



**Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**

## **Recurso Ordinário Trabalhista 1000838-85.2017.5.02.0603**

### **Processo Judicial Eletrônico**

**Data da Autuação:** 19/03/2018

**Valor da causa:** R\$ 100.000,00

#### **Partes:**

**RECORRENTE:** -----

ADVOGADO: VERGINIA GIMENES DA ROCHA COLOMBO

**RECORRENTE:** -----

ADVOGADO: JULIANA ZONARI

**RECORRIDO:** -----

ADVOGADO: VERGINIA GIMENES DA ROCHA COLOMBO

**RECORRIDO:** -----

PAGINA\_CAPA\_PROCESSO\_PJeadVOGADO: JULIANA ZONARI



PODER JUDICIÁRIO ||| JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO  
3ª Vara do Trabalho de São Paulo - Zona Leste ||| RTOrd 1000838-85.2017.5.02.0603  
RECLAMANTE: -----  
RECLAMADO: -----

VISTOS, ETC.

----- ajuíza reclamatória trabalhista em 27/04/2017 em face de -----. Alega ter trabalhado de 01/03/2011 a 03/05/2017 na função de auxiliar de enfermagem, tendo como último salário R\$2.049,77 mensais. Com base nos fundamentos expendidos na petição inicial, pleiteia horas extras e intervalares com reflexos, retificação da CTPS quanto à função, diferenças salariais decorrentes de desvio de função com reflexos e reajustes, indenização por assédio moral, reconhecimento da rescisão indireta, aviso prévio, férias integrais e proporcionais, 13º salário proporcional, multa do §8º do art. 477 da CLT, seguro-desemprego, levantamento do FGTS, indenização de 40%, anotação da CTPS, carta de referência, adicional noturno com reflexos, remuneração dobrada dos domingos e feriados com reflexos, adicionais de insalubridade e de periculosidade com reflexos, devolução dos valores relacionados aos uniformes comprados pela própria reclamante, diferenças de FGTS, multa do art. 467 da CLT, multa normativa, devolução dos descontos de contribuição assistencial. Atribui à causa o valor de R\$ 100.000,00. Junta documentos.

A ré apresenta defesa escrita. Preliminarmente, aduz a inépcia da petição inicial. No mérito, contesta articuladamente os pedidos formulados pela parte autora, pugnando pela improcedência da demanda.  
Requer, por cautela, a compensação e a dedução de valores pagos. Junta documentos.

É oportunizada réplica.

É realizada prova pericial.

É oportunizada produção de provas em audiência.

Sem outras provas, é encerrada a instrução.

Razões finais oportunizadas.

Proposta final de conciliação rejeitada ou prejudicada.

Vieram os autos conclusos para prolação de sentença.

É o relatório.

## FUNDAMENTAÇÃO

### QUESTÕES PROCESSUAIS

#### DA APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NORMAS DE DIREITO PROCESSUAL INTRODUZIDAS PELA LEI N. 13.467/2017.

A Lei n. 13.467/2017, que entrou em vigor em 11/11/2017, modificou a legislação processual trabalhista, introduzindo relevantes alterações no tocante a honorários sucumbenciais, responsabilidade pelo pagamento de custas, gratuidade da justiça e honorários periciais.

A norma processual nova não retroage, mas se aplica imediatamente a processos em curso (art. 14 do CPC/2015). Sendo assim, o marco temporal que determina a aplicabilidade, ou não, das novas regras de natureza processual, é a data da prática do ato processual.

Aplicam-se à presente demanda, portanto, as disposições de natureza processual da Lei n. 13.467/2017, inclusive no que diz respeito a honorários sucumbenciais, periciais e gratuidade da justiça.

## **PRELIMINARES**

### **INÉPCIA**

O parágrafo 1º do artigo 840 da CLT estabelece que, sendo escrita, a petição inicial deverá conter a designação do presidente da Vara - ou do juiz de Direito - a quem for dirigida, a qualificação do reclamante e do reclamado, uma breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante.

Contudo, conforme o §1º do artigo 330 do CPC/2015, de aplicação subsidiária ao Processo do Trabalho por força do artigo 769 da CLT, considera-se inepta a petição inicial quando lhe faltar pedido ou causa de pedir.

No item "w" da petição inicial, a reclamante postula "Indenização pela data base"; no entanto, a narrativa da petição inicial não contém a causa de pedir correspondente.

Assim sendo, a reclamante deduz pedido sem apresentar a causa de pedir correspondente, situação que constitui o suporte fático de incidência da norma supracitada. Oportuno ressaltar que o princípio da simplicidade, que informa o Processo do Trabalho, não dispensa a existência de causa de pedir, consoante dispõe o parágrafo 1º do artigo 840 da CLT.

Pelo exposto, declaro a inépcia da petição inicial no tocante ao pedido de indenização pela data base, restando extinto o processo, sem resolução do mérito, no particular, com fulcro no artigo 485, inciso IV, do CPC/2015.

