

PODER JUDICIÁRIO JUSTIÇA DO TRABALHO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA
5^a REGIÃO

PROCESSO nº 0000431-83.2019.5.05.0008 (RORSum)

RECORRENTE: [REDACTED]

RECORRIDO: [REDACTED]

RELATOR(A): Desembargador ESEQUIAS PEREIRA DE OLIVEIRA

Tratando-se de rito sumaríssimo, ficam dispensados a ementa e o relatório, nos termos do art. 895, §1º, IV, da CLT.

VOTO

DA JORNADA DE TRABALHO. DA VALIDADE DO REGIME DE COMPENSAÇÃO E DOS CONTROLES DE FREQUÊNCIA COLACIONADOS AOS AUTOS.

Requer a Reclamada reforma da sentença para considerar válido o acordo de compensação de jornada e assim julgar improcedente o pedido de horas extras e reflexos.

Afirma que os controles de jornadas foram validados como meio de prova, e ainda, que o recorrido confessa que usufruía de folga compensatória, assim teria que se falar em pagamento de horas extras.

Examinando.

De início, cumpre-nos registrar que a nulidade do acordo de compensação de jornada mediante banco de horas somente tem lugar quando não houver sido estabelecido em estrita observância às formalidades exigíveis para a sua pactuação e/ou em virtude do seu reiterado descumprimento, a partir da prestação habitual de horas extras (súmula 85, I e IV, do TST, a cuja inteligência me filio).

Registre-se que o juízo a quo invalidou o acordo de compensação por entender ter havido prestação de hora extraordinária com habitualidade.

A própria Reclamada em razões recursais admite que o Reclamante fazia horas extras com habitualidade ao afirmar que houve prestação de horas extras nos meses de março, maio, junho, julho, outubro do ano de 2018 com certa frequência.

Assim, não há de se admitir a alegação da Reclamada de que houve quantidade mínima de dias e de horas laboradas de forma extraordinária.

Nesses termos penso que, embora haja previsão quanto ao regime de compensação, haja vista o estatuído em norma coletiva, o ajuste não é válido, pois não foi devidamente cumprido. Isto porque, compulsando-se os autos, verifico que os cartões de ponto

adunados evidenciam a rotineira extração da jornada. Como bem observado pelo juízo de origem. In verbis:

"Ora, o simples fato do sistema de compensação ter sido instituído em norma coletiva não garante, por si só, sua validade. Veja-se que, no caso vertente, não houve manifestação individual de anuência do reclamante. **Além disso, a sistemática de compensações prevista não refletiu a realidade evidenciada nos autos.** Da análise dos registros de frequência infere-se que o reclamante, além de prestar horas extras habituais, não usufruiu de folgas compensatórias suficientes a cobrir todas as horas suplementares efetivamente prestadas.

[destaques acrescidos]

Desse modo, seja pela prestação habitual de horas suplementares, seja por descumprimento do quanto determinado pelas normas coletivas e por falta de quitação integral, ou concessão de folgas compensatórias, o referido acordo de compensação de jornada instituído por norma coletiva não merece ser acatado. Nesta esteira, **verificado o descumprimento dos requisitos impostos na norma coletiva que concebeu o sistema de Banco de Horas, entendo que, de fato, é o caso de declarar a sua invalidade por todo o vínculo, e não apenas pelo período em que as horas extras foram habituais.** [destaques acrescidos]

Assim, mantengo a decisão de base para desconsiderar o acordo entabulado, pois, em razão da atribuição constante de trabalho em sobrejornada, foi desrespeitado o escopo do instituto.

DO INTERVALO INTRAJORNADA.

Requer a Reclamada a reforma da sentença para julgar improcedente o pleito referente ao intervalo intrajornada, pois, alega que o autor gozou de intervalo de uma hora no turno diurno.

Examinando.

