mas apenas condenado. E o trabalho externo em prol de empreendedor privado tem*



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO

0098800-61.2009.5.04.0018 RO

Fl.7

finalidade lucrativa, ainda que paralelamente tenha a função ressocializadora. E para que tenha o cunho social e garanta a dignidade da pessoa humana, como disposto no artigo 28 supracitado, o trabalhador-condenado deve ter a mesma proteção de qualquer trabalhador, pois são vinculadas aos direitos sociais constitucionalmente protegidos. É oportuno ressaltar que não há qualquer indício de adoção da tabela prevista no artigo 29 da Lei de Execuções Penais, tampouco há referência ao fim do produto da remuneração, a demonstrar que tal dispositivo não se aplica ao caso dos autos. A respeito-se, cita-se a seguinte decisão: "VÍNCULO DE EMPREGO. PRESIDÁRIO. No direito e no sistema penal brasileiro, a execução da pena, segundo a natureza e a gravidade do crime, e, ainda, segundo o grau de periculosidade do apenado, pode se dar em 'regime fechado', 'regime semi-aberto' e em 'regime aberto' (por condenação mesma ou por progressão de regime), consistindo direito do preso nestes dois últimos, devidamente autorizado e atendidas as limitações de conduta decorrentes da sua condição, o acesso ao trabalho em condições normais com os demais trabalhadores urbanos." (AC. 01738-2002-403-04-00-4 DIV-VT, 4ª T., Rel. Milton Varela Dutra, publicado em 19/12/03). O fato de o trabalho resultar em redução da pena decorre da relação entre o apenado e o Estado, sem qualquer relevância na configuração da natureza do vínculo jurídico entre o reclamante e os réus. Portanto, admitida a prestação de serviços em benefício do primeiro reclamado, impõe-se reconhecer que foi nos moldes dos artigos 2º e 3º da CLT. O período é aquele alegado na inicial, não questionado, de 02/01/06 a 25/05/07. O segundo reclamado, todavia, negou qualquer vínculo com o reclamante (fl. 30), não tendo este provado o afirmado na inicial, no particular. Impõe-se, assim, o retorno dos autos à origem para exame dos demais pedidos em relação ao primeiro reclamado. (grifou-se, processo RO 01211-2007-831-04-00-6, Rel. Desa. Dionéia Amaral Silveira, publicado em 22.02.2008).

É válida também a transcrição de ementa de acórdão proferido pela 1ª Turma deste Tribunal:

RELAÇÃO DE EMPREGO. TRABALHO PRISIONAL. Não se configura o trabalho prisional, previsto na Lei das Execuções Penais, quando se trata de



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO

0098800-61.2009.5.04.0018 RO

Fl.8

trabalho externo, prestado por condenado em regime semi-aberto. Relação que se admite estabelecida sob os moldes empregatícios, sujeita à tutela da CLT. (processo RO 0074900-03.2006.5.04.0811, Rel. Desa. Ana Luiza Heineck Kruse, publicado em 27.08.2009).

Nessas condições, o disposto no § 2º do artigo 28 da LEP não pode servir de óbice ao reconhecimento da relação de emprego entre as partes. A melhor interpretação que se pode dar a tal dispositivo é que o trabalho que não se sujeita à CLT é o prestado pelo preso em regime fechado, interno ou externo, uma vez que não há referência no capítulo da LEP destinado ao trabalho externo ao trabalho prestado pelos presos em regime aberto ou semi-aberto.

Cumprе ressaltar que o trabalho externo desenvolvido pelo preso para empresas como a Carris possui indiscutível finalidade lucrativa, o que não afasta, por óbvio, a sua função ressocializadora. E nesta se inclui um tratamento pelo empregador que dignifique o trabalho desenvolvido pelo apenado, devendo ter a mesma proteção assegurada aos demais trabalhadores.

2. CONFIGURAÇÃO DO VÍNCULO DE EMPREGO. Como visto acima, é incontroversa a prestação de serviços do autor para a Carris no período de 23.10.2006 a 12.12.2008.

