



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

Ação Trabalhista - Rito Ordinário 1001265-11.2020.5.02.0043

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 27/11/2020

Valor da causa: R\$ 230.014,51

Partes:

RECLAMANTE: _____

ADVOGADO: VITOR SILVA KUPPER

RECLAMADO: RADIO E TELEVISAO BANDEIRANTES S.A.

ADVOGADO: MARCO ANTONIO BELMONTE

PAGINA_CAPA_PROCESSO_PJE

PERITO: MARCIO DOS SANTOS



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO
43ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO
ATOrd 1001265-11.2020.5.02.0043
RECLAMANTE: _____
RECLAMADO: RADIO E TELEVISAO BANDEIRANTES S.A.

_____ ajuíza reclamatória trabalhista
em 27/11/2020 em face de RADIO E TELEVISAO BANDEIRANTES S.A.. Alega ter trabalhado no período de 07/05/2009 a 07/10/2020 na função de contrarregra, tendo como último salário R\$2.809,09. Com base nos fundamentos expendidos na petição inicial, formula os pedidos nela elencados. Atribui à causa o valor de R\$ 230.014,51. Junta documentos.

A(s) ré(s) apresenta(m) defesa(s).

É oportunizada réplica.

É realizada prova pericial.

É oportunizada produção de provas em audiência.

Sem outras provas, é encerrada a instrução.

Razões finais oportunizadas.

Não houve conciliação.

Vieram os autos conclusos para prolação de sentença.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

QUESTÕES PROCESSUAIS – PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

Ante a complexidade do caso e com a finalidade de cooperar com as partes e demais instâncias do Poder Judiciário, estes foram os depoimentos, de forma resumida, conforme autoriza o art. 851 da CLT, colhidos em audiência. Caso as partes entendam que há outras informações relevantes para o julgamento, poderão apresentá-las em eventual recurso

ordinário, com a respectiva degravação e indicação de minuto e segundo em que se encontra a passagem de interesse.

Depoimento pessoal do reclamante: que até ano passado não tinha cartão ponto e depois colocaram; que antes do ano passado não registrava o horário; que melhor dizendo antes só assinava um livro; que não havia crachá nem registro biométrico; que era o chefe quem colocava o horário no livro; que já tinham os horários assinalados quando assinava; que às vezes tinha diferenças nos domingos que não vinham dobrados no pagamento; que melhor dizendo tinha diferenças nos registros; que o horário de início estavam corretos; que o problema do horário do fim da jornada era todos os dias; que só colocavam o horário redondo; que normalmente trabalhava 10 ou 12h; que melhor dizendo eram 12h quase todo dia; que havia dias que faziam intervalo (20/30 minutos), em torno de duas vezes na semana; que nos demais dias não fazia intervalo; que confirma a veracidade da frequência dos registros; que no dia que foi mandado embora mandaram outros 2 também mas não sabe quantos mais; que essas pessoas eram da sua área; que um deles era grupo de risco o outro não sabe, mas era uma “senhora de idade”; que não vinha horário de intervalo marcado; que melhor dizendo a partir de um certo momento passou a ter o registro do intervalo, mas não estão certos; que entrou como ajudante, que dois anos depois foi promovido para contrarregra; que quando estão no estúdio tinham que fazer tapeçaria, forração, estofamento, maquinaria; que fazia essas outras funções quase todo dia; que tem bronquite e a empresa sabe e por isso o mandaram embora; que já passou mal lá na empresa e por isso sabem; que além do reclamante foi dispensado Firmino, além de outras pessoas; que quando foi promovido para contrarregra tinha mais responsabilidade, tinha que checar o setor, que o ajudante só carregava e ajudava o contrarregra; que o ajudante não tinha responsabilidade, pois a responsabilidade é do contrarregra; que tem terceirizado para a parte de tapeçaria só para eventos grandes, mas só tem um tapeceiro para toda a reclamada; que os terceirizados não dão conta e tem que ajudar de qualquer forma; que tinham de forrar carpete no cenário, os corredores, os estúdios, os programas do jornalismo, que às vezes reformam cadeiras.

Depoimento pessoal da reclamada: que a função do reclamante era contrarregra; que ele passou a ser contrarregra a partir de 2011; que não fazia tapeçaria; que existe um tapeceiro na reclamada; que existe uma empresa de terceirização que faz esse serviço; que ele registrava o horário de entrada e saída e almoço a partir de 11/03/2018; que o registro era feito por crachá; que o reclamante não fazia o serviço de maquinista, nem de cortineiro nem de estofador; que o reclamante trabalhava conforme a pauta, não tem um horário fixo; que o reclamante sempre fez 1h de intervalo; que houve uma reestruturação financeira devido à crise pandêmica; que mandaram embora mais de 300 pessoas; que não teve negociação coletiva para a dispensa dessas pessoas; que as diretorias, departamento e RH escolheram as pessoas a serem mandadas embora; que não sabe dizer o motivo ou critério pelo qual ele foi escolhido dentre os empregados, mas houve corte em todos os departamentos; que 30 ou 35 dessas pessoas eram grupo de risco; que a empresa sabia que o reclamante era do grupo de risco; que não houve contato formal entre o sindicato e a empresa.

Depoimento da testemunha indicada pelo reclamante, Sr. Ivan: que trabalhou na reclamada de abril de 2017 a maio de 2018, como contrarregra; que trabalhou com o reclamante; que havia registro de ponto; que o registro era por crachá; que não tinha acesso ao espelho no final do mês; que chegavam na entrada, batiam o crachá, que no final batia o crachá e às vezes continuava a trabalhar; que quando estava muito corrido, Masterchef, por exemplo, ficava a semana inteira, mas quando estava mais sossegado duas vezes por semana acontecia de bater e

continuar trabalhando; que nas vezes que continuava trabalhando sem o ponto batido laborava por 1h, 2h ou 3h a mais; que às vezes tinha intervalo, mas na maioria das vezes comiam no programa mesmo; que normalmente comiam em 15 ou 20 minutos; que 4 ou 5 vezes por semana não fazia a hora de intervalo; que o reclamante fazia as tarefas de maquinista; que também fazia função de cortineiro-estofador; que isso era praticamente todo o dia; que ao que se recorda não havia empresa terceirizada de tapeçaria; que havia um tapeceiro para tudo, mas não era suficiente; que confirma o que falou no intervalo em seu processo, e não o que falou aqui neste depoimento (1000547-04.2019.5.02.0090).

Depoimento da testemunha indicada pelo reclamante, Sr. Cauê: que trabalhou na reclamada de setembro de 2015 a março de 2017, como ajudante e depois contrarregra; que conheceu o reclamante lá; que o reclamante fazia as tarefas de maquinista; que o autor também fazia as tarefas de cortineiro-estofador; que na sua época não tinha uma pessoa específica que fizesse a tarefa de tapeceiro; que havia cartão ponto; que registrava por cartão e depois biométrico; que no final da jornada, batia o ponto e ia embora e não voltava a trabalhar; que quando trabalhava na rua tinha uma folha que preenchia o horário de entrada e de saída e o responsável assinava; que não recebia o espelho de ponto para verificar; que não precisava registrar o intervalo, mas às vezes não conseguia fazer o intervalo; que duas ou três vezes por semana fazia 1h de intervalo, e nos outros dias fazia entre 15 e 20 minutos; que o reclamante fazia a cortina, tinha que cortar o tecido, o carpete, não só instalar; que desde o início já tinha o ponto por crachá, mas não se lembra quando virou biométrico, mas foi mais próximo da sua saída.