O ônus de demonstrar a fruição do intervalo intrajornada mínimo é da Reclamada quando não cumprida a exigência legal (Art. 74, § 2º, da CLT) de pré-assinalação do intervalo ou mesmo na hipótese de falta de apresentação de controles de ponto, pois nestas situações a presunção é de que o intervalo legal não foi observado, razão pela qual aplica-se o entendimento contido na Súmula 338, I, do C. TST.

Pois bem. No caso dos autos a Reclamada não se desvencilhou do seu encargo probatório, neste ponto, apesar de ter acostado nos autos cartões de pontos.

Por oportuno, salutar trazer a lume a decisão prolatada pelo Juízo sentenciante. In verbis:

"No que se refere ao intervalo intrajornada, cumpre-nos investigar se, de fato, este era ou não concedido. Não há registros lançados a este título nos controles de jornada trazidos à colação. Também não há permissivo normativo dispensando a marcação do intervalo nos controles de jornada. [destaques acrescidos]

No entanto, o art. 71, da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece, como regra geral, a obrigatoriedade de concessão de um intervalo intrajornada, com, no mínimo, uma hora de duração, para o trabalho que excede seis horas diárias. Esta norma é

de observância cogente e obrigatória, sobretudo porque voltada à saúde e integridade física do trabalhador.

No caso vertente, a situação precisa ser apreciada sobre duas vertentes: antes e depois da entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017.

(...)

Dito isto, de fato, **a supressão do intervalo verificada até 10/11/2017, apenas quando o reclamante trabalhou em jornada noturna, autoriza a condenação no pagamento das horas extras decorrentes do intervalo não usufruído, computadas em uma hora diária, com o acréscimo do adicional de 50% (cinquenta por cento), conforme entendimento consubstanciado na Súmula nº 437 do Tribunal Superior do Trabalho.** Por força da habitualidade, as horas extras decorrentes da supressão do intervalo intrajornada até 10/11/2017 devem ser integradas ao salário do autor, para todos os efeitos legais e repercussões em aviso prévio, décimo terceiro salário, férias acrescidas de 1/3, repouso semanal remunerado e FGTS, com o acréscimo da multa rescisória de 40% (quarenta por cento). [destaques acrescidos]

Todavia, para a supressão do intervalo intrajornada verificada posteriormente a 11/11/2017, apenas quando o reclamante trabalhou em jornada noturna, há de ser aplicada a nova redação do art. 71, §4º da CLT, com as alterações promovidas pela Lei nº 13.467/2017. Neste caso, a supressão total ou parcial do intervalo intrajornada autoriza o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido (no caso restou reconhecido que o intervalo era concedido com duração de, apenas, vinte minutos), com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho, sem reflexo nas demais verbas trabalhistas devidas ao empregado. [destaques acrescidos]

Com efeito, após escrutinar os autos, entendo não ter razão a Reclamada, pois não há registros lançados a este título nos controles de jornada acostados nos autos. Assim, não se desincumbiu de modo suficiente do ônus probante que lhe competia.

Ante o exposto, mantengo a sentença de piso, no particular.

CORREÇÃO MONETÁRIA. ÍNDICE. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADES. SUSPENSÃO DA APLICAÇÃO DO IPCA-E. DIFERENÇAS POSTERIORES.

No particular, apresentei o seguinte voto condutor:

"Afirma o Reclamado que o índice IPCA-E fora aplicado de forma errônea, que se faz imperioso a reforma da sentença para aplicação da Taxa Referencial - TR. Sucessivamente pugna que a aplicação do IPCA-E seja restrita ao período compreendido entre de 26 março de 2015, marco fixado pelo STF, até 11 de novembro de 2017, data de entrada em vigor da Lei nº 13.467, que fixou taxativamente a TR como índice oficial hábil a corrigir os créditos trabalhistas.

Vejamos.

