SENTENÇA

LUIZ RUEDA, reclamante, devidamente qualificada nos autos, move o presente feito em face de BRAZILIAN EXPRESS TRANSPORTES AÉREOS LTDA. e EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS, postulando rescisão indireta do contrato de trabalho, verbas resilitórias decorrentes, adicional de periculosidade e indenização por danos morais.

A primeira reclamada foi considerada revel e confessa.

A segunda reclamada apresentou defesa pugnando pela improcedência dos pedidos.

Realizada perícia técnica para apuração da alegada periculosidade.

Encerrada a instrução processual.

É o relatório, decido:

I PRELIMINARES DA SEGUNDA RÉ

A segunda reclamada arguiu diversas preliminares, gastando um total de 15 (sim, quinze) laudas apenas nestas preliminares.

Com tantas preliminares a ré deve ser o sonho de toda mulher...

Bem, quanto mais prolixa e modorrenta é a defesa, mais vontade e necessidade eu sinto de ser sucinto.

Rejeito as preliminares de inépcia, vez que não restou configurada nenhuma das hipóteses do parágrafo único do art. 295 do CPC.

A segunda reclamada é parte legítima para responder ao presente feito, vez que tomadora dos serviços da primeira ré e da mão-de-obra do reclamante.

Presentes todas as condições da ação, analisadas conforme a teoria da asserção.

II DA PRESCRIÇÃO

Acolho a prescrição argüida para declarar prescritas as pretensões a eventuais direitos anteriores a 17/04/2007.

III DA RESCISÃO INDIRETA

Postula o reclamante a rescisão indireta de seu contrato de trabalho alegando que a reclamada não vem pagando seus salários.

Ainda que a primeira reclamada seja revel e confessa, não há como se dar guarida a um pedido de rescisão indireta formulado UM ANO após o último dia trabalhado.

O reclamante alega que teria trabalhado até 01/04/2011 e ingressou com a presente demanda em 17/04/2012.

Entendo que houve nítido abandono de emprego.

Ainda que a reclamada se encontrasse em mora salarial, quem fica UM ANO sem tomar qualquer providência é no mínimo conivente, isto para não falar em desleixo ou desprezo.

Óbvio que o reclamante não estava nem um pouco se importando com o contrato de trabalho, restando nítido que largou mão do mesmo e seguiu sua vida.

Como não houve oficialmente demissão por justa causa promovida pela primeira ré, entendo que o vínculo se rompeu por culpa recíproca

Deste modo, julgo improcedente o pleito de rescisão indireta.

Acolho que a reclamada deixou de pagar os salários de outubro de 2010 até fevereiro de 2011.

Como é incontroverso que as verbas resilitórias não foram pagas, condeno a reclamada no pagamento destas. Deverá a ré pagar ao reclamante os salários de outubro de 2010 até fevereiro de 2011; as férias vencidas (2009/2010) e proporcionais (12/12); o terço constitucional das férias e os 13° salários, integral de 2010 e proporcional de 2011 (3/12).

O aviso prévio não é devido em caso de culpa recíproca, por motivos óbvios e lógicos.

Deverá a primeira reclamada, também, no prazo de cinco dias do trânsito em julgado, efetuar os depósitos do FGTS relativos às verbas resilitórias, bem como da multa de 20% do FGTS, bem como entregar as guias para soerguimento destes depósitos, sob pena de execução. No mesmo prazo deverá fornecer também as guias CD, para habilitação do Seguro Desemprego.

Não há que se falar em multas dos artigos 467 e 477 da CLT, haja vista a controvérsia envolvida.

Especificamente quanto ao FGTS, o reclamante menciona que existem diferenças, porém não diz quanto e nem quando ocorreram tais diferenças, muito menos juntou aos autos extrato de sua conta vinculada.

Não posso simplesmente adivinhar quais seriam estas diferenças, motivo pelo qual limito o FGTS apenas aos valores acima definidos.

Finalizando, tendo em vista a pena de confissão, acolho que o reclamante receia o salário mensal de R$3.727,00.

IV ADICIONAL DE PERICULOSIDADE

O laudo pericial apresentado concluiu pela existência de labor em condições periculosas nas atividades desempenhadas pelo reclamante junto a reclamada.