Depoimento da testemunha indicada pela reclamada, Sr. Marcelo: que trabalha na reclamada desde 2018, como cenotécnico, hoje; que conheceu o reclamante na empresa; que o reclamante fazia montagem, desmontagem e transporte de cenário (maquinista); que o reclamante também era cortineiroestofador; que isso ocorria 3 ou 4 vezes por semana; que bate o cartão na máquina; que chega a ver o espelho de ponto no final do contrato; que houve algumas vezes que houve falha no ponto e pediram a correção; que o que consta é o que efetivamente aconteceu, pois na hora já fazem a correção do ponto quando há algum problema; que antes o reclamante trabalhava 8h e depois passou a trabalhar 6h, que na época que ele trabalhou 6h ele fazia intervalo de 15 minutos, que o intervalo do lanche não era registrado; que sabe da dispensa de pessoas que tem contato, talvez tenha havido dispensa de pessoas que não conhece e logo não sabe dizer quantas pessoas; que estima em torno de 50 ou 60; que não sabe informar por que ele foi mandado embora; que grupo de risco acredita que foi uma meia dúzia que foi dispensado; que não sabia que o reclamante era grupo de risco; que quando o reclamante fazia 8h de jornada, batia 1h de intervalo e “geralmente” fazia 1h de intervalo, que não se recorda de o reclamante não ter feito 1h de intervalo; que já fez menos de 1h, ocasião em que registro corretamente o horário em que ele fez; que a empresa tem maquinista e tapeceiro específicos que fazem somente essa função; que tinha muita demanda de trabalho e muito tapeceiro, e algumas vezes tinham que ajudar o tapeceiro a fazer o trabalho dele, e quanto ao maquinista a mesma coisa; que quem coloca cortina em televisão é o contrarregra, não o tapeceiro; que o reclamante já fez até forração de chão, por exemplo; que nas ocasiões em que o reclamante fazia mais de 6h, automaticamente fica obrigado a bater e fazer 1h de intervalo.

AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO

Assim como a petição inicial, a contestação também deve ser interpretada considerando o seu conjunto e a boa-fé, de forma que não há confissão da reclamada ou aplicação do art. 341 do CPC ante o conjunto da peça.

PRELIMINARES

IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA

Como previsto no artigo 291 do CPC/2015, a toda causa será atribuído um valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediato.

Conforme o inciso VI do artigo 292 do mesmo diploma legal, havendo cumulação de pedidos, como na presente ação, o valor da causa deve corresponder à soma dos valores de todos eles.

Verifica-se, mediante cálculo aproximado dos valores correspondentes aos pedidos, que o valor atribuído à causa na petição inicial mostrase compatível com a expressão econômica do que é pretendido pelo reclamante.

A procedência ou não dos pedidos é matéria afeta ao mérito da causa. Além disso, caso a demanda seja julgada improcedente inexistirá responsabilidade da empregadora pelas custas, e, em caso de procedência, o valor das custas tem como base o valor da condenação, fixado pelo juízo.

Rejeito a preliminar de impugnação ao valor da causa e, quanto à limitação ao valor dos pedidos, a decisão está contida diretamente no dispositivo.

As matérias impropriamente arguidas como preliminares, por não figurarem no rol do artigo 337 do CPC, ficam remetidas ao exame do mérito.

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.

Considerando que a presente ação foi ajuizada em 27/11/2020 e que os pedidos decorrem do contrato de trabalho mantido de 07/05/2009 a 07/10 /2020, pronuncio, com fulcro no artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, a prescrição das parcelas com exigibilidade anterior a 27/11/2015.

DIREITO INTERTEMPORAL

Entendo que não há aplicabilidade imediata da Lei n. 13.467 quanto ao direito material individual aos contratos que estavam em curso no momento do início da vigência daquela lei.

A segurança jurídica, valor norteador do direito, está disposta no art. 5º, XXXVI, como direito fundamental. O contrato de trabalho é regido a partir de um momento histórico, sendo consideradas todas as disposições normativas que lhe são peculiares existentes à época. As condições são ajustadas de acordo com a norma que existe no berço do contrato, não lhe sendo imputáveis normas posteriores que prejudiquem o trabalhador, única exceção constitucional relativa à aplicabilidade imediata de nova norma trabalhista, a qual está contida no caput do art. 7º.

O ato jurídico perfeito é conceituado por Pontes de Miranda da seguinte maneira: “O ato jurídico perfeito é o negócio jurídico, ou o ato jurídico stricto sensu; portanto, assim as declarações unilaterais de vontade como os negócios jurídicos bilaterais” (Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969, t. V, 1971, p. 102). Assim, o contrato de trabalho, assim como qualquer contrato, deve ser entendido como ato jurídico perfeito, estando a salvo de modificações legislativas posteriores.

No mais, não há como se entender os direitos trabalhistas como

um regime jurídico naqueles termos em que o Supremo Tribunal Federal afirma não haver direito adquirido, pois diferentemente daqueles casos, no direito do trabalho existe uma relação contratual e verdadeiramente volitiva das partes.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal já julgou casos em que entendeu que a aplicabilidade imediata de nova lei sobre contrato em curso ensejaria a retroatividade mínima, a qual também não é aceita pela Constituição Federal (AgRg no AI 331.432-SP e ADInMC 1.931-DF) - BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado. Segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. Migalhas, 2002. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-02.htm>. Acesso em 15 de julho de 2019.

Assim sendo, deixo de aplicar a Lei n. 13.467, no tocante às normas de direito individual do trabalho, aos contratos que estavam em curso no momento do início de sua vigência (11/11/2017), por entender que ela, em sua totalidade (teoria do conglobamento) é mais prejudicial ao trabalhador que benéfica, ante a alteração de diversas normas capazes de levar à redução salarial (art. 457, §2º), negociação direta de jornada 12x36, acordo tácito de compensação e exclusão das horas in itinere (art. 59-A, art. 59; §6º; art. 58, §2º, o qual foi revogado), horas de intervalo intrajornada suprimido que, agora, são indenizadas e apenas em relação ao período não gozado (art. 71, 4º), dentre outras.

SEGUNDO CONTRATO DE TRABALHO

Sustenta o reclamante o direito ao reconhecimento de um segundo contrato de trabalho com base no art. 14 da Lei n. 6.615, o qual dispõe: “Não será permitido, por força de um só contrato de trabalho, o exercício para diferentes setores, dentre os mencionados no art. 4º”.

Quanto às funções, importante ressaltar que foram devidamente regulamentadas pelo Decreto n. 84.134. Posteriormente, houve alteração das funções por meio do Decreto n. 9.329/2018, o qual entendo ser inaplicável ao caso, pelos mesmos motivos exarados no tópico anterior relativo ao direito intertemporal e Lei n. 13.467.

Conforme Decreto n. 84.134, o contrarregra realiza funções dentro do departamento de produção (“realiza tarefas de apoio à produção, providenciando a obtenção e guarda de todos os objetos móveis necessários a produção”), enquanto que o cortineiro-estofador labora no setor de caracterização (“confecciona e conserta as cortinas, tapetes e estofados necessários à produção”), bem como o maquinista (“monta, desmonta e transporta os cenários, conforme orientação do cenotécnico”).

Verifica-se no depoimento que todas as testemunhas, sem

exceção, confirmaram que o reclamante realizava as funções de cortineiro-estofador de forma corriqueira, bem como de maquinista, e não somente as funções de contrarregra. Assim sendo, o reconhecimento de um segundo contrato de trabalho é imposto pela Lei n. 6.615, art. 14.

Em processo similar já julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, o Tribunal manteve decisão de primeiro grau que reconheceu o segundo contrato de trabalho num processo ajuizado em face da mesma ré, nos seguintes termos:

“A reclamada, que contratou o reclamante para exercer a função de contrarregra, insurge-se contra o reconhecimento do segundo contrato de trabalho, na função de maquinista. Alega que o reclamante não demonstrou a contento que realizava tal função e invoca a aplicação do art. 456 da CLT.

Sem razão.

A figura doutrinária do acúmulo de funções decorre de uma alteração no contrato de trabalho, correspondente a um aumento das tarefas realizadas pelo empregado incompatível com contratação original e sem a percepção da correta contraprestação salarial.

Adota-se, via de regra, o entendimento de que é necessário existir previsão, em regulamento da empresa ou em convenção coletiva, estabelecendo o direito a plus salarial decorrente do acúmulo de funções. Com efeito, à mingua de disposição contratual ou convencional em sentido contrário, a legislação trabalhista estabelece, como regra geral, que o empregado se obrigou a todo e qualquer trabalho compatível com sua condição pessoal. Nesse sentido, o parágrafo único, do artigo 456 da CLT, dispõe que inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal.

No entanto, no presente caso o reclamante pretendeu o reconhecimento de um segundo contrato de trabalho com fulcro na legislação que regulamenta a profissão de radialista, Lei 6.615 /78 e Decreto 84.134/79 (vigente à época do contrato de trabalho), situação que não se confunde com o mero pagamento de adicional por acúmulo de funções. O art. 14 da Lei 6.615/78 veda expressamente o exercício de trabalho para diferentes setores, dentre os mencionados no art. 4º daquela Lei, por força de um só contrato de trabalho.

Nesse contexto, a pretensão comporta acolhimento como decidido pelo MM. Juízo a quo, tendo em vista que o reclamante demonstrou a contento que realizava, além da função de contrarregra para a qual foi contratado, a função de maquinista, fazendo jus ao reconhecimento do segundo contrato.

O Decreto mencionado estabelece que a atividade de contrarregra se refere a realização de tarefas de apoio à produção, providenciando a obtenção e guarda de todos os objetos móveis necessários a produção, e que a atividade do maquinista consiste na montagem, desmontagem e transporte de cenários conforme orientação do cenotécnico. Como bem esclarecido pela r. sentença, enquanto o contrarregra realiza o serviço de apoio durante a produção do programa ou espetáculo, o maquinista realiza a montagem do cenário, em momento que antecede ou sucede a própria realização do programa ou espetáculo.

A prova oral favorece a tese da autoria.” (1000068-17.2019.5.02.0088, TRT2, 13ª Turma, Des. Rel. Cíntia Táffari, pub. em 01/09/2020).

Quanto à data de início, o próprio autor afirmou que foi contratado como ajudante e posteriormente promovido a contrarregra, afirmando que existe diferença entre ambos os cargos. Não há efetivas provas de que o autor (independente de provas emprestadas, pois necessário saber se o autor realizou tais funções), especificamente, realizou a função de contrarregra desde o início, assim como também não há provas quanto à função de maquinista. Improcede, portanto, o pedido de retificação da CTPS para constar a função de contrarregra desde o início do contrato.

Ressalto, neste momento, que os depoimentos colacionados em razões finais pelo autor se referem a processo diverso do presente, pois são imagens referentes a ata de audiência em que foram reduzidos a termo os depoimentos, diferentemente do caso em tela.

Reconheço, portanto, um segundo contrato de trabalho havido de 01/12/2011 (momento em que passou a atuar como contrarregra) a 07/10/2020, na função de maquinista, conforme pedido. Quanto ao salário, deve ser considerado o

salário base indicado na Convenção Coletiva à época (cabera à reclamada a sua juntada em liquidação de sentença, a fim de viabilizar o cálculo, sob pena de ser considerado o valor apontado pelo autor de R\$1.516,00 mensais). São devidas as seguintes parcelas relativas a tal contrato: férias em dobro de 2013/2014 (considerado o fim do período concessivo para fins de prescrição), 2014/2015, 2015/2016, 2016/2017, 2017/2018 (art. 137 da CLT), férias simples de 2018/2019 e 10/12 de férias proporcionais, todas com 1/3 constitucional; 13ºs salários de 2015, 2016, 2017, 2018, 2019 e 9/12 proporcionais de 2020.

Com fundamento nos artigos 15 e 18, §1º, da Lei n. 8.036/1990, condeno a reclamada ao pagamento dos depósitos de FGTS devidos ao longo de tal contrato de trabalho, bem como tomando por base as parcelas de natureza salarial deferidas na presente decisão, além do pagamento da indenização compensatória de 40% do FGTS, conforme entendimentos firmados pelo TST na Súmula n. 305 (O pagamento relativo ao período de aviso prévio, trabalhado ou não, está sujeito a contribuição para o FGTS) e Orientação Jurisprudencial n. 42, item II da SDI-1 (O cálculo da multa de 40% do FGTS deverá ser feito com base no saldo da conta vinculada na data do efetivo pagamento das verbas rescisórias, desconsiderada a projeção do aviso prévio indenizado, por ausência de previsão legal).

Prejudicado o item 7 do rol dos pedidos da petição inicial, pedido subsidiário ao pedido reconhecido.

ENQUADRAMENTO SINDICAL

Considerando a atuação do reclamante em categoria diferenciada, aplicável ao seu contrato a Convenção Coletiva por ele colacionada aos autos desde que passou a atuar como contrarregra e maquinista.

PRÉ-CONTRATAÇÃO DE HORAS EXTRAS E SUPRESSÃO

Naquele mesmo processo julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região também havia pedido relativo à pré-contratação de horas extras, tendo sido julgado o pedido da seguinte maneira:

“A reclamada não concorda com a aplicação analógica da Súmula 199 do C. TST, por tratar-se de entendimento que seria aplicável apenas à categoria dos bancários. Argumenta que não há proibição à pré-contratação de horas extras, que o art. 304 autoriza a prorrogação da jornada dos jornalistas e que o ajuste era benéfico ao trabalhador. Aduz que não se pode integrar as horas pré-contratadas no cálculo de horas a serem pagas e pugna pela aplicação da OJ 394 da SDI-I do C. TST e pela dedução de horas extras pagas.

Sem razão.

Incontroverso que o reclamante foi contratado para cumprir jornada diária de 7 (sete) horas "móveis", acrescida de 1 (uma) hora extra diária, horas extras fixas, como se depreende da contestação ID bcf229e.

Verifica-se que não há na Convenção Coletiva (ID a7fdd12) previsão para o ajuste de pré-contratação de horas extras. Além disso, ainda que o contrato de trabalho preveja a possibilidade da prorrogação da jornada contratual, esta não deve ocorrer de forma habitual, mas de forma excepcional na forma prevista no art. 59 da CLT.

Assim, o cumprimento de jornada extraordinária

e sua quitação desde o início do contrato de trabalho de forma fixa descaracteriza o acordo para prorrogação de jornada, levando à conclusão de que a pré-contratação de horas extras durante todo o contrato de trabalho remunera apenas a jornada normal.

Importante destacar que é possível a aplicação analógica do entendimento consubstanciado na Súmula 199 do C. TST a outras categorias de trabalhadores. Prevista em lei jornada especial para o radialista em razão do maior desgaste no exercício da atividade, não pode a reclamada tornar sem efeito a finalidade da lei para atender às suas próprias necessidades, com prejuízo ao reclamante e ao mercado de trabalho.

Assim, por aplicável ao caso o mesmo princípio que fundamenta o teor da Súmula 199 do C. TST, mantém-se a r. sentença quanto à nulidade da pré-contratação das suplementares, considerando os valores indicados por tal rubrica como remuneração da jornada normal de trabalho, não se cogitando de bis in idem em razão da reconhecida nulidade.”