## **NO MÉRITO**

### **PRESCRIÇÃO**

Dispõe o artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição da República, que a pretensão quanto aos créditos decorrentes da relação de trabalho prescreve no prazo de cinco anos para trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

Ainda, a prescrição quanto à parcela principal alcança a pretensão acessória do respectivo recolhimento ao FGTS (Súmula n. 206 do TST). O quinquênio abrangido pela prescrição é aquele que antecede o ajuizamento da ação, e não o que antecede a extinção contratual, conforme verbete I da Súmula n. 308 do TST, *in verbis*:

*I. Respeitado o biênio subsequente à cessação contratual, a prescrição da ação trabalhista concerne às pretensões imediatamente anteriores a cinco anos, contados da data do ajuizamento da reclamação e, não, às anteriores ao quinquênio da data da extinção do contrato.*

No tocante ao FGTS, a prescrição aplicável está sujeita à regra de transição fixada quando do julgamento, pelo STF, do ARE 709212, com repercussão geral reconhecida, consubstanciada na Súmula n. 362, verbetes I e II, do TST, com a redação dada pela Resolução nº 198, de 9 de junho de 2015:

*I - Para os casos em que a ciência da lesão ocorreu a partir de 13.11.2014, é quinquenal a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento de contribuição para o FGTS, observado o prazo de dois anos após o término do contrato;*

*II - Para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso em 13.11.2014, aplica-se o prazo prescricional que se consumar primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir de 13.11.2014.*

Considerando que a presente ação foi ajuizada em 27/04/2017 e que os pedidos decorrem do contrato de trabalho mantido de 01/03/2011 a 03/05/2017, pronuncio, com fulcro no artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, a prescrição das parcelas com exigibilidade anterior a 27/04/2012, à exceção do FGTS, cuja prescrição ainda é trintenária, nos termos da Súmula nº 362 do TST.

## **DESVIO DE FUNÇÃO**

Aduz a reclamante que apesar de ter sido contratada como auxiliar de enfermagem, na realidade laborava como técnica de enfermagem, pleiteando diferenças salariais decorrentes de tal desvio de função.

Ficou demonstrado que a reclamante atuava como se técnica de enfermagem fosse, cuidando de pacientes que se encontravam na UTI, atividade que consta no Decreto n. 94406, art. 10, I, b, como atividade de técnico de enfermagem.

Nesse sentido o depoimento da testemunha indicada pela reclamante, a qual afirmou que "na reclamada há 04 UTI, com aproximadamente 15 auxiliares e nenhum técnico de enfermagem; que o depoente tem formação de técnico e fazia a função de técnico; que a reclamante também fazia a função de técnico". Ademais, a testemunha indicada pela reclamada admite que, à época, não existiam técnicos de enfermagem na reclamada. Ou seja, a reclamada contratava auxiliares de enfermagem e colocava-os para laborar como se técnicos fossem, o que demonstra de forma clara o desvio de função havido.

Sendo assim, entendo devida a diferença salarial decorrente do desvio de função. Considerando que à época não havia a contratação oficial de técnicos de enfermagem, fixo que são devidas à autora 40% de diferenças salariais por mês, tendo por base o salário percebido, com reflexos em aviso prévio, FGTS, indenização compensatória de 40%, 13ºs salários, férias com 1/3 constitucional.

Concedidas as diferenças salariais com base no salário da autora, o qual foi reajustado ao longo do contrato, desnecessária a concessão de novo reajuste sobre tal parcela.

## **ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE**

Sob a alegação de que laborava sob as condições nocivas à saúde que menciona na petição inicial, postula a reclamante o pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo ou no grau apurado pelo perito e de adicional de periculosidade, com reflexos.

A reclamada, em suma, nega os fatos articulados na petição inicial e sustenta ser indevido o pagamento dos adicionais.

No laudo de ID 8bb957b, o perito designado pelo Juízo apresenta a seguinte conclusão:

### **CONCLUSÃO**

*Do exposto e do que foi dado observar nas características e condições do trabalho inferimos que:*

#### *Periculosidade*

*"Não devem ser tidas como perigosas as atividades exercidas pela Reclamante, visto não realizar as mesmas exposta a radiações ionizantes de acordo com a NR 16, Anexo da Portaria nº 518 de 04/04/2003, bem como não realizar as mesmas em área de risco".*

Na complementação do laudo de ID b4493ad, o perito, em suma, ratifica a conclusão ora transcrita.

Tendo em vista que o conteúdo do laudo pericial não é infirmado pelas demais provas produzidas, bem como a nota explicativa do Anexo da NR 16 e a exclusão do enquadramento no caso de presença na área utilização de equipamento

móvel de Raio X, acolho o enquadramento proposto pelo perito técnico e concluo que o trabalho da parte reclamante não era insalubre ou perigoso durante todo o período contratual.

## JORNADA

Aduz a reclamante que laborou até 01/09/2012 das 13h às 19h em escala 6x1, e a partir de 02/09/2012 em escala 12x36, das 19h às 9h, sempre com 10/20 minutos de intervalo.

A reclamada junta aos autos registros de horário variáveis, os quais possuem presunção de idoneidade.

No caso, a reclamante admite em seu depoimento pessoal que os registros de horário são fidedignos em relação aos horários de entrada e de saída, mas que não gozava de 1h de intervalo, mas tão somente de 20 minutos. Os fatos são corroborados pelos depoimentos das testemunhas convidadas pela reclamante. Tais depoimentos devem ser preferidos em relação ao depoimento da testemunha indicada pela reclamada, a qual ainda é empregada da empresa ré e, desta forma, pode possuir receio de represálias dentro de seu ambiente de trabalho.

Sendo assim, entendo que os registros são válidos em relação à frequência e horários de entrada e saída, e fixo que a reclamante gozava de apenas 20 minutos de intervalo intrajornada.

Havendo jornada não computada, são inválidos os regimes de compensação adotados.

Faz jus a reclamante, desta forma, ao pagamento das horas extras excedentes da 8ª diária e 44ª semanal, com adicional de 90% (Cláusula 6ª). Ante a sua habitualidade, são devidos os reflexos nas demais parcelas.

Por todo o exposto, condeno a reclamada ao pagamento de horas extras, apuradas conforme os registros de horário e intervalo fixado, observada a globalidade salarial (Súmula n. 264 do TST) e regra de contagem do §1º do art. 58 da CLT, divisor 220, com adicional de 90% e reflexos em aviso prévio, férias com acréscimo de 1/3, 13ºs salários, FGTS acrescido da indenização compensatória de 40% e repousos semanais remunerados.

No caso em exame, no qual a reclamante usufruía 20 minutos de intervalo por dia de trabalho, aplica-se o disposto no parágrafo 4º do artigo 71 da CLT:

*Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo, de no mínimo inquenta por cento sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.*

Ainda que tenham sido concedidos parcialmente os intervalos, é devido o pagamento total do período correspondente, como aponta a Súmula nº 437 do TST, item I:

*Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não-concessão total ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração.*

Ante a sua habitualidade e natureza salarial, os intervalos devem repercutir nas demais parcelas, como aponta a referida Súmula, no seu item III:

*Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais.*

Pelo exposto, condeno a reclamada ao pagamento da remuneração correspondente a uma hora de intervalo para repouso e alimentação por dia de trabalho com acréscimo de 50%, observada a globalidade salarial (Súmula n. 264 do TST),

divisor 220, e reflexos em aviso prévio, férias com acréscimo de 1/3, 13ºs salários, FGTS acrescido da indenização compensatória de 40% e repousos semanais remunerados.

Rejeito o adicional normativo, uma vez que este é aplicável às horas extraordinárias, ou seja, ao *tempo efetivamente trabalhado em excesso à jornada ordinária*, o que não é o caso da parcela prevista no §4º do artigo 71 da CLT, que é devida em razão da *supressão de um intervalo legalmente previsto*, não podendo ser confundida com a hora extra propriamente dita. Ressalte-se que disposições benéficas merecem interpretação restritiva (art. 114 do Código Civil), não se podendo estender o adicional de horas extras a parcelas que, embora tenham base de cálculo idênticas (o salário-hora), não se confundem com as horas extras e que não constam expressamente no instrumento normativo. Ainda, quisesse o legislador ter determinado a aplicação do adicional de horas extras, teria assegurado o pagamento de "horas extras", e não da "remuneração do período correspondente" ao intervalo.

Ainda, condeno a reclamada à remuneração dobrada das horas laboradas em feriados sem a devida compensação, observada a globalidade salarial (Súmula n. 264 do TST), divisor 220, e reflexos em aviso prévio, férias com acréscimo de 1/3, 13ºs salários, FGTS acrescido da indenização compensatória de 40% e repousos semanais remunerados.

Rejeito o pedido de remuneração dobrada dos domingos laborados, tendo em vista que a reclamante laborou em escala 6x1 e em regime de 12x36, ou seja, o labor em tal dia é compensado por ambos os regimes, ainda que posteriormente invalidados por esta Justiça Especializada.

No que tange aos reflexos postulados, a majoração do valor do repouso semanal remunerado, em razão da integração das horas extras habitualmente prestadas, não repercute no cálculo das demais parcelas, sob pena de caracterização de "bis in idem", conforme a Orientação Jurisprudencial nº 394 da SBDI-1 do TST.

## **UNIFORME**

A reclamante aduz que arcava com os gastos relativos ao uniforme com seu próprio salário, pleiteando a devolução de tais valores.

Contudo, inexistem nos autos quaisquer provas de que a reclamante adquiriu os uniformes das fotografias por ela juntadas. As testemunhas indicadas pela autora não relataram a compra dos uniformes pelos próprios empregados, e a reclamante sequer junta aos autos notas fiscais que comprovem as supostas despesas.

Rejeito o pedido, bem como o pedido de indenização por assédio moral correlato.

## **ASSÉDIO MORAL**

A reclamante afirma que sofre assédio moral em razão do desvio de função realizado e do fato de laborar sobrecarregada, e também em razão do assédio sofrido decorrente das atitudes de sua superior hierárquica.

O assédio moral, segundo a doutrina, configura-se pela presença de quatro elementos:

- a) Abusividade da conduta - aquela que extrapola os poderes patronais, visando exclusivamente a atingir o trabalhador na sua esfera pessoal;
- b) Repetição e prolongamento da conduta dolosa - há necessidade de que essa conduta seja reiterada ao longo do tempo;
- c) violência psicológica - cuja gravidade deve ser aferida na concepção objetiva;
- d) danos psíquicos - sofridos pela vítima do assédio.

O último elemento se presume a partir dos demais. Nesse sentido, não é exigível a comprovação do dano psíquico para a configuração do assédio moral:

*Quanto ao último elemento (dano psíquico), nós o consideramos dispensável, data vénia de inúmeras posições contrárias. O conceito de assédio moral deverá ser definido pelo comportamento do assediador, e não pelo resultado danoso. Ademais, a constituição vigente protege não apenas a integridade psíquica, mas também a moral. A se exigir o elemento alusivo ao dano psíquico como indispensável ao conceito de assédio, teríamos um mesmo comportamento caracterizando ou não a figura ilícita, conforme o grau de resistência da vítima, ficando sem punição as agressões que não tenham conseguido dobrar psicologicamente a pessoa. E mais, a se admitir como elemento do assédio moral o dano psíquico, o terror psicológico se converteria em um ilícito sujeito à mente e à subjetividade do ofendido (BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 7ª ed. LTr: São Paulo, 2011, p. 735).*

O assédio moral no trabalho ocorre quando empregados são expostos, com frequência, a situações humilhantes e constrangedoras diante de outros colegas e/ou superiores. Pode se dar de diversas maneiras, tais como exercer uma vigilância excessiva, isolar um empregado do grupo, não lhe repassar trabalho algum, exigir tarefas alheias à sua função com intuito punitivo ou zombar de alguma característica pessoal.

