



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO
15ª Turma

IDENTIFICAÇÃO

PROCESSO Nº 1001028-17.2014.5.02.0421

RECURSO ORDINÁRIO

ORIGEM: 1ª VARA DO TRABALHO DE SANTANA DE PARNAÍBA

RECORRENTES: RAIA DROGASIL S/A

GLAUCIO DA SILVA GARCIA

RELATORA: SILVANA ABRAMO MARGHERITO ARIANO

RELATÓRIO

Inconformados com a r. sentença de origem (id. 5c65853), cujo relatório adoto e que julgou parcialmente procedente a ação, recorrem ordinariamente as partes. A reclamada (id. 3e800cf) pretende a reforma da sentença quanto ao pagamento de horas extras, intervalo intrajornada, intervalo interjornada, domingos e feriados trabalhados em dobro e reflexos das horas extras trabalhados em dobro e destes nas demais verbas do contrato. O reclamante, por sua vez (id. d325f62), pretende o pagamento de 11 horas extras referente ao intervalo interjornada, adicional de insalubridade, vale refeição aos domingos e feriados, indenização por danos morais e honorários advocatícios. Contrarrazões do reclamante (id. 792111e) e da reclamada (id. 883ce92).

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se dos recursos interpostos pelas partes.

MÉRITO

RECURSO DA RECLAMADA

1. Horas extras. Validade dos cartões de ponto - período anterior a 02.09.2011.

A recorrente se insurge contra a r. sentença que afastou a validade dos espelhos de ponto juntados com a defesa, referentes ao período anterior a 02.09.2011, alegando que o reclamante não produziu prova que contrariasse os documentos trazidos com a defesa.

Sem razão. Verifica-se que o reclamante declarou em seu depoimento pessoal que trabalhou ao longo de todo o contrato de trabalho em escala 6X1, das 14h às 23h30min, inclusive feriados que não coincidiam com as folgas, sendo que em um dia na semana, trabalhava das 6h30min às 17hs, sempre com trinta minutos de intervalo para alimentação e descanso, sem que lhe fossem pagas as horas extras devidas.

A reclamada juntou os cartões de ponto do período anterior a 02.09.2011 para comprovar suas alegações de que o autor nunca ultrapassou o horário contratual de oito horas diárias.

Ocorre que os controles juntados evidenciam que o horário de início e o horário de saída contém pouca variação, ou seja, consignando o horário de saída de acordo com o de entrada para que fosse alcançado o mesmo número de horas trabalhadas ou muito próximo a isso.

Mas não é só. A própria reclamada reconheceu que o gerente poderia realizar ajustes nos controles de ponto e, além disso, a única testemunha ouvida, a convite do reclamante, confirmou os horários de trabalho lançados na inicial.

Diante disso, não se pode dar validade aos apontamentos de jornada realizados pela ré, adotando-se neste caso a Súmula nº 338, II do C.TST.

Não tendo a reclamada produzido qualquer prova acerca da correção dos horários lançados nos referidos controles, restou demonstrado, portanto, a ausência de validade dos espelhos de ponto juntados pela recorrente, já que não era permitida a marcação da real jornada de trabalho efetuada. Tal prática adotada pela reclamada afasta também a validade de qualquer acordo de compensação de horas.

Diante disso, nada a modificar na r. sentença que fixou a jornada do reclamante das 14 às 23h30, em escala 6X1, inclusive feriados que não coincidiam com a folga, sendo que uma vez por semana a jornada laborada era das 6h30 às 17h, com trinta minutos de intervalo para alimentação e descanso, com o pagamento das horas extras devidas, conforme entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 338 do C. TST. Mantém-se.

2. Horas extras. Cargo de confiança - período posterior a 02.09.2011

A MM. Vara do Trabalho também julgou procedente o pedido de horas

extras e reflexos referentes ao período posterior a 02.09.2011, com base na jornada fixada no item anterior, por entender que não restou provado o cargo de confiança alegado pela ré.

A recorrente requer a reforma sustentando que para a caracterização do cargo gerencial previsto no art. 62, II da CLT, basta a existência de poderes de gestão e a diferenciação salarial.