Entendo, assim como o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região entendeu, que a contratação de horas extras desde o início do contrato, de forma habitual, escapa à própria conceituação das horas extras, que não podem ser entendidas como jornada pré-contratada e habitual, mas sim trabalho realizado em sobrejornada de forma extraordinária, como o próprio nome indica. A contratação, desde o início, de jornada fixa além da jornada disciplinada no diploma normativo, sem qualquer autorização coletiva à época, conduz à invalidade de tal contratação, como já definiu o Tribunal Superior do Trabalho em situações análogas que geraram a Súmula n. 199.

Em nenhum momento a CLT autoriza a pré-contratação de horas extras. É autorizada a realização de acordo de compensação de jornada, a realização de banco de horas de forma coletiva, à época da contratação, mas não há autorização legislativa para a contratação, de forma prévia à própria realização da jornada, de horas extraordinárias de forma fixa, verdadeira contradição em termos.

Assim, reconheço a nulidade da pré-contratação de horas extras (contrato de ajudante geral e contrarregra), e reconheço, também, que o valor pago sob tal epígrafe, na realidade, faz parte do salário base do reclamante, sendo devidos seus reflexos em 13ºs salários, férias com 1/3 constitucional, aviso prévio, FGTS, indenização de 40%, adicional noturno, horas extras e quinquênios (pois calculados sobre o salário base).

Indevidos os reflexos em descanso semanal remunerado pois a parcela se refere a um valor recebido de forma mensal e, assim, já remunera o descanso semanal (art. 7º, c, da Lei n. 605/1949).

Tratando-se de efetivo salário e não pagamento de horas extras, é devido o referido valor de “horas extras fixas” a partir do momento em que houve a sua indevida supressão, qual seja, março de 2020, até o final do contrato de trabalho, com reflexos em 13ºs salários, férias com 1/3 constitucional, aviso prévio, FGTS, indenização de 40%, adicional noturno, horas extras

e quinquênios (pois calculados sobre o salário base). Trata-se de medida ilícita adotada pela reclamada que atenta contra o direito fundamental à irredutibilidade salarial (art. 7º, VI), uma vez que não foi reconhecido o caráter de salário condição, mas de efetivo salário devido pela pura prestação de serviços. Prejudicado o pedido subsidiário ante a procedência do primeiro pedido.

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE

Sob a alegação de que laborava sob as condições nocivas à saúde que menciona na petição inicial, postula a parte reclamante o pagamento adicional de periculosidade, com reflexos.

A reclamada, em suma, nega os fatos articulados na petição inicial e sustenta ser indevido o pagamento de adicional de periculosidade.

No laudo, o perito designado pelo Juízo apresenta a seguinte conclusão:

12. CONCLUSÃO

Com base na visita pericial realizada, nas informações obtidas, nos fatos observados e levando - se em conta o resultado das avaliações onde foram analisados os riscos potenciais à saúde e fixados todos os fatores correlacionados, concluímos que nas atividades executadas por _____, a serviço da Reclamada:

HÁ CONDIÇÕES DE PERICULOSIDADE POR INFLAMÁVEL, nos termos do artigo 193 da CLT e da Portaria nº 3.214/78 do MTE, Norma Regulamentadora nº 16, item "b" do quadro 3 e item "3", "s", ambos do Anexo 2, e Norma Regulamentadora nº 20.

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

No entanto, deixo de acolher o laudo pericial (art. 479 do CPC). Isso porque o motivo adotado pelo perito para definir a existência de periculosidade é o desrespeito às normas contidas na NR-20 quanto ao material dos tanques, estrutura da edificação, sistemas automáticos etc., norma esta que não se presta à finalidade de reconhecer ou não o adicional de periculosidade. Não se nega a seriedade ao desrespeito à referida norma, no entanto, conforme art. 193 da CLT, é a Norma Regulamentar específica quem confere o direito ao recebimento do adicional de periculosidade, não sendo esta a NR-20 – tanto o é que a Portaria n. 1.360 definiu, em 2019, que “Esta NR e seus anexos devem ser utilizados para fins de prevenção e controle dos riscos no trabalho com inflamáveis e combustíveis. Para fins de caracterização de atividades ou operações insalubres ou perigosas, devem ser aplicadas as disposições previstas na NR 15 - atividades e operações insalubres e NR 16 - atividades e operações perigosas”.

A ausência de especificidade na NR-16, de fato, dificulta a compreensão e a definição de quando é devido o adicional de periculosidade, motivo pelo qual parte da jurisprudência se volta à NR-20 para realizar uma interpretação sistêmica do direito do trabalhador. Nesse sentido, a jurisprudência vem utilizando da NR-20 para definir os limites de capacidades dos tanques para a percepção do direito do adicional de periculosidade.

Assim explicam, de forma sucinta, os autores Walter Rosati Vegas Junior e Ítalo Menezes de Castro:

Conforme já pontuado, o Anexo 2 da NR-16 não trata de maneira clara e específica desse limite, sendo que o Quadro I nele contido dispõe exclusivamente sobre a capacidade máxima para outras espécies de embalagens de líquidos inflamáveis, tais como tambores, latas ou bombonas - que são distintos de tanques e não podem ser a eles equiparados.

Embora o entendimento contido na OJ-285 da SBDI-1/TST comporte superação, conforme trataremos abaixo, parece-nos que, caso venha a ser efetivamente aplicado, não há, na atualidade, como conceder os limites volumétricos dos tanques de armazenamento de inflamáveis fora da NR-20, isto é, 250 litros por tanque, para o período da redação original da NR-20, 3.000 litros por tanque, para o período da Portaria 308/2012; e 5.000 litros por tanque, para o período da Portaria 1.360/2019 (LGL\2019\11671). (Vegas Junior, Walter Rosati; Castro, Ítalo Menezes de. Adicional de Periculosidade e tanques de armazenamento de inflamáveis em edifícios: por uma necessária superação da OJ-385 da SBDI/I-TST. Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social. vol. 2018. ano 47. p. 335-351. São Paulo: Ed. RT, jul./agos. 2021. Acesso em: 28/07/2021).

Como afirmam os autores, o descumprimento das demais normas inseridas na NR-20, destarte, não confere ao trabalhador o direito ao adicional de periculosidade, caso exista o respeito aos limites de volume dos tanques, por não se tratar de fonte normativa primária (art. 193 da CLT) ou secundária (NR-16) relativa ao adicional de periculosidade.

Pelos motivos supracitados, respeitados os limites no caso concreto, seja considerado o limite relativo aos “tambores” inserido na NR-16 (250L por unidade), de forma analógica, seja considerados os limites da NR-20, julgo improcedente o pedido, bem como seus reflexos.

JORNADA

O reclamante pretende receber horas extras em decorrência do trabalho em sobrejornada, além do descumprimento do intervalo intrajornada e entre jornadas.

Ressalto, no entanto, que o reconhecimento de um segundo

contrato de trabalho decorrente da realização da função de maquinista significa, necessariamente, o reconhecimento de que o reclamante estava sujeito ao cumprimento de duas jornadas de trabalho distintas, qual seja, a de contrarregra e a de maquinista. Não há lógica na pretensão do autor de recebimento de horas extras como se todo o trabalho prestado decorresse de apenas um contrato de trabalho pois foi ele mesmo quem pleiteou o reconhecimento do segundo, o qual, por determinação de lei, somente é reconhecido em razão da impossibilidade jurídica de cumprimento de duas funções diferentes em um só contrato. Assim, desafia a lógica, no entender deste Juízo, o reconhecimento de um segundo contrato de trabalho mas, ao mesmo tempo, o reconhecimento de apenas uma jornada de trabalho e supostas horas extras decorrentes das horas laboradas após às 6h, como se todo o trabalho decorresse de um só contrato, quando o segundo foi reconhecido exatamente porque o reclamante também prestava serviços como maquinista, conforme pedido.