Por se tratar de fato constitutivo do seu direito, à reclamante incumbia provar a veracidade do alegado na petição inicial, a teor do artigo 818 da CLT, combinado com o artigo 373, inciso I, do CPC.

Deste ônus a reclamante se desvencilhou. Isso porque a primeira testemunha indicada pela reclamante afirma que "houve um período em que a reclamante era tratada de forma diferente pela Sra.-----, tendo havido alguns episódios como quando a reclamante voltou de um período de afastamento médico e houve uma reunião em que ----- pediu para não ajudarem a reclamante porque ela passava muito atestado; que além disso a reclamante foi excluída de festividades e confraternizações, amigo secreto, era excluída de escala de folga, era a última a ter acesso para poder pedir as folgas; a reclamante foi excluída do aniversariante do mês"; enquanto que a segunda testemunha afirmou que "presenciou tratamento diferente da Sra. ----- com relação à reclamante; que presenciou o tratamento mais ríspido com a reclamante, ser a reclamante sempre a última a pegar a escala de folgas (não sobravam muitos dias para ela escolher), e alguns poucos plantões em que a reclamante esteve como enfermeira, às vezes na hora de dividir os pacientes, percebia que alguns pacientes mais graves ou complicados ficavam para a reclamante".

Importante ressaltar que o fato de a testemunha indicada pela reclamada não ter presenciado tais acontecimentos não significa que eles não ocorreram.

Assim, devidamente demonstrado o assédio moral sofrido pela reclamante, tendo em vista que a sua superior hierárquica a tratava de forma diferente dos demais colegas e de forma persecutória. No caso, a Sra. ----- efetivamente pediu que os empregados não ajudassem a reclamante em suas tarefas e, mesmo assim, repassava à autora os pacientes mais graves ou complicados. Como resultado, a reclamante foi excluída, inclusive, das confraternizações e festividades da empresa.

Além disso, ficou demonstrado que a reclamante atuava como se técnica de enfermagem fosse, cuidando de pacientes que se encontravam na UTI, atividade que consta no Decreto n. 94406, art. 10, I, b, como atividade de técnico de enfermagem.

Como se não bastasse, a autora era responsável por mais de 2 pacientes por vez, o que contraria a Resolução 07/2010 da ANVISA sobre requisitos mínimos para o funcionamento de Unidades de Terapia Intensiva, fato que corrobora a alegação de que a autora era sobrecarregada de trabalho - principalmente considerando a informação de que a ela eram repassados os casos mais graves. Tais fatos colocaram em risco não só a integridade psíquica e física da reclamante, como também os pacientes da reclamada.

Sendo assim, comprovado o dano à integridade psíquica da autora, fazendo jus à percepção de indenização por danos morais.

Declaro incidentalmente a inconstitucionalidade dos §§1º e 2º do art. 223-G, da CLT, introduzidos pela Medida Provisória n. 880, por ofensa ao princípio da igualdade inscrito no artigo 5º da Constituição da República, ao permitir que lesões extrapatrimoniais idênticas tenham indenização diferentes, considerando apenas o fato de a pessoa em questão ser trabalhador sujeito às normas celetistas. A norma afronta a isonomia na medida em que a vítima, se contratada por regime celetista, tem sua indenização limitada, o que não ocorre no caso de trabalhador autônomo ou estatutário. Diante das inconstitucionalidades verificadas, impõe-se o arbitramento da indenização.

Quanto à fixação da indenização por dano moral, não se deve perder de vista que não há falar em reparação ou retorno ao estado anterior, estando presente, nessa dimensão extrapatrimonial, apenas o caráter compensatório, ou seja, a vítima recebe certa quantia em dinheiro apenas como forma de compensar a dor moral sofrida. Também é oportuno referir o caráter pedagógico da indenização por dano moral, no sentido de estimular o empregador a não persistir nas práticas degradantes, além de sua natureza punitiva, sendo necessário que o empregador sofra punição de alguma relevância econômica. O arbitramento da indenização deve levar em conta a natureza da lesão, a extensão do dano, a condição econômica da vítima e do ofensor, a existência ou não de causas concorrentes, entre outros fatores.

Sopesados os elementos existentes nos autos e os fatores previstos nos incisos do artigo 223-G, da CLT, entendo que o valor de R\$ 10.000,00 é suficiente para compensar a reclamante pelos danos morais, bem como para surtir o efeito pedagógico desejado.

Acolho o pedido e condeno à reclamada ao pagamento de R\$ 10.000,00 a título de indenização por danos morais.

## **CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL**

A reclamante postula a restituição de descontos a título de contribuição assistencial, pleito impugnado sob alegação de que o desconto está amparado nas normas coletivas.