Sem razão, contudo. A prova das hipóteses excepcionais previstas no art. 62 da CLT, de eventual cargo de gestão ou de atividade incompatível com a fixação de horário, é de responsabilidade da ré eis que se trata de fato impeditivo do direito do autor (art. 818 da CLT c/c art. 333, II do CPC).

No entanto, a reclamada não logrou êxito em provar as suas alegações. Embora conste na ficha de registro do empregado (id. a3d14e2) que o autor passou a exercer o cargo de "gerente adjunto" a partir de 02.09.2011, não restou provado que referido cargo era de fato caracterizado como cargo de confiança nos termos do art. 62, II da CLT.

Não houve prova da existência de atribuições diferenciadas ao autor com maiores responsabilidades e efetivos poderes de decisão acerca da dinâmica da empresa. Pelo contrário, a única testemunha ouvida, que também trabalhou na empresa como gerente adjunto, afirmou que no exercício de tais funções *"não tinha poder para punir nem elaborava escala de folga"* (id. 74a3f3c). E o próprio reclamante declarou em Juízo *"que não tinha poderes para entrevistar e contratar novos funcionários e nem para advertir ou suspender os demais empregados; que somente o gerente tinha poder para aplicar punição"* (id. 74a3f3c), demonstrando que não possuía autonomia em sua rotina laboral, havendo um superior hierárquico a quem estava subordinado.

Assim, a reclamada não produziu provas que infirmassem as alegações iniciais do autor, deixando de atender ao comando do art. 74 da CLT, eis que possuía mais de dez empregados.

De rigor, portanto, a manutenção do julgado que aplicou os termos da Súmula 338 do C. TST. Mantém-se.

3. Intervalo intrajornada

A supressão parcial do período de intervalo para refeição e descanso restou confirmada ante a invalidade dos cartões de ponto juntados pela ré e também pelo depoimento da única testemunha ouvida que declarou que o reclamante usufruía apenas de quinze a trinta minutos de intervalo

para alimentação e descanso.

O intervalo para repouso e alimentação consiste em direito fundamental do trabalhador, como medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, não podendo ser reduzido sequer por acordo ou convenção coletiva (Súmula 437, item II, do C. TST).

Frise-se que a concessão parcial do período de descanso impede que a finalidade da norma (alimentação e recuperação física do trabalhador) seja cumprida.

Assim, deve ser mantida a condenação da reclamada no pagamento de uma hora extra diária decorrente da supressão parcial do intervalo intrajornada por todo o período contratual.

Quanto a pretensão da ré em remunerar apenas o período não usufruído, esclarece-se que a concessão de fração horária menor ao trabalhador não atende o escopo da norma. Entendemos que o parágrafo 4º do art. 71 da CLT ao utilizar-se da expressão "período correspondente" deve ser entendido em relação ao disposto no caput, ou seja, ao intervalo de uma hora.

Ora, se o legislador considerou que o período necessário para a reposição das forças do trabalhador é de uma hora, durante a jornada, entendemos que período inferior a esse não se presta para o objetivo da lei e portanto, não pode ser considerado para tal fim (Súmula 437, item I, do C. TST).

A natureza jurídica de tal pagamento é eminentemente salarial, pois o trabalho neste período se traduz em verdadeira prestação de hora extra, já que é realizado no período em que o trabalhador deveria estar usufruindo o intervalo legal, cujo valor integra a remuneração do reclamante, refletindo nas demais verbas do contrato de trabalho (Súmula 437, item III, do C. TST). Nada a reformar.

4. Intervalo interjornada

A reclamada alega que o descumprimento do intervalo entre dois turnos previsto no art. 66 da CLT não enseja o pagamento de horas extras, configurando-se apenas em infração administrativa.

Sem razão. Tendo em vista a jornada de trabalho fixada, restou incontroverso que em uma vez na semana o intervalo de onze horas entre duas jornadas não era respeitado.

A regra que determina a concessão de intervalo interjornada tem o objetivo de proteção à higiene, saúde e segurança do trabalho.