Não é dado à parte escolher apenas as benesses do reconhecimento de um segundo contrato de trabalho. Uma das características do contrato de trabalho é que se trata de contrato sinalagmático: existem direitos e deveres, para ambas as partes, sendo um dos direitos do empregador exigir o cumprimento da jornada e, o dever do trabalhador, por sua vez, é a realização daquela jornada contratual e legal, sem que sejam devidas horas extras para tanto.

Quanto aos registros de horário: a primeira testemunha indicada pelo autor não é digna de fé, conforme pôde ser observado ao longo da audiência. Apresentou relato bastante diferenciado ao que afirmou no processo por ele ajuizado quanto ao intervalo (praticamente, inverteu a frequência com que fazia a 1h de intervalo), de forma que seu relato é desconsiderado, seja por talvez não se recordar dos fatos da época, seja por eventual redução de sua isenção para depor.

No entanto, as demais testemunhas corroboram a alegação do reclamante quanto a não usufruir de 1h de intervalo. A testemunha por ele indicada foi bem clara quanto a isso e, a testemunha da reclamada, por sua vez, afirmou que “quando o reclamante fazia 8h de jornada, batia 1h de intervalo e “geralmente” fazia 1h de intervalo”. O “geralmente” indica, destarte, que havia dias em que, apesar de registrada 1h de intervalo, no entanto, não era isso o efetivamente realizado. Posteriormente a testemunha pretendeu modificar o seu relato, porém, a verdade já havia transparecido mediante as palavras por ele utilizadas anteriormente.

Assim, considerando os depoimentos, fixo que em cada semana de trabalho o reclamante usufruía de 1h de intervalo em três oportunidades e, nas demais, apenas 30 minutos de intervalo. Frequência e horários de entrada e saída são verídicos, conforme depoimentos.

Quanto ao contrato relativo à função de contrarregra, trata-se de contrato com jornada de 6h diárias e, quanto ao contrato relativo à função de maquinista, 7h diárias (art. 18 da Lei n. 9.610).

O reclamante não é claro em sua petição inicial quanto à proporção da jornada laborada em uma ou outra função, ônus que era seu, tanto em decorrência do art. 818 da CLT e art. 373, I, do CPC, como também em decorrência de seu próprio pedido de reconhecimento de dois contratos de trabalho diversos. Veja-se que o próprio reclamante não afirma em seu depoimento pessoal que laborou mais de 13h diárias (considerando ambos os limites dos

contratos somados). Assim, tendo em vista que os registros são válidos quanto aos horários de entrada e de saída, ainda considerando eventual trabalho ao longo do tempo em que deveria estar usufruindo de intervalo mas estava laborando, o reclamante não laborou além da jornada legal de cada contrato de trabalho. Quanto à única jornada apontada em réplica de mais de 13h, não aponta diferenças de horas extras pagas. Irrelevante a questão do banco de horas pois, conforme supracitado, não havia labor em sobrejornada, com exceção do único dia apontado, sem efetiva demonstração de diferenças devidas relacionadas ao pagamento. Julgo improcedentes os pedidos de horas extras decorrentes do labor em sobrejornada. Pelos mesmos motivos, devendo ser considerado o intervalo entre jornada para cada um dos contratos de trabalho, também não há falar em desrespeito ao referido intervalo. A norma coletiva, quando fala sobre jornadas de trabalho, não se refere a contratos distintos mas sim a jornadas decorrentes do mesmo contrato. Improcedente, também, este pedido.

Ressalto que não há dispositivo na CLT, ou mesmo na lei específica, que considere que seriam devidas as horas extras decorrentes do sobrepujamento de uma das jornadas pelo fato de o empregador ser o mesmo. Na realidade, a própria intenção normativa da Lei do Radialista leva à conclusão contrária: a realização de função diversa autoriza a contratação diversa e, por este motivo, também é cumulada com jornada diversa.

Já em relação ao intervalo intrajornada, necessariamente, sempre foi respeitado, ao menos o intervalo intrajornada de um dos contratos de trabalho (contrarregra), pois o reclamante sempre usufruiu de 30 minutos de intervalo, considerando a jornada fixada e o limite da jornada disposto na lei.

Verifico, no entanto, que houve dias em que o autor laborou mais de 13h sem que tenha usufruído de, no mínimo, 1h15 de intervalo como, por exemplo, no dia 12/10/2018.

Assim, ante o gozo do intervalo intrajornada de parcial, aplico o entendimento contido na Súmula n. 437 do TST, sendo devida uma hora extra relativa ao descumprimento do intervalo.

Por todo o exposto, condeno a reclamada ao pagamento de horas extras referentes à supressão do intervalo intrajornada nos dias em que laborou mais de 13h e usufruiu menos de 1h15, com adicional constitucional de 50% apuradas conforme registros de horário e intervalo fixado, considerando a globalidade salarial (Súmula n. 264 do TST, inclusive a parcela de natureza salarial reconhecida referente às “horas extras fixas”), divisor 220, e reflexos em aviso prévio, descanso semanal remunerado, 13^{os} salários, férias com 1/3 constitucional, FGTS, indenização compensatória.

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. Tal entendimento é aplicável até o dia 22/03/2018, data em que o TST firmou entendimento contrário no Incidente de Recursos Repetitivos de n. 9.

O adicional normativo se refere às horas extras laboradas, e não a intervalo não usufruído e, por este motivo, é inaplicável.

Sublinho, por fim, que não consta da petição inicial qualquer pedido de diferenças das horas extras pré-contratadas, mas tão somente pedido de reconhecimento de sua característica salarial e integração ao salário base. Logo, também não há o que se conceder quanto ao item 17 da réplica.

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA

O autor aduz que foi dispensado de forma discriminatória durante a pandemia, uma vez que faz parte do grupo de risco. Traz aos autos denúncia realizada pelo sindicato da categoria do reclamante.

Nos termos do parágrafo 1º do artigo 843 da CLT, é facultado ao empregador fazer-se substituir pelo gerente, ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato, e cujas declarações obrigarão o proponente.

A reclamada é confessa quanto à matéria, pois disse não saber dizer o motivo ou o critério adotado para que o reclamante fosse dispensado.

Veja-se: não se nega que a dispensa é direito potestativo do empregador (embora, no caso, tenha havido verdadeira dispensa coletiva dos trabalhadores, o que torna a situação juridicamente mais questionável e diferente de uma mera dispensa individual). No entanto, fato é que a empresa teve de decidir, em decorrência da decisão de realizar a “reestruturação”, com base em algum critério que seja, quais os empregados que seriam dispensados e quais que seriam mantidos. O autor afirmou que o critério utilizado foi um critério discriminatório, qual seja, o fato de o autor fazer parte do grupo de risco da COVID-19.

Ao ser perguntada, a preposta tentou aplicar evasivas, em algumas oportunidades, qual foi o critério utilizado pela ré para a escolha do reclamante, atentando contra o art. 386 do CPC, sustentando que foi uma decisão conjunta do departamento de recursos humanos e chefia imediata – o que não responde a pergunta do Juízo. Ao ser novamente perguntada se a escolha de quem seria dispensado teria sido realizada por alguma espécie de sorteio, disse ao Juízo que não, momento em que, novamente, foi inquirida então sobre qual o critério utilizado pela reclamada, momento em que disse não saber responder, tornando-a confessa quanto às alegações contidas na petição inicial.

A testemunha indicada pela reclamada não infirma tal confissão, pois não soube dizer quantas pessoas foram dispensadas e, quanto ao número de pessoas que fazem parte do grupo de risco, sequer sabia que o reclamante também fazia parte deste grupo, o que

demonstra que efetivamente desconhece (e não tinha motivos para conhecer, na realidade) quantos foram dispensados e quais deles eram do grupo de risco.

A reclamada admite em seu depoimento pessoal que sabia que o reclamante era pessoa integrante do grupo de risco da COVID-19.