Com base nas decisões do STF sobre a aplicação do IPCA-E como critério de correção monetária de dívidas trabalhistas, prolatadas nas ADIs 4.357 e 4.425, a minha decisão era pela aplicação do IPCA-E, sem qualquer modulação, isto é, sem diferenciar qualquer

período em que seria aplicado outro índice de atualização, especificamente a TR. Entretanto, na data de 27 de junho de 2020, o Ministro Gilmar Mendes, nos autos da ADC 58, determinou a suspensão de "todos os processos envolvendo a aplicação dos dispositivos legais objeto das ações declaratórias de constitucionalidade nº 58 e 59".

A interpretação literal e restrita da referida decisão implicava a paralisação de praticamente todos os processos da Justiça do Trabalho. Então, para evitar que o efeito acima se produzisse, no dia 02 de julho, em agravo regimental interposto pela Procuradoria Geral da República, o Ministro Gilmar Mendes delimitou o alcance da suspensão determinada, consignando que "a medida cautelar deferida na decisão agravada não impedia o regular andamento de processos judiciais e destacou ainda que o que ora se obstava era a "prática de atos judiciais tendentes a fazer incidir o índice IPCA-E como fator de correção monetária aplicável em substituição à aplicação da TR, contrariando o disposto nos arts. 879, § 7º, e 899, § 4º, da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.467/2017".

Por fim, para não deixar dúvidas destacou o Ministro que:

"A controvérsia sobre eventuais valores compreendidos no resultado da diferença entre a aplicação da TR e do IPCA-E (parcela controvertida) é que deverá aguardar o pronunciamento final da Corte quando do julgamento de mérito desta ADC."

E, nesse sentido, vinha decidindo esta Turma, sobrestando a liberação de valores correspondentes à diferença entre os dois índices de correção monetária, até que ocorresse o julgamento de mérito pelo STF, o que ocorreu por decisão do Pleno daquela Corte, a qual julgou parcialmente procedentes os pedidos em ações diretas de constitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade, para conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 879, § 7º, e ao art. 899, § 4º, da CLT, na redação dada pela Lei nº 13.467/2017.

A decisão fixou, quanto à atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial e à correção dos depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho, que devem ser aplicados os mesmos índices de correção monetária e de juros, vigentes para as condenações cíveis em geral, quais sejam, a incidência do IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir da citação, a incidência da taxa Selic, invocando o art. 406 do Código Civil. (STF, Pleno, ADI 5.867/DF, ADI 6.021/DF, ADC 58/DF, ADC 59/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18.12.2020).

E, assim sendo, ainda que a sentença e o recurso digam respeito a índices diferentes, o julgador deve aplicar ao caso a decisão da Corte Excelsa que deu a interpretação final sobre a matéria.

Nessas condições, entendo que para atualização monetária do crédito

trabalhista apurado no presente feito deverá ser adotado o IPCA-E, até a citação e, a partir daí, deve ser adotada a taxa SELIC, em conformidade com a decisão prolatada pelo pleno do STF, no dia 18/12/2020, nas ações ADI 5.867/DF, ADI 6.021/DF, ADC 58/DF e ADC 59/DF."

Entrementes, fiquei vencido, tendo este Colegiado, por maioria, acompanhado voto divergente apresentado pela Desembargadora Ana Paola, nos seguintes termos, *in verbis*:

"A sentença assim definiu os parâmetros de juros e atualização monetária:

"Juros de mora na forma da Lei nº 8.177/91, de 1% (um por cento) ao mês, simples e pro rata die, contados da data do ajuizamento da presente reclamatória (Súmula nº 200 do Tribunal Superior do Trabalho)."

O recurso versa apenas sobre atualização monetária, portanto, houve trânsito em julgado relativo à incidência de juros de mora.

Considerando-se que o recurso foi interposto antes de 27.06.2020, data do sobrestamento da matéria correção monetária e juros pelas ADC's 58 e 59 MC/DF e ADI's 5.867 e 6.021, houve trânsito em julgado dos juros de mora.