O artigo 66 da Consolidação das Leis do Trabalho determina que entre o término de um dia de trabalho e o início de outro deve haver intervalo mínimo de 11 horas. O descanso prolongado entre uma jornada e outra se faz necessário para que o organismo se refaça das energias despendidas e conserve a sua higidez.

Não se trata de infração meramente administrativa, vez que o empregado trabalhou em horário destinado ao seu repouso, tido como necessário à reposição de suas forças pelo legislador. A situação se equipara em tudo com o intervalo para refeição, cuja ausência de gozo implica no pagamento de horas extraordinárias (§ 4º do artigo 71 da CLT).

Neste sentido, ressalte-se o entendimento disposto na Orientação Jurisprudencial 355, SDI-I, do C. TST:

"355. Intervalo interjornadas. Inobservância. Horas extras. Período pago como sobrejornada. Art. 66 da CLT. Aplicação analógica do § 4º do art. 71 da CLT. (DJ 14.03.2008)

O desrespeito ao intervalo mínimo interjornadas previsto no art. 66 da CLT acarreta, por analogia, os mesmos efeitos previstos no § 4º do art. 71 da CLT e na Súmula nº 110 do TST, devendo-se pagar a integralidade das horas que foram subtraídas do intervalo, acrescidas do respectivo adicional."

Assim, mantém-se a r. sentença que deferiu ao reclamante o pagamento horas extras, nos moldes da OJ nº 355 do C. TST, nos dias em que não foram observados o intervalo de 11 horas entre duas jornadas, bem como seus reflexos.

5. Domingos e feriados trabalhados

Alega a reclamada que em razão da escala a qual estava submetido, o reclamante sempre usufruiu folga compensatória relativas aos domingos e feriados e trabalhados, não havendo que se falar no pagamento de referidas verbas com o adicional de 100%.

Em relação aos domingos trabalhados, a r. sentença é expressa ao dispor que os "domingos trabalhados eram compensados com folgas em outros dias da semana, já que incontroverso que o autor possuía uma folga semanal, não sendo devido o adicional de 100%" (id. 5c65853, pg. 03 e 04). Assim, não há nada a ser deferido ou acrescentado em relação aos domingos trabalhados.

Já no que diz respeito aos feriados, tido como inválidos os controles de

ponto juntados e aplicando-se o disposto na Súmula 338, do C. TST, restou incontroversa a jornada alegada na inicial, limitada pelo depoimento do reclamante, de que todos os feriados que não coincidiram com as folgas da escala 6X1 foram trabalhados, de modo que devem ser remunerados acrescidos do adicional de 100%. Mantém-se.

6. Reflexos das horas extras nos descansos semanais remunerados e destes nas demais verbas do contrato.

As horas extras por habituais refletem nos descansos semanais remunerados, além de refletirem nas férias com 1/3, décimos terceiros salários, aviso prévio e FGTS com multa de 40%.

Entretanto, indevidos os reflexos dos descansos semanais remunerados com a integração nas horas extras diante da recente edição da Súmula 41 deste E. Regional, ressalvado entendimento em contrário desta relatora. Sob a nossa ótica as férias, décimos terceiros salários e os depósitos do FGTS são títulos decorrentes do contrato que têm como base de cálculo a remuneração integral do empregado, de forma que, além do salário mensal, que já quita as horas normais dos descansos semanais remunerados, e da média das horas extras habituais, devem integrá-los também quaisquer outros valores de natureza salarial que aumentam a remuneração desses descansos semanais remunerados e que não se encontram abrangidos pela remuneração básica do salário, como a integração neles das horas extras. Do mesmo modo em relação à integração do descanso semanal majorado no aviso prévio indenizado e na multa de 40% do FGTS. São títulos e valores diversos. Não se tratando de bis in idem, na nossa ótica..

Reforma-se para excluir da condenação a integração dos reflexos das horas extras nos descansos semanais remunerados nas demais verbas do contrato, em razão da aplicação da Súmula 41 deste Egr. TRT.