No atestado juntado à fl. 15, datado de 08.10.2007, a Carris declarou que o autor *iniciou as suas atividades em 23.10.2006 e continua exercendo até o presente momento. O horário de trabalho é das 21:30 às 5:00, de domingo a sexta-feira.*

Em seu depoimento pessoal, a Carris reconheceu que o autor *foi contratado para efetuar serviços gerais, fazendo limpeza de pátio e veículos, chapeação mecânica; o horário era das 21h30min às 05h, com uma folga semanal (fl. 333).*

A ficha de registro funcional do autor (fl. 103) revela que ele foi admitido com salário de R\$ 405,95, majorado para R\$ 430,23 em 01.05.2007 e para R\$ 477,40 em 01.05.2008.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO

0098800-61.2009.5.04.0018 RO

Fl.9

As evidências são de existência de vínculo de emprego entre as partes. O autor trabalhou de forma pessoal, habitual e mediante remuneração. A subordinação é facilmente caracterizada pela sua inserção no contexto produtivo da Companhia, submetido, logicamente, às suas diretrizes.

3. VÍNCULO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EFEITOS. Afastada a alegação de trabalho prisional, há vedação de outra ordem para o reconhecimento do vínculo de emprego entre as partes.

A Carris é sociedade de economia mista, cuja maior acionária é a Prefeitura de Porto Alegre, sendo, portanto, integrante da administração pública municipal indireta. O autor foi contratado na vigência da Constituição Federal de 1988, que determina a contratação pela administração pública de servidor ou empregado por meio de concurso público, exigência não observada no caso.

Assim dispõe o inciso II do artigo 37 da CF: *a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;*

Em face da preponderância do interesse público sobre o particular, deve ser considerada nula a contratação efetuada pelas partes, pois não observado o requisito constitucional do concurso público.

Todavia, não se pode desconsiderar que a decretação da nulidade do contrato implica locupletamento da Administração Pública violadora da lei, além de causar grave prejuízo ao trabalhador que não foi partícipe voluntário dessa violação. Deve, pois, ser contraprestada a força de trabalho empregada pelo autor, haja vista não poder retornar à sua condição anterior. A prestação de trabalho não pode ser restituída, daí porque a teoria das nulidades, tal como é conhecida na esfera do direito civil, não é aplicável plenamente na órbita trabalhista, também em face da desigualdade das partes contratantes. Necessário se faz seu abrandamento, tutelando-se a energia despendida pelo hipossuficiente.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO

0098800-61.2009.5.04.0018 RO

Fl.10

Nesse sentido é o ensinamento de Orlando Gomes e Elson Gottschalk, *in* Curso de Direito do Trabalho, Forense, 1981, vol. 1, pp. 166/167: *O princípio segundo o qual o que é nulo nenhum efeito produz, não pode ser aplicado ao contrato de trabalho. É impossível aceitá-lo em face da natureza da prestação devida pelo empregado. Constituindo em força-trabalho, que implica em dispêndio de energia física e intelectual, é, por isso mesmo insuscetível de restituição.*

Os princípios constitucionais da legalidade e moralidade invocados pela defesa dirigem-se à administração. Não podem, portanto, ser utilizados para penalizar a outra parte. A isso se contrapõe o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, § 3º, da CF), o que, no que respeita à relação de trabalho, se realiza pela observância do contrato mínimo legal. Excluir um trabalhador dos benefícios do contrato mínimo, ao fundamento de que a administração com ele firmou contrato nulo, implicaria criar uma casta de excluídos da proteção legal.

Assim, não haveria como, em razão da nulidade do contrato de trabalho existente entre as partes, deixar o trabalhador desamparado, devendo ser preservados os efeitos decorrentes da prestação de serviços em proveito do tomador, que não pode ser beneficiado sem a devida contraprestação, sob pena de enriquecimento indevido.

A delimitação dos efeitos do contrato de trabalho nulo deverá ser procedida pelo juízo de origem, sob pena de supressão de instância.

Nesse contexto, dá-se provimento parcial ao recurso para reconhecer a existência de contrato de trabalho nulo, mas gerador de efeitos, entre o autor e a primeira ré, no período de 23.10.2006 a 12.12.2008, determinando o retorno dos autos à origem para que, sob essa ótica, sejam analisados os demais pedidos formulados pelo autor.

Ante o exposto,

ACORDAM os Magistrados integrantes da 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO

0098800-61.2009.5.04.0018 RO

FI.11

unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso para reconhecer a existência de contrato de trabalho nulo, mas gerador de efeitos, entre o autor e a primeira ré, no período de 23.10.2006 a 12.12.2008, determinando o retorno dos autos à origem para que, sob essa ótica, sejam analisados os demais pedidos formulados pelo autor.

Intimem-se.

Porto Alegre, 19 de outubro de 2011 (quarta-feira).

DES.ª MARIA CRISTINA SCHAAN FERREIRA

Relatora

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO