

37ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte
TERMO DE AUDIÊNCIA RELATIVA AO PROCESSO No. 0000413-64.2012.503.0137

Aos 15 dias do mês de outubro do ano de 2012, às 16:45 horas, na sede da 37ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, tendo como Titular a MM. Juíza do Trabalho Dra. Ana Maria Espi Cavalcanti realizou-se a audiência de DECISÃO da reclamação ajuizada por Fabio Arcanjo de Souza contra Drogaria Pacheco S.A..

Aberta a audiência foram, de ordem da MM. Juíza do Trabalho, apregoadas as partes.

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO DA TERCEIRA REGIÃO
37ª VARA DO TRABALHO DE BELO HORIZONTE- MG

ATA DE AUDIÊNCIA relativa ao Processo nº 0000413-64.2012.503.0137

Aos 15 dias do mês de outubro de 2.012 às 16h45, a MMª Juíza do Trabalho, Drª ANA MARIA ESPÍ CAVALCANTI, declarou reaberta a audiência realizada no processo em que são partes FÁBIO ARCANJO DE SOUZA e DROGARIA PACHECO S.A.

De ordem da MMª Juíza, foram apregoadas as partes, ausentes.

Em seguida, foi proferida a seguinte DECISÃO:

I- R E L A T Ó R I O

FÁBIO ARCANJO DE SOUZA, qualificado a f. 02, ajuizou reclamação trabalhista contra DROGARIA PACHECO S.A., alegando, em síntese, o seguinte: que foi admitido em 19/04/06, na função de fiscal de loja, e dispensado em 26/12/11; que foram ultrapassados os 30 dias de aviso prévio, fazendo jus à concessão de novo aviso prévio; que foi contratado para exercer a função de fiscal de loja, mas acumulou a função de faxineiro até 08/09/10; que a partir de 08/09/10 passou a exercer a função de porteiro/vigia, sem receber nada a mais pela função; que laborava em jornada extraordinária, inclusive durante o intervalo intrajornada e não recebeu a respectiva contraprestação; que é devida a multa do art. 467 da CLT.

Pleiteia as verbas alinhadas à f. 03; requer os benefícios da Justiça Gratuita e o pagamento de honorários advocatícios.

Deu à causa o valor de R\$ 37.848,86.

Juntou documentos (f. 15/37), declaração de pobreza (f. 38) e procuração (f. 39).

Devidamente notificada, a reclamada apresentou defesa escrita, aditada nos termos da ata de f. 41, alegando, em síntese, o seguinte (f. 42/66): preliminarmente, prescrição quinquenal; que agiu corretamente e em conformidade com o ordenamento jurídico ao estipular o termo final do prazo de cumprimento do aviso prévio em 26/12/2011; que as atividades desempenhadas pelo reclamante não caracterizam o

exercício de outra função diversa de sua função de balconista; que estas atividades visavam organização do setor de trabalho; que não houve acúmulo de função; que o reclamante não exerceu a função de vigia/porteiro; que não houve extrapolação da jornada legal; que o reclamante sempre gozou de uma hora de intervalo intrajornada; que são indevidas as multas dos artigos 467 e 477 da CLT. Impugna o pedido de pagamento de honorários advocatícios. Requer compensação.

Juntou documentos (f. 67/446), cópia dos atos constitutivos (f. 447/449), carta de preposição (f. 450), procuração (f. 451) e substabelecimento (f. 452/453).

Manifestação do reclamante sobre a preliminar e os documentos trazidos com a defesa às f. 457/465.

Na audiência em prosseguimento, o reclamante não compareceu (f. 469), tendo sido requerido pela reclamada a aplicação da pena de confissão quanto à matéria de fato.

Sem mais provas, foi encerrada a instrução processual (f. 469).

Razões finais orais, pela reclamada.

Rejeitada a primeira proposta conciliatória e prejudicada a última.

Em síntese, este é o Relatório. DECIDE-SE:

II - F U N D A M E N T O S

II.1- INÉPCIA DA INICIAL

Não há causa de pedir para o pedido de entrega de cópia autenticada do Perfil Profissiográfico Previdenciário PPP, formulado no item 06 da inicial.