Oportuno definir quais os parâmetros fixados no julgamento das ADC's 58 e 59 MC/DF e ADI's 5.867 e 6.021 aplicáveis ao caso, considerando-se que, na modulação fixada pelo STF resguardou-se, por segurança jurídica, as sentenças transitadas em julgado que expressamente adotaram na sua fundamentação ou no dispositivo, a TR (ou o IPCAE) e os juros de mora de 1% ao mês.

Saliento que, dos processos em curso, apenas aqueles sobrestados na fase de conhecimentos, após 27.06.2020, independentemente de estarem com ou sem sentença, inclusive na fase recursal, sofrerão, sem ensejar verificação da coisa julgada, aplicação retroativa do novo método de liquidação fixado, atualização pela SELIC desde a citação e IPCA-E na fase extrajudicial e até a referida citação. Em casos como o examinado, no qual a coisa julgada definiu expressamente um dos parâmetros, os juros de mora, o que corresponde à coisa julgada parcial, o precedente não se aplica.

Ocorre que a modulação se voltou à preservação da segurança jurídica, sustentou a coisa julgada e não fez ressalva expressa de que não abrange a coisa julgada parcial. A eficácia erga omnes e o efeito vinculante no sentido de atingir processos nos quais apenas um dos parâmetros não foi definido, aplicando o novo critério da SELIC, não se coaduna com os demais parâmetros trazidos com a modulação, entre os quais a validação de pagamentos e liberação de depósitos judiciais, feitos no tempo e modo oportunos, tornando-os insuscetíveis à

discussão futura, porque estes ocorrerão reiteradamente, como decorrência de créditos incontroversos, assim estimados pelo devedor contemplando incidência da TR e juros de mora de 1%, estes até então induvidosamente aplicáveis. Não se descarte, ademais, a imperiosa observação de que nas ADC's estava em discussão os art. 879, §7º, e art. 899, §4º, da CLT, nos termos em que redigidos após a vigência da Lei 13.467/17, sendo que até esse julgamento não havida dúvida quanto a incidência de juros de mora, previstos no art. 39 da Lei 8.177/91 e art. 883 da CLT, de sorte que o que transitou em julgado com base nesses fundamentos legais não foi alcançado pela eficácia retroativa definida na modulação, estando claro que a regência retroativa somente ataca o que estava por ser definido, afinal não houve declaração de inconstitucionalidade expressa dos dispositivos legais que tratam de juros, a inconstitucionalidade claramente posta foi relativa à TR.

O recurso versa apenas sobre atualização monetária e a sentença já definiu juros de mora de um por cento do ajuizamento da ação. Nesse sentido os juros de mora definidos expressamente na sentença que transitou em julgado é obstáculo à aplicação das premissas fixadas nas ADC's 58 e 59 MC/DF e ADI's 5.867 e 6.021, na medida em que a SELIC, por englobar juros de mora e correção monetária, não pode ser conjugada à atualização monetária ou a juros de mora. O precedente é do STJ, RESP 1.136.733/PR, REL. MIN. LUIZ FUX, DJe 26.10.2010, Tema Repetitivo 359 a impedir a cumulação da taxa SELIC com outro índice de atualização monetária. A cumulação com juros ensejaria anatocismo.

Imperioso observar que o fundamento central das ADC's 58 e 59 MC/DF e ADI's 5.867 e 6.021 é a equiparação do débito trabalhista ao civil no que toca aos critérios de atualização e encargos moratórios, com preservação da coisa julgada, o que torna a referência ao precedente do STJ essencial, em casos tais de trânsito em julgado de um desses fatores (juros ou correção monetária). Para preservação da coisa julgada atinente aos juros de mora o fator de correção monetária deverá ser fixado em consonância com outro precedente do STF, o Tema 810 de repercussão geral e que trata, justamente da atualização monetária haja vista a declaração de inconstitucionalidade da TR e do art. 39 da Lei 8.177/91 e art. 879 §7º da CLT. Sequer caberia falar em modulação a 25.03.2015, pois no RE 870.940, precedente que deu origem ao Tema 810, foi afastada expressamente, mas nesse aspecto não houve insurgência do autor e pela impossibilidade da reformatio in pejus há de se manter a modulação fixada na sentença.