No entanto, conforme a Orientação Jurisprudencial nº 17 da SDC, a qual adoto como razão de decidir:

*CONTRIBUIÇÕES PARA ENTIDADES SINDICAIS. INCONSTITUCIONALIDADE DE SUA EXTENSÃO A NÃO ASSOCIADOS. As cláusulas coletivas que estabeleçam contribuição em favor de entidade sindical, a qualquer título, obrigando trabalhadores não sindicalizados, são ofensivas ao direito de livre associação e sindicalização, constitucionalmente assegurado, e, portanto, nulas, sendo passíveis de devolução, por via própria, os respectivos valores eventualmente descontados.*

No mesmo sentido aponta o Precedente Normativo nº 119:

*CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS - INOBSEVÂNCIA DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. A Constituição da República, em seus arts. 5º, XX e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoramento ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados. Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados.*

Na espécie, não há prova de que a reclamante fosse associada ao sindicato. Nesses termos, acolho o pedido e condeno a reclamada a devolver à reclamante os descontos de contribuição assistencial, no valor mensal constante dos demonstrativos de pagamento de salário.

## **RESCISÃO INDIRETA**

Dispõe o artigo 483 da CLT:

*O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: (...)*

- d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;*
- e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama.*

No caso, a reclamada não cumpriu as obrigações do contrato, pois a reclamante sofria assédio moral em seu local de trabalho, laborava durante o seu intervalo e realizava horas extras, bem como trabalhava em função diversa da qual consta em sua CTPS.

A situação ora exposta justifica o enquadramento da conduta da empregadora na hipótese sobre a qual versa a alínea "d" do artigo 483 da CLT - não cumprir o empregador as obrigações do contrato -, o que enseja a rescisão indireta do contrato de trabalho.

Faz jus a parte reclamante, pois, ao pagamento das verbas rescisórias devidas nessa hipótese de extinção do contrato de trabalho, bem como à percepção dos documentos para levantamento do FGTS e encaminhamento do seguro-desemprego.

Quanto ao seguro-desemprego, afigura-se incabível o deferimento direto de indenização correspondente às parcelas do benefício. A obrigação do empregador, quanto a este benefício, é a de entregar ao empregado dispensado sem justa causa as guias para encaminhamento do seguro desemprego, a fim de que o órgão competente, atendidos os requisitos legais, conceda-lhe o benefício. Somente se o empregador deixa de cumprir com sua obrigação de fazer é que se torna devedor, ante sua omissão, da obrigação de indenizar o dano.

Nesse contexto, face ao disposto no artigo 487 da CLT, parágrafo 1º, combinado com o parágrafo 4º, o período correspondente ao aviso-prévio deve ser computado para todos os efeitos como tempo de serviço.

Pelos motivos ora expendidos, reconheço a rescisão indireta do contrato de trabalho da reclamante com a reclamada a contar de 03/05/2017 (último dia laborado) e condeno a reclamada ao pagamento das seguintes parcelas: saldo salarial; aviso prévio indenizado proporcional de 48 dias; 3/12 de férias proporcionais; 6/12 de 13º salário proporcional.

Determino também que a reclamada entregue à reclamante as guias para levantamento do FGTS e para encaminhamento do seguro-desemprego, bem como retifique a CTPS para fazer constar a função de técnica de enfermagem, bem como a data de saída em 20/06/2017, em razão da projeção do aviso prévio, no prazo e sob as cominações a serem fixadas na fase de liquidação.

Não há férias integrais a serem concedidas, pois as férias de 2016/2017 foram devidamente gozadas (ID b579306).

## FGTS

A reclamada junta aos autos extrato analítico do FGTS completo, no qual constam depósitos mensais ao longo de todo o contrato de trabalho. Sendo assim, e considerando que não há qualquer demonstrativo de diferenças devidas, rejeito o pedido de diferenças de FGTS ao longo do contrato.

Contudo, com fundamento nos artigos 15 e 18, §1º, da Lei n. 8.036/1990, condeno a reclamada ao pagamento das diferenças de depósitos de FGTS tomando por base as parcelas de natureza salarial deferidas na presente decisão, bem como ao pagamento da indenização compensatória de 40% em razão do reconhecimento da rescisão indireta.

## ENTREGA DE CARTA DE REFERÊNCIA

Inexiste obrigação legal do empregador fornecer carta de referência ao seu empregado, razão pela qual rejeito o pedido em epígrafe.

## **MULTA DO ART. 467 DA CLT**

Consoante a redação do artigo 467 da CLT, em caso de rescisão do contrato de trabalho, havendo controvérsia sobre o montante das verbas rescisórias, o empregador é obrigado a pagar ao trabalhador, à data do comparecimento à Justiça do Trabalho, a parte incontroversa dessas verbas, sob pena de pagá-las acrescidas de 50%.

No presente caso, a própria rescisão contratual é controversa, não sendo devida a multa pleiteada. Rejeito o pedido.

## **MULTA DO §8º DO ART. 477 DA CLT**

O artigo 477, parágrafo 6º, da CLT, determina que o pagamento das parcelas constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação deverá ser efetuado até o primeiro dia útil imediato ao término do contrato ou até o décimo dia, contado da data de notificação da demissão, quando da ausência do avisoprévio, indenização ou dispensa do seu cumprimento.

O parágrafo 8º do referido artigo dispõe que a inobservância do disposto no parágrafo 6º deste artigo sujeitará o infrator ao pagamento da multa a favor do empregado, em valor equivalente ao seu salário, devidamente corrigido, salvo quando, comprovadamente, o trabalhador der causa à mora.