A situação fática e jurídica descrita autoriza, destarte, o reconhecimento do caráter discriminatório da dispensa ocorrida, bem como a subsunção deste caso concreto à hipótese da Lei n. 9.029, cujo rol do art. 1º é exemplificativo, e não taxativo, conforme mansa e pacífica jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

Dispõe o art. 4º da referida Lei:

Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre:

I - a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros legais;

II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

O reclamante optou não pela reintegração, mas sim indenização, em dobro, do “período do afastamento”. Embora haja divergências, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho tem trilhado o entendimento de que deve ser considerado como termo final do “período do afastamento” a data da primeira decisão que reconhece a natureza discriminatória da dispensa, ou seja, data da publicação, no caso, desta sentença. Nesse sentido:

II - RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.015/2014. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. CONVERSÃO DA OBRIGAÇÃO DE REINTEGRAR EM OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR EM DOBRO. DISCUSSÃO QUANTO AO LIMITE DA INDENIZAÇÃO. CONSIDERAÇÃO DA REMUNERAÇÃO DEVIDA ATÉ A DATA DOTRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO QUE DETERMINOU A CONVERSÃO, OU APENAS ATÉ A DATA

DESSA DECISÃO. A indenização prevista no art. 4º, II, da Lei nº 9.029/95 deve ser limitada ao período de afastamento, que compreende o período entre a data da rescisão contratual e até a data da primeira decisão reconhecendo a dispensa discriminatória. Nesse sentido, a Súmula nº 28 do TST: ‘No caso de se converter a reintegração em indenização dobrada, o direito aos salários é assegurado até a data da primeira decisão que determinou essa conversão’. Há julgados sobre a matéria no mesmo sentido. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.”

(TST-RR - 1891-58.2015.5.11.0015, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, DEJT 17/02/2017).

RECURSO DE REVISTA DO RECLAMADO DISPENSA
DISCRIMINATÓRIA - LEI Nº 9.029/95 - DISSÍDIO
JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. (...) RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE
- DISPENSA DISCRIMINATÓRIA - LEI Nº 9.029/1995 PERÍODO DE AFASTAMENTO. A
dispensa discriminatória assegura ao empregado uma de duas possibilidades, a
reintegração com o ressarcimento integral de todo o período de afastamento ou o
pagamento em dobro da remuneração do período de afastamento, nos termos do
art. 4º, I e II, da Lei nº 9.029/95. No caso de pagamento de indenização em dobro, o
período de afastamento é aquele compreendido entre a data da rescisão contratual
e a data da primeira decisão reconhecendo a dispensa discriminatória. Incide a
Súmula nº 28 do TST. Recurso de revista da reclamante não conhecido. [...]" (RR
92100-02.2010.5.17.0009 , Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª
Turma, DEJT 21/10/2016)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO DE REVISTA COM
AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEI Nº 13.015/2014. IN Nº 40 DO TST. ANTERIOR À LEI
Nº 13.467/2017. RECLAMANTE . PRELIMINAR. TUTELA DE URGÊNCIA. DISPENSA
DISCRIMINATÓRIA RECONHECIDA. PEDIDO DE CONVERSÃO DA INDENIZAÇÃO DO
ART. 4º, II, DA LEI Nº 9.029 /95 EM REINTEGRAÇÃO 1 - Não constatados os vícios de
procedimento previstos nos arts. 1.022 do CPC de 2015 e 897-A da CLT. 2 - A
reclamante, nas razões do recurso de revista, requereu o pagamento de "
indenização de que trata o art. 4º, II, da Lei 9.029/95, correspondente ao pagamento
em dobro de todos os salários devidos desde a data da dispensa discriminatória até
o momento do trânsito em julgado da decisão condenatória, tudo a ser apurado em
regular liquidação de sentença" e, de forma sucessiva, o restabelecimento da
sentença que determinou sua reintegração no emprego. 3 - Esta Turma, por sua vez,
deu provimento ao recurso de revista para condenar a reclamada ao pagamento das
remunerações compreendidas no período de afastamento, em dobro, na forma do
art. 4º, II, da Lei 9.029/95, tendo em vista o reconhecimento de dispensa
discriminatória durante o curso de contrato de experiência. 4 - Ocorre que a
reclamante, nos presentes embargos de declaração, alega estar acometida por
doença grave (leucemia promielocítica aguda); e, na iminência de ser desligada do
plano de saúde de seu ex-marido, requer, em caráter de urgência, a reintegração no
lugar da indenização deferida, com intuito de usufruir de eventual plano de saúde
concedido pela empresa reclamada a seus empregados. 5 - Não obstante a situação
delicada da embargante, que se encontra em tratamento de Leucemia Promielocítica
Aguda (documento de fl. 519), a finalidade dos embargos de declaração consiste no
saneamento de vício existente na decisão, visando ao aprimoramento do julgado. 6
- Não se constata, contudo, qualquer omissão, contradição, obscuridade ou

manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso a serem sanados no acórdão embargado, mesmo porque a questão somente foi suscitada nestes embargos de declaração. 7 - Acrescente-se, ainda, que a matéria já foi apreciada em decisão do Corregedor-Geral desta Corte que, nos termos regimentais durante as férias coletivas dos Ministros, indeferiu o pedido de tutela de urgência da reclamante (fls. 529/531). 8 - Por outro lado, vale salientar que a documentação colacionada pela ora embargante se limita a relatório médico que atesta sua condição de saúde e a e-mail encaminhado por seu ex-marido, informando acerca de possível desligamento de seu plano de saúde como dependente (fls. 518/519). A parte não demonstra qualquer indício de que a empresa reclamada, de fato, conceda plano de saúde a seus empregados, de forma a gozar do benefício caso fosse reintegrada. 9 - A reclamante alega, ao tempo dos embargos de declaração, a existência de doença que justificaria o acolhimento do pedido sucessivo de reintegração para manter suposto plano de saúde, em lugar do pedido principal de indenização acolhido no acórdão embargado (dispensa discriminatória por não haver acomodação para gênero feminino em navio mercante em contrato de experiência em ação ajuizada em 2015). Porém, a situação de saúde da reclamante não foi alegada no recurso de revista e não se admitem os embargos de declaração para novo julgamento da matéria sem que tenha havido vício de procedimento no acórdão embargado. Cumpre notar que a própria reclamante alega que sua pretensão não seria propriamente voltar ao emprego (no qual foi discriminada), mas manter suposto plano de saúde. Ou seja, por todos os ângulos que se examine a questão, não há como ser deferida a pretensão da trabalhadora. 10 Embargos de declaração que se rejeitam. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA RECONHECIDA. REMUNERAÇÕES DEVIDAS DURANTE O AFASTAMENTO DA EMPREGADA. PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE A DATA DA DISPENSA DISCRIMINATÓRIA E A DATA DE PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA 1 - Não constatados os vícios de procedimento previstos nos arts. 1.022 do CPC de 2015 e 897-A da CLT. 2 - No caso, esta Turma entendeu que o termo final para o pagamento de indenização pelo período de afastamento da reclamante é a data da primeira decisão reconhecendo a dispensa discriminatória, ou seja, da sentença. Foram citados, inclusive, julgados desta Corte no mesmo sentido. 3 - Embargos de declaração que se rejeitam" (ED-RRAg-10553-78.2015.5.01.0018, 6ª Turma, Relatora Ministra Katia Magalhaes Arruda, DEJT 28/05/2021).