Em socorro a essa tese transcrevo julgado cível

AGRAVO REGIMENTAL. FGTS. JUROS DE MORA FIXADOS EM 6% AO ANO. ALTERAÇÃO DO ÍNDICE APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO. APLICAÇÃO SUPERVENIENTE DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. IMPOSSIBILIDADE. COISA JULGADA MATERIAL. 1. Transitada em julgado sentença que fixa taxa de juros de mora em percentual específico, qualquer modificação no comando sentencial em relação à taxa fixada representa violação à coisa julgada, como reiteradamente manifesta-se a jurisprudência pátria, nela incluída a do Superior Tribunal de Justiça.

2. Havendo o título executivo estabelecido juros moratórios em 6% ao ano, não é possível alterar tal percentual para 1% ao mês, com fundamento na superveniente vigência do Código Civil de 2002, na medida em que a nova regra não pode alterar os termos do provimento transitado em julgado. 3. Agravo regimental da CEF provido para que seja observado o percentual de juros de mora constante do título judicial. AGRAVO REGIMENTAL. FGTS. JUROS DE MORA FIXADOS EM 6% AO ANO. ALTERAÇÃO DO ÍNDICE APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO. APLICAÇÃO SUPERVENIENTE DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. IMPOSSIBILIDADE. COISA JULGADA MATERIAL. 1. Transitada em julgado sentença que fixa taxa de juros de mora em percentual específico, qualquer modificação no comando sentencial em relação à taxa fixada representa violação à coisa julgada, como reiteradamente manifesta-se a jurisprudência pátria, nela incluída a do Superior Tribunal de Justiça. 2. Havendo o título executivo estabelecido juros moratórios em 6% ao ano, não é possível alterar tal percentual para 1% ao mês, com fundamento na superveniente vigência do Código Civil de 2002, na medida em que a nova regra não pode alterar os termos do provimento transitado em julgado. 3. Agravo regimental da CEF provido para que seja observado o percentual de juros de mora constante do título judicial. (AG 2007.01.00.038449-9/DF, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria De Almeida, Rel.Acor. Desembargadora Federal Selene Maria De Almeida, Quinta Turma,e-DJF1 p.82 de 23/01/2009) (TRF-1 - AG: 38449 DF 2007.01.00.038449-9, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, Data de Julgamento: 29/10/2008, QUINTA TURMA, Data de Publicação: 23/01/2009 e-DJF1 p.82)

Mantenho a sentença

Nego provimento ao recurso.

A 2^a TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA QUINTA REGIÃO, em sua **05^a Sessão Ordinária Telepresencial** realizada no dia 03 de março de 2021, cuja pauta foi divulgada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, edição do dia 22 de fevereiro de 2021, sob a Presidência da Excelentíssima Desembargadora **ANA PAOLA DINIZ**, com a participação dos Excelentíssimos Desembargadores **ESEQUIAS DE OLIVEIRA** e **RENATO SIMÕES**, bem como do(a) Excelentíssimo(a) Procurador(a) do Trabalho, **DECIDIU**,
por maioria, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DA RECLAMADA. Vencido o Exmº. Des. Relator que, quanto ao IPCA-E, determinava a adoção deste índice até a citação e, a partir daí, deveria ser adotada a taxa SELIC, em conformidade com a decisão prolatada pelo pleno do STF, no dia 18/12/2020, nas ações ADI 5.867/DF, ADI 6.021/DF, ADC 58/DF e ADC 59/DF.

ESEQUIAS PEREIRA DE OLIVEIRA

Relator(a)