Destarte, condeno a reclamada no pagamento do adicional de periculosidade, no importe de 30% do salário do autor, bem como reflexos deste no aviso prévio, 13º salários, férias acrescidas do terço e FGTS com multa de 40%.

Honorários periciais a cargo da reclamada, no valor ora arbitrado de R$2.000,00, corrigidos quando do efetivo pagamento.

V DA JORNADA

Alegou o reclamante que prestava horas extras e não as recebia. Alegou também que não usufruía do intervalo legal de uma hora.

A pena de confissão aplicada à primeira reclamada me leva a presumir verdadeira a jornada declinada em exordial.

Acolho que o reclamante laborava em escala 6x1 das 9H às 18h. Acolho também que não havia fruição do intervalo para repouso e alimentação.

Condeno a reclamada no pagamento de uma hora extra por dia, pela não concessão do intervalo intrajornada, com adicional de 50%, com base no entendimento da Súmula 437 do TST, inclusive quanto à natureza salarial de tal verba.

Saliento que o horário de intervalo não usufruído NÃO deve ser descontado do cômputo da jornada. Assim, se o empregado trabalhou 12 horas, a jornada dele deve ser calculada com base nestas 12 horas, apurando-se as extras prestadas e, após tal cálculo, computa-se mais uma hora extraordinária, pela não concessão do intervalo intrajornada.

Para que não se alegue, indevidamente, pagamento em duplicidade, esclareço que a hora extra pela não concessão do intervalo, previsto no art. 71 da CLT, é devida mesmo quando não existe extrapolação da jornada.

Logo, se além de não gozar do intervalo, tal hora ainda representa sobrelabor, o mesmo deve ser também remunerado como tal, afinal, além de não descansar, ainda trabalhou em horas suplementares.

E o reclamante efetivamente prestou horas extras.

Assim sendo, condeno a reclamada a pagar as horas extras, assim consideradas as excedentes à sexta diária, considerando-se a jornada declinada em inicial. Deverão ser observados os seguintes critérios: divisor 180, adicional de 50% e a evolução salarial do autor.

Por habituais, condeno a reclamada a pagar a integração das extras deferidas (pela extrapolação da jornada e pela ausência do intervalo), nos DSRs e reflexos da soma de ambos nos 13º salários, férias acrescidas do terço, aviso prévio e FGTS com multa de 40%.

VI DANOS MORAIS

Postulou o reclamante o pagamento de indenização por danos morais pelo fato da reclamada não lhe ter pago os salários.

Indenização por danos morais são decorrentes de ato ilícito. Ocorre que a mora NÃO É ATO ILÍCITO, tanto que gera efeitos legais, como as multas dos artigos 467 e 477 da CLT, bem como o pagamento de juros e correção monetária.

A mora, embora indesejável, é ato perfeitamente lícito. Não é ilegal e nem crime ficar devendo.

Diante disto, não há que se falar em reparação por danos morais em decorrência de não pagamento de verbas resilitórias.

Ainda que assim não fosse, não me parece que alguém que fica um ano aguardando para processar a empresa tenha de fato sofrido grandes angústias morais ou tenha sua alma dilacerada.

Improcedente tal pleito.

VII RESPONSABILIDADE DA SEGUNDA RECLAMADA

É certo que a administração pública contrata empresas terceirizadas através de processo licitatório, contudo, em razão do princípio da moralidade da administração pública, é inconcebível que deixe os empregados dos prestadores de serviço ao deus dará.

Para a administração pública é muito confortável, e altamente imoral, esquecer de fiscalizar os serviços prestados e depois em audiência vir alegar uma nefasta lei de licitações.

Pois bem, segundo o art. 71 da Lei 8666/93 os encargos trabalhistas são por conta do contratado (empregador), não podendo tal ônus ser transferido para a administração pública. Correto, ocorre que a responsabilidade subsidiária não transfere à administração pública tal ônus, vez que a mesma pode acionar os seus magníficos e muito bem escolhidos contratados e receber o que lhe é devido. O terceirizado continua sendo o devedor. O que ocorre é a transferência do DIREITO de ser credor e não do débito.