No caso, em que pese o cancelamento da OJ n. 351 da SDI-1 do TST, filio-me ao entendimento de que é incabível a multa do §8º do art. 477 da CLT nas hipóteses de afastamento de rescisão por justa causa, reconhecimento judicial de diferenças de verbas rescisórias, e rescisão indireta. É este o entendimento do TRT da 2ª Região, consubstanciado em sua Súmula n. 33:

*Multa do art. 477, § 8º, da CLT. Cabimento.*

*I. A rescisão contratual por justa causa, quando afastada em juízo, não implica condenação na multa.*

*II. O reconhecimento mediante decisão judicial de diferenças de verbas rescisórias não acarreta a aplicação da multa.*

*II. A rescisão do contrato de trabalho por justa causa patronal não enseja a imposição da multa.*

Logo, rejeito o pedido.

## **MULTA NORMATIVA**

A reclamada descumpriu cláusulas das normas coletivas, conforme constatado nos itens anteriores desta decisão.

Assim, condeno-a ao pagamento da multa convencional, limitada a uma única incidência por mês, independentemente do número de cláusulas descumpridas, e limitada, em cada ano, a um salário base mensal da parte reclamante, ajuste equitativo que se realiza com base no disposto nos artigos 413 e 844 do Código Civil.

## **EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS**

O direito de petição é constitucionalmente assegurado, podendo a parte denunciar ou comunicar o que entender de Direito a quaisquer órgãos da Administração Pública Direta ou Indireta, prescindindo da intervenção do Poder Judiciário, razão pela qual rejeito o requerimento de expedição de ofícios formulado na petição inicial.

## **COMPENSAÇÃO E DEDUÇÃO**

Nos termos dos artigos 368 e 369 do Código Civil, a compensação é cabível se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, devendo as dívidas serem líquidas, vencidas e de coisas fungíveis. A dívida passível de compensação, destarte, deve se revestir de certeza e liquidez e deve se realizar entre parcelas da mesma natureza. Nesse sentido, segundo o entendimento consagrado na Súmula 18 do TST, "A compensação, na Justiça do Trabalho, está restrita a dívidas de natureza trabalhista".

No caso dos autos, não se encontram atendidos os pressupostos que autorizam a compensação, especialmente a demonstração da existência de dívida trabalhista exigível da parte reclamante.

Incabível, portanto, a compensação no presente caso.

De outra feita, determino a dedução dos valores comprovadamente pagos sob os mesmos títulos das verbas ora deferidas.

Ressalte-se que quando deferidas "diferenças", o provimento já leva em consideração os valores pagos sob o mesmo título pela empregadora. Deferidas somente as diferenças (friso, as diferenças existentes entre o valor devido e aquele já adimplido pela empregadora), não se mostra cabível aplicar nova dedução ao valor remanescente.

## **JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA**

Incidem juros e correção monetária, cujos critérios devem observar as normas vigentes à época da liquidação da sentença, razão por que se mostra inoportuno fixar seus critérios na presente decisão. A matéria, assim como os demais critérios de cálculo não abrangidos por esta decisão, compete à fase de liquidação, quando então serão definidos os critérios a ela pertinentes e oportunizada a defesa das teses que as partes entenderem cabíveis. A fase cognitiva do processo não é o momento processual adequado para a fixação de critérios para o processamento da execução.

## **RECOLHIMENTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS**

Na esteira do entendimento contido no item II da Súmula n. 368 do Tribunal Superior do Trabalho, entendo que a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições social e fiscal, resultante de condenação judicial referente a verbas remuneratórias é do empregador e incide sobre o total da condenação, mas que a culpa do empregador pelo inadimplemento das verbas remuneratórias não exime a responsabilidade do empregado pelos pagamentos do imposto de renda devido e da contribuição previdenciária que recaia sobre sua quota-parte. Desta forma, os recolhimentos previdenciários e fiscais cabíveis incidirão na forma descrita no dispositivo desta decisão.

## **ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA E HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS**

Conforme o artigo 14 da Lei nº 5.584/1970, na Justiça do Trabalho a assistência judiciária deve ser prestada pelo sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.

No caso, a parte reclamante não se encontra assistida pelo sindicato da categoria profissional respectiva. Para a configuração da assistência sindical não basta a afirmação, pelo advogado, da condição de representante do sindicato, a declaração do assistido, tampouco a utilização do timbre do sindicato nas petições, impondo-se a comprovação da assistência mediante apresentação de credencial sindical assinada por representante da entidade sindical representativa da categoria profissional ou da CTPS do advogado, comprovando sua condição de empregado do sindicato.

Ausente o requisito da comprovada assistência sindical, não há falar em concessão do benefício da assistência judiciária gratuita. Outrossim, ausente comprovação da efetiva assistência sindical, também não é possível falar em condenação ao pagamento de honorários assistenciais previstos na Lei n. 5.584 /1970.

## INDENIZAÇÃO DE HONORÁRIOS

Não é devida indenização pela contratação de advogado, porquanto cediço o entendimento do TST e do STF quanto à recepção, pela Constituição vigente, das disposições da CLT que preveem o jus postulandi das partes no Processo do Trabalho. Logo, conquanto o advogado seja indispensável à administração da Justiça, ao trabalhador é facultado ajuizar a demanda pessoalmente ou, ainda, ser assistido pelo sindicato, razão pela qual as despesas do trabalhador que optou pela contratação de advogado não credenciado pelo sindicato não podem ser imputadas ao demandado.

Neste sentido, também, o entendimento do E. TRT da 2ª Região, consubstanciado na Súmula n. 18, *in verbis*:

18 - Indenização. Artigo 404 do Código Civil. (Res. nº 01/2014 - DOEletrônico 02/04/2014) O pagamento de indenização por despesa com contratação de advogado não cabe no processo trabalhista, eis que inaplicável a regra dos artigos 389 e 404, ambos do Código Civil.