RECURSO DO RECLAMANTE

1. Intervalo interjornada

Alega o reclamante que o desrespeito ao art. 66 da CLT acarreta no pagamento de todo o intervalo de onze horas previsto no referido artigo como extras e não somente das horas de intervalo suprimidas.

Razão parcial assiste ao reclamante. Como visto no recurso da reclamada,

a inobservância do intervalo de onze horas entre duas jornadas tem como consequência o pagamento da integralidade das horas que foram subtraídas do intervalo e não de todo o intervalo, aplicando-se ao caso o entendimento disposto na Orientação Jurisprudencial 355, SDI-I, do C. TST.

Assiste razão ao reclamante, no entanto, quanto à pretensão de pagamento de quatro horas extras por dia (não apenas três como restou deferido em sentença), em um dia por semana, bem como seus reflexos, tendo em vista que em tais dias usufruía apenas sete horas de intervalo interjornadas, razão pela qual faz jus ao recebimento das quatro horas suprimidas do intervalo devido de onze horas de descanso entre duas jornadas.

2. Adicional de insalubridade

Alega o reclamante que o laudo pericial apontou que, dentre as atividades desenvolvidas pelo reclamante no seu dia-a-dia, está a aplicação de injeções, sendo que após as aplicações, cabia ao recorrente o recolhimento de materiais infecto-contagiosos e seus descartes, de modo que lhe é devido o adicional de insalubridade em grau médio, pois suas funções se enquadram no anexo 14 da NR-15 da Portaria 3.214/78 do Ministério do Trabalho.

Sem razão. No laudo pericial de id. 878dd74, o perito descreveu as atividades realizadas pelo autor na reclamada, que consistiam em:

"_ Efetuava tarefas gerais de atendimento aos clientes no balcão e na loja, orientando-os e fornecendo informações ou sugestões quanto aos produtos expostos, cuidando ainda da apresentação e arrumação dos produtos à venda, reabastecendo as prateleiras, balcão e/ou gôndolas com os produtos necessários, e efetuando a remoção de produtos sem condições de venda, segundo os critérios de arrumação estabelecidos;

_ Aplicava injeções (intramuscular e subcutânea) e efetuava registros;

_ Efetuava limpeza da sala de aplicações e da loja;

_ Ativava-se nas tarefas de operar o caixa, onde conferia os produtos adquiridos pelos clientes / usuários da Loja da Reclamada, efetuando a respectiva cobrança e recebendo os pagamentos através de moeda corrente, cartão de crédito;

_ Enquanto em atividade de Gerente, desempenhava as mesmas atividades e ainda respondia pelas entradas e saídas de numerário e na ausência do gerente respondia pela loja;

_ Repete o ciclo de tarefas e operações durante as jornadas integrais de trabalho e na ocorrência de anormalidades, comunica o superior hierárquico"

O Anexo 14 da Norma Regulamentadora nº 15, da Portaria nº 3.214/78, por sua vez, dispõe que são insalubres em grau médio, as seguintes atividades:

"- trabalhos e operações em contato permanente com pacientes, animais ou com material infecto-contagioso, em:

- hospitais, serviços de emergência, enfermarias, ambulatórios, postos de vacinação e outros estabelecimentos destinados aos cuidados da saúde humana (aplica-se unicamente ao pessoal que tenha contato com os pacientes, bem como aos que manuseiam objetos de uso desses pacientes, não previamente esterilizados); (g.n.).

Do cotejo entre as atividades tidas como insalubres, de acordo com o Anexo 14 da Norma Regulamentadora nº 15 da Portaria nº 3.214/78, com as atividades descritas pelo perito como sendo aquelas realizadas pelo autor, verifica-se que não devem prevalecer as conclusões do laudo pericial de que o havia exposição a agentes insalubres, como bem decidiu a r. sentença de origem.

Primeiro porque o Anexo 14 da NR-15 fala em locais destinados aos cuidados com a saúde humana, dos quais não se pode enquadrar uma farmácia, que se trata de um estabelecimento empresarial que comercializa medicamentos.