Logo, o entendimento da Súmula 331 do TST apenas visa uma garantia ao trabalhador de receber verbas alimentares, mas não retira do empregador a obrigação de pagar por tais ônus.

Considerando que a segunda reclamada foi a beneficiária da mão-de-obra da reclamante, bem como o fato da primeira reclamada se encontrar obviamente em mora, vez que não pagou as verbas resilitórias, deixou de pagar salários e sequer se dignou a comparecer à audiência designada, resta claro que a aplicação do entendimento cristalizado na Súmula 331 é medida de justiça.

Assim sendo, deverá a segunda reclamada responder subsidiariamente pelos valores deferidos ao autor.

Tal subsidiariedade deverá ser aplicada após esgotados os meios ordinários de cobrança utilizados contra a primeira ré. A desconsideração da personalidade jurídica da primeira reclamada e a habilitação de créditos em processos de falência são meios extraordinários, não devendo prevalecer sobre a subsidiariedade.

Concedo ao autor os benefícios da justiça gratuita.

Indevidos os honorários advocatícios, vez que ausentes os requisitos da lei 5.584/70. e o pedido de indenização baseado no art. 404 do Código Civil nada mais é do que forma disfarçada de se postular os mesmos honorários advocatícios de sucumbência.

Ante o exposto, julgo PROCEDENTE EM PARTE o pedido formulado pelo reclamante LUIZ RUEDA em face da reclamada BRAZILIAN EXPRESS TRANSPORTES AÉREOS LTDA. e EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS para, nos termos da fundamentação supra, condenar a primeira reclamada e subsidiariamente a segunda reclamada a:

a) pagar ao reclamante os salários de outubro de 2010 até fevereiro de 2011; as férias vencidas (2009/2010) e proporcionais (12/12); o terço constitucional das férias e os 13° salários, integral de 2010 e proporcional de 2011 (3/12).

b) no prazo de cinco dias do trânsito em julgado, efetuar os depósitos do FGTS relativos às verbas resilitórias, bem como da multa de 20% do FGTS, bem como entregar as guias para soerguimento destes depósitos, sob pena de execução. No mesmo prazo deverá fornecer também as guias CD, para habilitação do Seguro Desemprego.

c) pagar o adicional de periculosidade, no importe de 30% do salário do autor, bem como reflexos deste no aviso prévio, 13º salários, férias acrescidas do terço e FGTS com multa de 40%.

d) pagar uma hora extra por dia, pela não concessão do intervalo intrajornada, com adicional de 50%, com base no entendimento da Súmula 437 do TST, inclusive quanto à natureza salarial de tal verba.

e) pagar as horas extras, assim consideradas as excedentes à sexta diária, considerando-se a jornada declinada em inicial. Deverão ser observados os seguintes critérios: divisor 180, adicional de 50% e a evolução salarial do autor.

f) pagar a integração das extras deferidas (pela extrapolação da jornada e pela ausência de intervalo), nos DSRs e reflexos da soma de ambos nos 13º salários, férias acrescidas do terço, aviso prévio e FGTS com multa de 40%.

Os valores deverão ser apurados em regular liquidação de sentença.

Juros e correção monetária na forma da lei. Quanto à época própria para aplicação da correção monetária deve ser seguida a orientação da Súmula nº 381 do C. TST.

Recolhimentos fiscais e previdenciários na forma do Provimento 01/96 da CGJT e da Súmula nº 368 do C. TST, respeitando-se, sempre, o limite máximo do salário de contribuição do empregado. Deverá ser observado o disposto na Instrução Normativa 1127/2011 da Secretaria da Receita Federal para apuração da parcela fiscal.

Defiro a antecipação dos efeitos da tutela, a fim de que a Secretaria da Vara expeça os alvarás para saque do FGTS e habilitação do Seguro Desemprego, bem como proceda à anotação de baixa na CTPS do autor, com data de saída em 01/04/2011. Na baixa deverá constar apenas a data de saída e a assinatura, sem qualquer alusão à existência de decisão judicial.

São verbas salariais: o saldo de salários e o 13º salário.

Custas pela reclamada no valor de R$6.000,00 calculadas sobre o valor arbitrado à condenação de R$300.000,00.

Cumpra-se. Nada mais.

ELMAR TROTI JR.

Juiz do Trabalho