Sendo assim, não cabe no presente caso o deferimento de indenização de honorários.

## JUSTIÇA GRATUITA

O benefício da justiça gratuita será concedido àquele que **comprovar** insuficiência de recursos para pagamento das custas do processo (art. 790, §4º, da CLT, com a redação dada pela Lei n. 13.467/2017), autorizada a presunção de insuficiência de recursos no tocante às pessoas que receberem salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do RGPS (§3º da referida norma consolidada), ou seja, igual ou superior a R\$ 2.212,52. O novo patamar introduzido pela Lei n. 13.467/2017 não revogou, contudo, a presunção de veracidade da declaração de pobreza prevista no artigo 1º da Lei n. 7.115/1983.

Sendo assim, no caso das pessoas físicas, a declaração de pobreza se presume verdadeira quando não impugnada ou infirmada por outras provas. No caso das pessoas jurídicas, a insuficiência de recursos sempre deve ser demonstrada.

Logo, não concedo o benefício da gratuidade da justiça às litigantes pessoas jurídicas, porque não demonstrada a insuficiência de recursos.

Quanto ao trabalhador, no caso concreto, houve declaração de pobreza, não infirmada por outras provas, razão pela qual concedo à parte reclamante o benefício da gratuidade da justiça.

## HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Diante da procedência parcial, são devidos honorários de sucumbência recíproca, consoante art. 791-A, e §3º, da CLT.

Logo, condeno a parte autora a pagar ao advogado da parte reclamada honorários advocatícios no percentual que, considerados os elementos do §2º da referida norma consolidada, fixo em 15% sobre o proveito econômico obtido, que arbitro no valor equivalente à diferença entre o valor da causa e o valor líquido da condenação.

Ainda, condeno a parte reclamada a pagar ao advogado da parte autora honorários advocatícios no percentual que, considerados os elementos do §2º da referida norma consolidada, arbitro em 15% sobre o valor líquido da condenação, sem dedução de recolhimentos previdenciários e fiscais (OJ n. 348 da SDI do TST).

É vedada a compensação entre os honorários (§4º do art. 791-A).

## HONORÁRIOS PERICIAIS

Nos termos do artigo 790-B da CLT, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia.

No caso, a reclamante é sucumbente nas pretensões que constituíram o objeto da perícia, sendo dela, destarte, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários do perito, os quais são fixados em R\$ 3.000,00, ante a sua complexidade e extensão.

## EMBARGOS DECLARATÓRIOS

Conquanto seja de conhecimento dos doutos causídicos as hipóteses legais que autorizam a interposição de embargos de declaração e as consequências jurídicas do mau uso desse recurso, os preceitos legais que impõem o contraditório prévio e proíbem a decisão "surpresa" (artigos 9º e 10 do CPC, aplicados ao Processo do Trabalho), somados ao dever de informação e de busca da celeridade processual, e considerando a constatação do reiterado mau uso dos embargos declaratórios por profissionais que atuam nesta Justiça Especializada (não necessariamente pelas partes e advogados que atuam neste processo, sublinhe-se), autorizam que se explice, desde logo, o entendimento de que embargos declaratórios somente são cabíveis quando a sentença ou o acórdão contiver erro material, obscuridade, contradição ou quando for omitido ponto sobre o qual o juiz ou tribunal devia se pronunciar.

Desta forma, não se considera omissa a decisão quanto a argumentos da parte quando estes são logicamente conflitantes com a tese explicitamente adotada na sentença, ou seja, quando o argumento não seria logicamente capaz de infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

Também não se considera omissa a decisão quando este julgador manifestamente posterga para momento posterior a análise de detalhes de um determinado pedido (juros e correção monetária, por exemplo). Embargos declaratórios não são o meio adequado para manifestar inconformidade quanto à decisão do julgador de definir os critérios de incidência de juros e correção monetária apenas na fase de liquidação.

Ainda, ressalte-se que a contradição que autoriza a oposição de embargos declaratórios é a contradição intrínseca à própria decisão, e não aquela que a parte entende existir entre as provas produzidas e a conclusão do julgador quanto aos fatos.

Outrossim, fica desde logo explicitado o entendimento deste julgador de que os embargos declaratórios não têm função de prequestionamento quando o recurso cabível não possui natureza extraordinária. Logo, não são cabíveis embargos declaratórios para fins de "prequestionamento" quando o recurso cabível for o recurso ordinário.

As partes também ficam desde logo advertidas de que embargos declaratórios não são o meio adequado para pedir reconsideração da decisão no tocante à gratuidade da justiça, sendo que embargos que veicularem exclusivamente esta matéria serão recebidos como simples petição, não se prestando à suspensão do prazo recursal.

Por fim, registre-se que embargos declaratórios não se prestam para a mera reanálise de pedidos, manifestação de inconformidade com o entendimento adotado pelo julgador, inconformidade com a valoração da prova, ou com a justiça da decisão.

O manifesto mau uso dos embargos declaratórios poderá ensejar a condenação da parte embargante ao pagamento de multa por embargos protelatórios no valor de até 2% do valor da causa (art. 1.026, §2º do CPC), passível de majoração a até 10% (art. 1.026, §3º, do CPC) em caso de reiteração, e, em casos extremos, o não conhecimento dos embargos (e a consequente não interrupção do prazo recursal) quando, por exemplo, os embargos veicularem conteúdo de recurso diverso (atacando entendimento do julgador ou valoração da prova), ainda que sob o pretexto de sanar erro material, omissão, contradição ou obscuridade.