Desta forma, declaro de ofício a inépcia da petição inicial, em relação ao pedido 6, extinguindo-se, pois, o processo, sem resolução do mérito, em relação ao pedido mencionado, nos termos do art. 267, I, do CPC c/c art. 769 da CLT.

II.2- CONFISSÃO FICTA

Embora devidamente intimado para comparecer, depor e produzir provas, conforme ata de f. 41, o reclamante não compareceu no prosseguimento da audiência e tampouco justificou sua ausência (ata de f. 469).

Logo, perfeitamente aplicável ao reclamante a pena de confissão ficta sobre a matéria de fato controvertida da demanda, a teor do que dispõe o parágrafo 1º do art. 343 do CPC, aplicável no processo trabalhista ex vi do disposto no art. 769/CLT. Neste sentido, a Súmula nº 74, I, do TST.

Há presunção de veracidade dos fatos alegados em defesa. Incumbia ao reclamante comprovar os fatos constitutivos de seu direito. Entretanto, não são atingidos pela pena de confissão as matérias de direito, acaso existentes, e os fatos já comprovados nos autos através de documentos acostados, uma vez que a verdade real prevalece sobre a verdade presumida (Súmula no 74, II, do TST).

II.3- PRESCRIÇÃO

Acolho a prescrição quinquenal arguida para declarar que eventuais créditos que vierem a ser reconhecidos ao reclamante, nesta decisão, terão como limite temporal, em retroação, o dia 09 DE MARÇO DE 2.007, considerando o ajuizamento da ação em 09 DE MARÇO DE 2.012.

II.4- AVISO PRÉVIO

Afirma o autor que foi dispensado em 11/11/11, tendo cumprido aviso prévio até 26/12/11, portanto, ultrapassados os 30 dias.

Pretende o pagamento de novo aviso prévio e reflexos.

A reclamada afirma que agiu corretamente de acordo com a Lei n. 12.506/11.

Sem razão a reclamada.

A Lei n. 12.506 de 11/10/11 instituiu a proporcionalidade do aviso prévio, conforme o tempo de serviço do trabalhador na mesma empresa, assim dispondo:

Art. 1º. O aviso prévio, de que trata o Capítulo VI do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa.

Parágrafo único. Ao aviso prévio previsto neste artigo serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias. (grifos acrescidos)

Ressalte-se que referido dispositivo visa beneficiar o empregado de acordo com os anos laborados na empresa, e não é aplicável ao empregador.

Nesse sentido a Nota Técnica nº 184/2012/CGRT/SRT/MTE:

Da aplicação da proporcionalidade do aviso prévio em prol exclusivamente do trabalhador

Com base no art. 7º, XXI da Constituição Federal, entendemos que o aviso proporcional é aplicado somente em benefício do empregado.

O entendimento acima se fundamenta no fato de que durante o trâmite do projeto de lei, fica evidenciado o intuito do poder legislativo em regular o disposto no referido dispositivo. Ora, o dispositivo citado é voltado estritamente em benefício dos trabalhadores, sejam eles, urbanos, rurais, avulsos e domésticos.

Ademais, o art. 1º da Lei 12.506/11, é de clareza solar e não permite margem a interpretação adversa, uma vez que diz que será concedida a proporção aos empregados ().

Assim, considerando a nulidade do aviso prévio concedido, defiro o

pagamento de novo aviso prévio de 45 dias, e reflexos em 13º salário, férias, acrescidas de 1/3 e FGTS, acrescido da multa de 40%.

Indefiro o pedido de reflexos em RSRs, vez que o aviso prévio é devido por mês, em que já se encontram remunerados os repousos. Do contrário, ocorreria bis in idem.

Indefiro o pedido de reflexos do aviso prévio em horas extras, vez que estas é que compõem a base de cálculo do aviso prévio, o que não se confunde com reflexos. Ademais, não foram quitadas horas extras na rescisão (f. 20).

Servirá como base de cálculo das parcelas supra deferidas o último salário percebido pelo obreiro no importe de R\$ 585,61 (quinhentos e oitenta e cinco reais e sessenta e um centavos).

Tratando-se de matéria de ordem pública, determino à reclamada que proceda à retificação na CTPS do autor, fazendo constar como data de saída o dia 09/02/12 e, não, 26/01/12, como requerido pelo autor, considerando o aviso prévio de 45 (quarenta e cinco) dias, sob pena de multa diária equivalente a 1/30 do salário do reclamante, até o limite de R\$ 1.000,00, a ser revertida em favor deste último. Para tanto, a reclamada será intimada a cumprir a obrigação, no prazo de 10 (dez) dias, assim que a CTPS estiver disponível nos autos.

II.5- DO ACÚMULO DE FUNÇÃO

Pretende o reclamante o pagamento de adicional por acúmulo de função.

Diante dos termos da contestação e dos documentos apresentados, incumbia ao reclamante a prova de suas alegações, por se tratar de fato constitutivo de seu direito (art. 818 da CLT e art. 333, I, do CPC c/c art. 769 da CLT). Trata-se de fato excepcional a exigir prova robusta e convincente.

No entanto, o reclamante não se desincumbiu de seu ônus.

Sequer compareceu à audiência em prosseguimento, tendo-lhe sido aplicada a ficta confissão.

Improcedem, pois, os pedidos formulados nos itens 4 e 5 da inicial.

II.6- DIFERENÇA SALARIAL

Afirma o reclamante que a partir de 08/09/10 passou a exercer a função de porteiro/vigia, todavia, a reclamada não observou o piso salarial da categoria.

A reclamada nega que o autor tenha exercido a função de vigia/porteiro.

Assim, diante dos termos da contestação e dos documentos apresentados, incumbia ao reclamante a prova de suas alegações, por se tratar de fato constitutivo de seu direito (art. 818 da CLT e art. 333, I, do CPC c/c art. 769 da CLT). Trata-se de fato excepcional a exigir prova robusta e convincente.

No entanto, o reclamante não se desincumbiu de seu ônus.

Sequer compareceu à audiência em prosseguimento, tendo-lhe sido aplicada a ficta confissão.

Improcedem, pois, os pedidos formulados nos itens 10 e 11 da inicial.

Improcede, ainda, o pedido de retificação da CTPS, formulado no item a da inicial.

II.7- HORAS EXTRAS

Pleiteia o autor o pagamento de horas extras excedentes à jornada legal, bem como pela não-observância do intervalo intrajornada.

A reclamada, por sua vez, sustenta que inexistiu o trabalho em jornada extraordinária e que o reclamante usufruía intervalo intrajornada regular.

Diante da contestação, incumbia ao obreiro provar a jornada apontada na inicial, por se tratar de fato constitutivo de seu direito (art. 818 da CLT e art. 333, I, do CPC).

Na manifestação sobre os documentos trazidos com a defesa, o reclamante afirma que a jornada declinada na peça contestatória não condizia com a realidade laboral do autor, o que seria comprovado em audiência instrutória (f. 457/466).

No entanto, não se desincumbiu o autor de seu ônus. Sequer compareceu à audiência em prosseguimento, tendo-lhe sido aplicada a ficta confissão.

O fato de não constar nos cartões de ponto de f. 403 a 446 a marcação do intervalo intrajornada, não induz à conclusão de que não houve o gozo efetivo de uma hora de intervalo intrajornada.

Isso porque, durante o resto do período foi verificado o respeito ao intervalo intrajornada. E ainda, consta nos cartões de ponto que o intervalo era gozado de 11 às 12 horas.

Ante o exposto, não demonstrado o labor em sobrejornada, improcedem os pedidos de horas extras e reflexos, inclusive pela inobservância do intervalo intrajornada, formulados nos itens 13, 14, 15 e 16 da inicial.

II.8- MULTA DO ART. 477, § 80, DA CLT

Indefere-se o pedido de multa do art. 477, § 8º, da CLT, eis que o reclamante não se desincumbiu do ônus de demonstrar que o pagamento das verbas consignadas no TRCT tenha sido feito a destempo, a teor do que estabelece o art. 818 da CLT e art. 333, I, do CPC. Ademais, a multa em tela não é devida nos casos de incorreções ou pagamento a menor, diante da impossibilidade de interpretação extensiva.