Segundo porque a referida norma fala em contato permanente com pacientes ou com material infecto-contagiantes sendo que no caso, pela descrição das atividades do reclamante presente no laudo pericial, verifica-se que ainda que se considerasse a farmácia como estabelecimento que cuida da saúde humana, o contato do reclamante com pacientes ou materiais possivelmente infecto-contagiosos das injeções era eventual, já que como balconista ou gerente adjunto, suas principais atribuições eram relativas ao atendimento de clientes no balcão.

Além disso, deve se ressaltar mesmo as injeções aplicadas, não eram necessariamente em pacientes com doenças infecto-contagiosas, de modo que não devem ser acolhidas as conclusões do laudo pericial, devendo ser mantida a improcedência do pedido relativo ao pagamento de adicional de insalubridade e reflexos. Mantém-se.

3. Auxílio refeição nos sábados, domingos e feriados.

Pretende o autor o pagamento auxílio alimentação pelo trabalho em sábados, domingos e feriados, conforme previsão na cláusula 21ª das convenções coletivas juntadas.

As normas coletivas dos autos são expressas ao definirem que as empresas fornecerão aos seus empregados auxílio alimentação no caso de cumprimento de jornada integral nos dias de plantões obrigatórios (sábados, domingos e feriados) (cláusula 21ª da CCT 2012/2013, id. 5219531).

Assim, tem-se que o autor tem direito ao benefício nos dias em que trabalhou sábados, domingos e feriados.

Ocorre que a reclamada sustenta ter pago ao reclamante, ao longo de todo o contrato de trabalho e por mera liberalidade, a título de vale refeição, a quantia diária de R\$ 4,00, sendo fornecido por mês o importe médio de R\$ 104,00, disponibilizado em seu valor total no último dia de cada mês conforme demonstra o documento de id. d2ccbc3.

Embora a reclamada tenha juntado os comprovantes do período de janeiro a julho de 2013, o reclamante já em sua inicial afirma que recebia o vale refeição no valor de R\$ 4,00 para cada dia útil trabalhado. Ou seja, não há controvérsia em relação aos valores pagos pela reclamada a título de auxílio refeição.

Assim, tendo em vista que as convenções coletivas juntadas asseguram o pagamento de auxílio refeição somente em relação aos sábados, domingos e feriados trabalhados, bem como os valores pagos pela reclamada mensalmente a tal título, cabia ao reclamante, como bem decidiu a r. sentença, apontar diferenças que entendia devidas, o que não ocorreu no presente caso, de modo que nada lhe é devido.

3. Indenização por danos morais

Pretende o autor receber indenização por danos morais em decorrência de assalto a mão armada ocorrido na loja em que trabalhava no período noturno no dia 18.01.2013, no qual levou um tiro no ombro de raspão de um dos meliantes. Alega que teve danos psíquicos que o acompanham até hoje refletindo em seu dia a dia.

O autor, como balconista de medicamentos e gerente adjunto, trabalhava nas dependências de uma das farmácias da reclamada, sendo que conforme escala trabalhava nos dias dos fatos em período noturno. Alega que além do assalto em que levou um tiro, esteve presente em cerca de cinco ocorrências na mesma loja.

Conforme informações relatadas no boletim de ocorrência pela gerente regional Luciana, no dia dos fatos, além do reclamante, havia mais quatro empregados e, em razão de reformas na loja, as câmeras de segurança haviam sido retiradas (id. 5217418).

Em que pese as alegações da ré de que o assalto se constitui em evento fortuito e imprevisível e que não pode ser responsabilizada por isso, o fato é que devido à sua atividade a probabilidade de eventos deste tipo acontecerem é acentuada.

Ademais, tem-se que não obstante a Segurança Pública ser dever do Estado, num país de altos índices de criminalidade e assaltos, afigura-se descaso e ausência de zelo para com o dever constitucional fundamental de segurança no trabalho, a omissão da empresa em proteger seus empregados desses eventos, como por exemplo providenciando a contratação de seguranças.

Como se pode observar a reclamada não zelava como também não adotava medidas de segurança para evitar eventos desta natureza, já que não havia sequer câmeras de segurança no local, acentuando os riscos da atividade aos quais expunha o trabalhador.