Assim, condeno a reclamada ao pagamento da remuneração devida (inclusive o valor reconhecido como de natureza salarial e integrado ao salário base relativo às "horas extras fixas"), em dobro e de forma indenizada, uma vez não prestados serviços no período, entre a dispensa do reclamante e publicação desta sentença.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Reconhecida a natureza discriminatória da dispensa ocorrida, é devida a indenização por danos morais pleiteada, pois o ato da reclamada encontra-se em dissonância aos preceitos fundamentais da República brasileira, em especial o objetivo fundamental de solidariedade (art. 3º da Constituição), considerando a dispensa por motivo espúrio em plena pandemia, além do desrespeito ao princípio básico da dignidade da pessoa humana, valor norteador de todo o Estado Democrático de Direito.

Declaro incidentalmente a inconstitucionalidade dos §§1º e 2º do art. 223-G, da CLT por ofensa ao princípio da igualdade inscrito no artigo 5º da Constituição da República, ao permitir que lesões extrapatrimoniais idênticas tenham indenização diferentes em decorrência da limitação relativa ao salário do trabalhador. A norma afronta a isonomia na medida em que a vítima tem sua indenização limitada e descumpre o preceito de que a indenização deve ser proporcional ao agravo (art. 5º V). 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.

RETIFICAÇÃO DA CTPS

Contado o período do aviso prévio a partir do dia 07/10/2020 na forma preconizada pela Súmula nº 380 do TST e na Lei nº 12.506/2011, a data de extinção do contrato de trabalho é 09/12/2020, computada a projeção do aviso prévio, a qual deverá constar na CTPS da reclamante, face ao disposto no artigo 487 da CLT, parágrafo 1º, combinado com o parágrafo 4º, ainda que indenizado o aviso prévio, consoante entendimento vertido na Orientação Jurisprudencial nº 82 da SDI-1 do TST.

Determino que a reclamada proceda à anotação da CTPS do autor, tanto em relação ao segundo contrato reconhecido (como maquinista, de 01/12 /20211 a 09/12/2020, em razão da projeção do aviso prévio, com o salário apontado na CCT aplicável à época a ser juntada pela reclamada em liquidação de sentença ou, na sua inércia, R\$1.516,00), como também a retificação do fim do contrato de trabalho que já era reconhecido em 09/12/2020. Para tanto, o reclamante deverá ser notificado para depositar o documento na Secretaria no prazo de 5 dias, sob pena de se considerar atendida a obrigação; após, a reclamada deverá ser notificada para proceder à anotação no prazo de 5 dias, sob pena de multa diária de R\$ 500,00, limitada a R\$ 5.000,00. Atingido o valor máximo da multa, proceda a Secretaria à anotação, sem prejuízo da cobrança da multa.

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.

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). 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, tendo em vista que se trata de norma mais específica acerca do tema.

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

Ressalto, desde já, que é entendimento desta magistrada que somente são devidos os honorários sucumbenciais pela parte autora quando há o julgamento de improcedência da integralidade do pedido. Assim sendo, em aplicação do princípio da causalidade de Chiovenda, sendo julgado o pedido parcialmente procedente não há falar honorários sucumbenciais devidos pela parte autora no tocante ao referido pedido.

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 10% sobre o valor dos pedidos julgados inteiramente improcedentes (todos os pedidos relativos à jornada, adicional de periculosidade). Todavia, considerando que o crédito trabalhista é um crédito superprivilegiado (art. 100 da Constituição Federal), e em aplicação do art. 83, I, da Lei n. 11.101, entendo que os honorários advocatícios devidos pela parte autora, quando beneficiária da justiça gratuita, somente podem ser cobrados caso existam valores a ela devidos, neste ou em outro processo, que sejam superiores ao valor de 150 salários mínimos, situação na qual, de fato, deixa de existir a situação de insuficiência de recursos como dispõe o art. 791-A da CLT, bem como a suspensão da exigibilidade. Ante a interpretação conforme a Constituição, não há falar em inconstitucionalidade do supracitado artigo.

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 10% sobre o valor líquido da condenação, sem dedução de recolhimentos previdenciários e fiscais (OJ n. 348 da SDI do TST).

No caso de restarem apurados valores irrisórios de honorários (assim entendidos valores inferiores a R\$ 500,00), fica assegurado ao advogado de cada parte o valor mínimo de R\$ 500,00 (art. 85, §8º, do CPC).

É vedada a compensação entre os honorários (§3º do art. 791-A).

JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

Decidiu, assim, o Supremo Tribunal Federal, nas ADC's nºs 58 e 59 e ADI's nºs 5.867 e 6.021:

6. Em relação à fase extrajudicial, ou seja, a que antecede o ajuizamento das ações trabalhistas, deverá ser utilizado como indexador o IPCA-E acumulado no período de janeiro a dezembro de 2000. A partir de janeiro de 2001, deverá ser utilizado o IPCA-E mensal (IPCA-15/IBGE), em razão da extinção da UFIR como indexador, nos termos do art. 29, § 3º, da MP 1.973-67/2000. Além da indexação, serão aplicados os juros legais (art. 39, caput, da Lei 8.177, de 1991).

7. Em relação à fase judicial, a atualização dos débitos judiciais deve ser efetuada pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, considerando que ela incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei 9.065/95; 84 da Lei 8.981/95; 39, § 4º, da Lei 9.250/95; 61, § 3º, da Lei 9.430/96; e 30 da Lei 10.522/02). A incidência de juros moratórios com base na variação da taxa SELIC não pode ser cumulada com a aplicação de outros índices de atualização monetária, cumulação que representaria bis in idem. (grifei)

Aplicável a correção monetária consoante o índice IPCA-E, mais juros legais, conforme decidido pelo STF, nos termos do art. 39, caput, da Lei n. 8.177 (TR na qualidade de juros, portanto), devendo ser considerada a época própria para o adimplemento das obrigações, nos termos do art. 459, §1º da CLT. A partir ajuizamento, os débitos devem ser atualizados conforme a SELIC, índice que abrange os juros e a correção monetária. Sublinho que tanto juros como correção monetária são pedidos implícitos (art. 322, §1º do CPC).

O índice SELIC também é aplicável em relação aos honorários sucumbenciais, devendo ser considerado o valor da causa corrigido, no caso de improcedência; o valor indicado ao pedido na petição inicial e corrigido, no caso de sucumbência recíproca, em relação ao valor devido pelo reclamante; ou o montante da condenação corrigido, no caso dos honorários sucumbenciais devidos pela(s) reclamada(s) sucumbente(s).

Honorários advocatícios sucumbenciais indicados na petição inicial ou objeto de condenação não fazem parte da base de cálculo dos honorários advocatícios sucumbenciais devidos à parte contrária.

Quanto à indenização por danos morais, torna-se inaplicável, em razão do entendimento fixado pelo STF, a Súmula n. 439 do Tribunal Superior do Trabalho. Considerando que o índice fixado pelo Supremo abarca tanto a correção monetária como os juros, torna-se necessária a realização de distinção da regra geral estipulada pelo próprio Supremo, uma vez que a jurisprudência, tanto trabalhista quanto da Justiça Comum, é pacífica no sentido de que a correção monetária relativa à indenização por danos morais somente é devida a partir do arbitramento. Assim sendo, e considerando que se está diante de responsabilidade contratual e que, portanto, os juros são devidos a partir do ajuizamento (art. 405 do Código Civil), tendo em vista que, no processo do trabalho, a notificação inicial é ato de Secretaria, são devidos juros de mora de 1% (aplicação analógica do art. 600 da CLT e art. 170, parágrafo único, do CTN) desde o ajuizamento até a data da publicação da sentença, ocasião na qual, em razão do arbitramento por parte do Poder Judiciário, passa a ser aplicável o índice SELIC, abarcando os juros e a correção monetária. (STJ, AResp 2533029-21.2012.8.13.0024).