II.9- APLICAÇÃO DO ART. 467 DA CLT

Rejeito, diante da inexistência de verba rescisória incontroversa.

II.10- HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Pretende o reclamante o deferimento de honorários advocatícios.

Todavia, sem razão.

Pela regra do art. 14 da Lei nº 5.584/70, no Processo do Trabalho a condenação em honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida pelo sindicato da categoria profissional e provar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo, ou estar em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da família. Esse o entendimento das Súmulas 219 e 329 do TST.

Como o autor não foi assistido por advogado credenciado pelo sindicato da categoria profissional, não cumpriu os requisitos necessários para requerer os honorários assistenciais.

Embora possa a parte considerar útil a contratação de advogado para defesa dos seus direitos, a assistência desse profissional não é obrigatória, pelo princípio do jus postulandi, o que impede a aplicação da regra dos artigos 389, 395 e 404 do CC, porque a existência de norma especial afasta a aplicação das demais.

Improcede.

II.11- JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

Haverá incidência de juros de mora, contados do ajuizamento da ação (art. 883 da CLT), à razão de 1% ao mês (Lei 8.177/91), de forma simples, não capitalizados.

Determino que os índices de correção monetária sejam aplicados a partir do primeiro dia do mês subsequente ao da prestação de serviços, conforme entendimento consubstanciado na Súmula nº 381 do Colendo TST, inclusive no tocante ao FGTS e consequente multa de 40% (OJ n. 302 da SDI-I/TST). Inteligência do art. 39 da Lei 8.177/91 c/c art. 459, caput, da CLT.

II.12- COMPENSAÇÃO

Inexistindo pagamento de qualquer montante sob o mesmo título das parcelas deferidas, não merece acolhida a pretensão de compensação constante da defesa.

II.13- BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA

Concedo ao reclamante os benefícios da Justiça Gratuita, diante da declaração de pobreza de f. 38.

III C O N C L U S Ã O

Ante o exposto, julgo EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, quanto ao pedido formulado no item 6 da inicial, nos termos do art. 267, I, do CPC c/c art. 769 da CLT; e, julgo PROCEDENTES, EM PARTE, os pedidos remanescentes, para condenar a reclamada DROGARIA PACHECO S.A. a pagar ao reclamante FÁBIO ARCANJO DE SOUZA, prazo legal, observada a prescrição reconhecida, o seguinte: aviso prévio de 45 (quarenta e cinco) dias, e reflexos em 13º salário, férias, acrescidas de 1/3 e FGTS, acrescido da multa de 40%, conforme diretrizes estabelecidas no item II.4 dos fundamentos; tudo a se apurar em liquidação de sentença, com juros moratórios, contados do ajuizamento da ação (art. 883 da CLT) e atualização monetária de lei (Súmula n. 200/TST), observado, quanto a esta, o índice a partir do primeiro dia do mês subsequente ao da prestação de serviços, à luz dos fundamentos expostos que integram esta decisão. Concedidos os benefícios da Justiça Gratuita ao autor.

Deverá a reclamada proceder à retificação da CTPS do autor, quanto à data de saída, sob pena de multa diária, conforme item II.4 dos fundamentos.

A reclamada deverá recolher as parcelas da Previdência Social e do Imposto de Renda, em sendo devidas, podendo reter os valores atribuídos ao autor, sob pena de execução por esta Especializada, quanto às contribuições previdenciárias, e remessa de ofício à Receita Federal. Fica estabelecido que sofrerão a incidência do INSS as seguintes parcelas de natureza salarial: aviso prévio e reflexos em 13º salário.

Custas, pela reclamada, no importe de R\$ 30,00, calculadas sobre R\$ 1.500,00, valor arbitrado à condenação.

Intimem-se as partes.

Encerrou-se a audiência.

Nada mais.

ANA MARIA ESPÍ CAVALCANTI
Juíza do Trabalho

Alexandre Araújo Sertã
Diretor de Secretaria

CUSTAS DE : R\$30,00*****
CALCULADAS SOBRE : R\$1.500,00*****
PELO(AS) RECLAMADO