Inquestionável, portanto, a negligência da reclamada quanto à segurança da atividade e de seus trabalhadores e, portanto, sua responsabilidade pela consequência do evento ocorrido.

Pela descrição dos fatos, o autor foi esteve sob a mira de arma de fogo, tendo sido alvejado, ainda que de raspão.

É presumível o temor, a insegurança, o sentimento de impotência e a angústia que afligiram o autor neste momento e, por óbvio estes sentimentos se traduziram em efeitos danosos ao seu psiquismo e a sua personalidade, para os quais concorreu a ré ao negligenciar a segurança de seus trabalhadores.

A caracterização do dano moral, previsto no ordenamento jurídico, visa proteger os direitos de personalidade, devendo decorrer de fato grave que perturbe consideravelmente os sentimentos íntimos do ser humano, abalando profundamente a moral do indivíduo. Assim, a indenização visa minimizar tais dissabores, de modo a compensar ou consolar o indivíduo prejudicado em virtude de seu sofrimento.

Em relação ao valor a ser arbitrado, deve ser observado que a indenização por danos morais deve levar em consideração tanto a gravidade do dano e das sequelas sofridas quanto visar o objetivo pedagógico de impedir novas ocorrências da mesma natureza.

Por estas razões tem direito o autor a ser indenizado pelos danos morais no importe de R\$ 20.000,00, indenização esta que embora não seja capaz de indenizar danos morais imensuráveis, servirá de lenitivo ao autor e de caráter pedagógico à reclamada para que tome medidas que visem a impedir que outros trabalhadores venham a ser expostos, sem a devida proteção, a estes eventos.

4. Honorários advocatícios

Em relação à causa de pedir a título de indenização por perdas e danos, em decorrência da necessidade de contratação de advogado, a posição majoritária desta Egrégia Turma é no sentido de que tal pedido se constitui, na verdade, em pretensão de honorários advocatícios por via transversa, o que não pode ser admitido, vez que não há omissão na legislação especial trabalhista que autorize a adoção do disposto no art. 404 do Novo Código Civil, e que, aqui, a existência do *jus postuland*

i não se harmoniza com o instituto dos honorários, fora das hipóteses do art. 14 da Lei nº 5584/70, ressalvado o entendimento pessoal desta relatora em sentido diverso. Sob a nossa ótica trata-se de indenização por responsabilidade civil, de natureza extracontratual, de caráter material, portanto, não abrangida pelas verbas contratuais trabalhistas, e visa a reposição integral do patrimônio do autor, como se o inadimplemento não tivesse ocorrido, diversamente do instituto dos honorários advocatícios, sendo sua aplicação autorizada pela Emenda Constitucional 45/2004, que alterou o artigo 114 da CF.

Mantém-se.

Presidiu o julgamento o Exmo Sr. Desembargador JONAS SANTANA DE BRITO.

Tomaram parte no julgamento os Exmos Srs. Magistrados SILVANA ABRAMO (Relatora), MARIA INÊS RÉ SORIANO (Revisora), JONAS SANTANA DE BRITO.

Presente o(a) I. Representante do Ministério Público do Trabalho.

Acórdão

Ante o exposto, **ACORDAM** os magistrados da 15ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região em: por unanimidade de votos, **DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso da reclamada** para excluir da condenação os reflexos dos descansos semanais remunerados, majorados pelas horas extras, nas demais verbas salariais; por maioria de votos, **DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recursodo reclamante**, para acrescer à condenação, o pagamento de mais uma hora extra referente a não observância do intervalo interjornadas, além daquelas já deferidas em sentença, bem como seus reflexos e indenização por danos morais no importe de R\$ 20.000,00, tudo nos termos da fundamentação do voto, mantida, no mais, a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos. Rearbitra-se à condenação o valor de R\$ 50.000,00, com custas pela reclamada no importe de R\$ 1.000,00.

Vencida a Desembargadora Maria Inês Ré Soriano: danos morais.

SILVANA ABRAMO MARGHERITO ARIANO
Relatora

(5)

VOTOS