Indevido imposto de renda sobre o valor referente à SELIC, tendo em vista que o referido índice engloba duas grandezas distintas - juros e correção monetária. Tendo em vista que a correção monetária tem como intuito apenas a reposição do valor perdido em razão da inflação, não se está diante de “nova riqueza” capaz de atrair o imposto de renda. No mais, o STJ já decidiu no Recurso Repetitivo n. 1227133/RS que "não incide imposto de renda sobre os juros moratórios legais em decorrência de sua natureza e função indenizatória ampla".

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Considerando o dever de esclarecimento do magistrado, sublinho que os embargos de declaração somente devem ser opostos caso haja erro material, omissão, obscuridade ou contradição intrínseca à decisão exarada (art. 1.022 do Código de Processo Civil).

Assim sendo, a suposta contradição quanto às provas dos autos não é motivo para a oposição de embargos de declaração, uma vez que se trata de análise da prova e, portanto, entendimento jurisdicional exarado por esta Magistrada. Neste caso, deve a decisão ser atacada via recurso ordinário.

Ainda, não são cabíveis embargos de declaração para a discussão de pressupostos de admissibilidade de recurso que sequer foi interposto.

Por fim, os embargos declaratórios não têm função de prequestionamento quando o recurso cabível não possui natureza extraordinária. Logo, não são cabíveis embargos declaratórios para esta finalidade neste momento processual.

A oposição de embargos de declaração manifestamente incabíveis serão causa de aplicação da multa contida no art. 1.026, §2º, do Código de Processo Civil, sejam opostos pelo reclamante, sejam opostos pela reclamada, ante o atraso da marcha processual de forma desnecessária. Ainda, por se tratar de multa de natureza processual, ressalto que o eventual deferimento da gratuidade da justiça não impede a execução da referida multa.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, rejeito a preliminar de impugnação ao valor da causa; no mérito, pronuncio a prescrição das parcelas vencidas antes de 27/11/2015; e julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação movida por _____, a quem concedo a gratuidade da justiça, em face de RADIO E TELEVISAO BANDEIRANTES S.A. para, observados os critérios expendidos na fundamentação, reconhecer um segundo contrato de trabalho havido de 01/12/2011 (momento em que passou a atuar como contrarregra) a 07/10/2020, na

função de maquinista, conforme pedido. Quanto ao salário, deve ser considerado o salário base indicado na Convenção Coletiva à época (cabera à reclamada a sua juntada em liquidação de sentença, a fim de viabilizar o cálculo, sob pena de ser considerado o valor apontado pelo autor de R\$1.516,00 mensais; e condenar a reclamada a pagar à parte reclamante:

a) férias em dobro de 2013/2014 (considerado o fim do período concessivo para fins de prescrição), 2014/2015, 2015/2016, 2016/2017, 2017/2018 (art. 137 da CLT), férias simples de 2018/2019 e 10/12 de férias proporcionais, todas com 1/3 constitucional; 13^{os} salários de 2015, 2016, 2017, 2018, 2019 e 9/12 proporcionais de 2020, relativas ao contrato de trabalho reconhecido;

b) depósitos de FGTS devidos ao longo de tal contrato de trabalho, bem como tomando por base as parcelas de natureza salarial deferidas na presente decisão, além do pagamento da indenização compensatória de 40% do FGTS, conforme entendimentos firmados pelo TST na Súmula n. 305 e Orientação Jurisprudencial n. 42, item II da SDI-1, relativos ao segundo contrato de trabalho reconhecido;

c) reflexos das parcelas denominadas “horas extras fixas” em 13^{os} salários, férias com 1/3 constitucional, aviso prévio, FGTS, indenização de 40%, adicional noturno, horas extras e quinquênios em decorrência de sua integração ao salário base do autor;

d) salários relativos ao valor suprimido a título de “horas extras fixas” a partir de março de 2020, até o final do contrato de trabalho, com reflexos em 13^{os} salários, férias com 1/3 constitucional, aviso prévio, FGTS, indenização de 40%, adicional noturno, horas extras e quinquênios;

e) horas extras referentes à supressão do intervalo intrajornada nos dias em que laborou mais de 13h e usufruiu menos de 1h15, com adicional constitucional de 50% apuradas conforme registros de horário e intervalo fixado, considerando a globalidade salarial (Súmula n. 264 do TST, inclusive a parcela de natureza salarial reconhecida referente às “horas extras fixas”), divisor 220, e reflexos em aviso prévio, descanso semanal remunerado, 13^{os} salários, férias com 1/3 constitucional, FGTS, indenização compensatória

f) remuneração devida (inclusive o valor reconhecido como de natureza salarial e integrado ao salário base relativo às “horas extras fixas”), em dobro e de forma indenizada, uma vez não prestados serviços no período, entre a dispensa do reclamante e publicação desta sentença;

g) R\$ 10.000,00 a título de indenização por danos morais.

Determino que a reclamada proceda à anotação da CTPS do autor, tanto em relação ao segundo contrato reconhecido (como maquinista, de 01/12/2011 a 09/12/2020, em razão da projeção do aviso prévio, com o salário apontado na CCT aplicável à época a ser juntada pela reclamada em liquidação de sentença ou, na sua inércia, R\$1.516,00), como também a retificação do fim do contrato de trabalho que já era reconhecido em 09/12/2020. Para tanto, o reclamante deverá ser notificado para depositar o documento na Secretaria no prazo de 5 dias, sob pena de se considerar atendida a obrigação; após, a reclamada deverá ser notificada para proceder à anotação no prazo de 5 dias, sob pena de multa diária de R\$ 500,00, limitada a R\$ 5.000,00. Atingido o valor máximo da multa, proceda a Secretaria à anotação, sem prejuízo da cobrança da multa.

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

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

Juros e correção monetária nos termos da fundamentação.

O valor dos pedidos apontado na petição inicial não limita a condenação, conforme dispõe o art. 12, §2º da Instrução Normativa n. 41 do TST, desde que haja ressalva na petição inicial de que o valor apontado é estimado.

Valores devidos a título de FGTS deverão ser depositados na conta vinculada do autor com posterior liberação via alvará no caso de dispensa imotivada ou rescisão indireta, nos termos do art. 26 da Lei 8.036.

Determino a dedução dos valores comprovadamente pagos sob idênticos títulos.

A responsabilidade pelos recolhimentos previdenciários e fiscais é do empregador, sem eximir a responsabilidade do empregado pelo imposto de renda eventualmente devido e sobre sua quota-parte no tocante à contribuição previdenciária (item II da Súmula n. 368 do TST).

Inaplicável a vantagem instituída pela Lei n. 12.546, a qual se refere ao pagamento espontâneo e temporâneo das

contribuições previdenciárias devidas. No caso, considerando que as contribuições decorrem de condenação imposta em juízo, aplica-se o regramento previsto pela Lei n. 8.212.

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). Os créditos previdenciários seguem o art. 61 da Lei n. 9.430 e art. 35 da Lei n. 8.212 (SELIC), sendo considerado como “fato gerador” o disposto na Súmula n. 368, IV e V, do TST.

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. Imposto de renda sobre a SELIC na forma da fundamentação.

Expeça-se requisição para o pagamento dos honorários periciais, no limite máximo pago pelo E. TRT, R\$ 500,00.

Custas de R\$ 1.800,00, calculadas sobre o valor de R\$ 90.000,00, provisoriamente arbitrado à condenação, pela(s) reclamada(s) sucumbente(s).

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

SAO PAULO/SP, 13 de agosto de 2021.

CAMILA COSTA KOERICH
Juiz(a) do Trabalho Substituto(a)



Assinado eletronicamente por: CAMILA COSTA KOERICH - Juntado em: 13/08/2021 10:19:53 - 1fcef83
<https://pje.trt2.jus.br/pjekz/validacao/21080518514828400000224482193?instancia=1>
Número do processo: 1001265-11.2020.5.02.0043
Número do documento: 21080518514828400000224482193