Sublinhe-se que com este tópico não se pretende proibir nem desestimular o uso legítimo dos embargos declaratórios, mas apenas tornar previamente conhecidos os fundamentos pelos quais eventuais abusos serão repelidos, em atenção ao princípio da vedação da decisão "surpresa" (art. 10 do CPC).

## DISPOSITIVO

**Ante o exposto**, declaro a inépcia da petição inicial no tocante ao pedido de indenização pela data base, restando extinto o processo, sem resolução do mérito, no particular, com fulcro no artigo 485, inciso IV, do CPC/2015; no mérito, pronuncio a prescrição das parcelas vencidas antes de 27/04/2012, à exceção do FGTS; e julgo **PARCIALMENTE PROCEDENTE** a ação movida por -----, a quem concedo a gratuidade da justiça, em face de ----- para, observados os critérios expendidos na fundamentação, reconhecer a rescisão indireta do contrato de trabalho; determinar que a reclamada entregue à reclamante as guias para levantamento do FGTS e para encaminhamento do seguro-desemprego, bem como retifique a CTPS para fazer constar a função de técnica de enfermagem, bem como a data de saída em 20/06/2017, em razão da projeção do aviso prévio, no prazo e sob as cominações a serem fixadas na fase de liquidação; e condenar a reclamada a pagar à parte reclamante as seguintes parcelas:

- a) 40% de diferenças salariais por mês, tendo por base o salário percebido, com reflexos em aviso prévio, FGTS, indenização compensatória de 40%, 13ºs salários, férias com 1/3 constitucional;
- b) Horas extras excedentes da 8ª diária e 44ª semanal, apuradas conforme os registros de horário e intervalo fixado, observada a globalidade salarial (Súmula n. 264 do TST) e regra de contagem do §1º do art. 58 da CLT, divisor 220, com adicional de 90% e reflexos em aviso prévio, férias com acréscimo de 1/3, 13ºs salários, FGTS acrescido da indenização compensatória de 40% e repousos semanais remunerados;
- c) Remuneração correspondente a uma hora de intervalo para repouso e alimentação por dia de trabalho com acréscimo de 50%, observada a globalidade salarial (Súmula n. 264 do TST), divisor 220, e reflexos em aviso prévio, férias com acréscimo de 1/3, 13ºs salários, FGTS acrescido da indenização compensatória de 40% e repousos semanais remunerados;
- d) Remuneração dobrada das horas laboradas em feriados sem a devida compensação, observada a globalidade salarial (Súmula n. 264 do TST), divisor 220, e reflexos em aviso prévio, férias com acréscimo de 1/3, 13ºs salários, FGTS acrescido da indenização compensatória de 40% e repousos semanais remunerados;
- e) R\$ 10.000,00 a título de indenização por danos morais;
- f) Devolução dos descontos de contribuição assistencial, no valor mensal constante dos demonstrativos de pagamento de salário;
- g) Saldo salarial; aviso prévio indenizado proporcional de 48 dias; 3/12 de férias proporcionais; 6/12 de 13º salário proporcional;
- h) Diferenças de depósitos de FGTS tomando por base as parcelas de natureza salarial deferidas na presente decisão, bem como ao pagamento da indenização compensatória de 40%;
- i) Multa convencional, limitada a uma única incidência por mês, independentemente do número de cláusulas descumpridas, e limitada, em cada ano, a um salário base mensal da parte reclamante.

Condeno a autora a pagar ao advogado da parte reclamada honorários advocatícios, nos termos da fundamentação.

Condeno a reclamada a pagar ao advogado da parte autora honorários advocatícios, nos termos da fundamentação.

Os valores devidos, assim como juros e correção monetária incidentes, serão apurados em liquidação de sentença, nos termos da fundamentação.

Determino a dedução dos valores comprovadamente pagos sob idênticos títulos.

Deve ser observada a evolução salarial da parte reclamante e, quanto aos pedidos decorrentes da duração do trabalho, devem ser desconsiderados os dias e períodos sem labor, tais como folgas, faltas, férias e afastamentos, quando comprovados nos autos.

Nos termos do artigo 832, parágrafo 3º, da CLT, artigo 43 da Lei nº 8.212/1991 e artigo 276, parágrafo 4º, do Decreto nº 3.048/1999, autorizado o desconto de responsabilidade do empregado, determino à demandada o recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre as parcelas objeto da condenação, com exceção das parcelas de natureza não salarial (artigo 28, §9º, da Lei n. 8.212/91).

Determino, ainda, nos termos do artigo 46 da Lei nº 8.541/1992, o recolhimento do imposto de renda na fonte incidente sobre as parcelas remuneratórias da condenação, devendo a demandada proceder à sua retenção e recolhimento, na forma preconizada pelo artigo 12-A da Lei nº 7.713/1988, alterado pela Lei nº 12.350/2010, e a Instrução Normativa nº 1.500 da Receita Federal do Brasil, de 29 de outubro de 2014.

Condeno a reclamante ao pagamento de honorários do perito, os quais são fixados em R\$ 3.000,00.

Custas de R\$1.000,00, calculadas sobre o valor de R\$ 50.000,00, provisoriamente arbitrado à condenação, pela(s) reclamada(s) sucumbente(s).

Intimem-se as partes, o perito e a União. Cumpra-se após o trânsito em julgado. **NADA MAIS.**

SAO PAULO,9 de Janeiro de 2018

ALEXANDRE KNORST Juiz(a) do  
Trabalho Substituto(a)