



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

Ação Trabalhista - Rito Ordinário 1000999-32.2021.5.02.0708

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 20/08/2021

Valor da causa: R\$ 646.300,00

Partes:

RECLAMANTE: -----

ADVOGADO: MANUELA TORTUL PEREIRA

RECLAMADO: -----

ADVOGADO: CARLOS FERNANDO DE SIQUEIRA CASTRO

PAGINA_CAPA_PROCESSO_PJE

ADVOGADO: RAQUEL NASSIF MACHADO PANEQUE

PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA DO TRABALHO

PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO

8ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO - ZONA SUL

ATOrd 1000999-32.2021.5.02.0708

RECLAMANTE: ----- RECLAMADO: -----



8ª Vara do Trabalho de São Paulo – Zona Sul

ATOrd 1000999-32.2021.5.02.0708

SENTENÇA

RELATÓRIO

----- ajuizou Reclamação Trabalhista, distribuída em 20/08/2021, em face de -----, todos qualificados. Aduz que a admissão ocorreu em 05/04/1995 e a saída em 11/03/2021, tendo exercido a função de vendedora, sendo seu último salário no importe de R\$ 1.700,00. Postula o pagamento de horas extras, intervalo intrajornada, intervalo interjornada, adicional noturno, domingos, feriados, intervalo do art. 384 da CLT, comissões, estabilidade, indenização por danos morais e materiais. Atribui à causa o valor de R\$ 646.300,00. Junta documentos.

Notificadas, as partes compareceram à audiência una, na qual restaram inconciliadas.

A parte ré apresenta defesa escrita. Argui prejudicial de mérito de prescrição quinquenal. No mérito, impugna os pedidos com os argumentos ali expostos. Junta documentos.

Réplica escrita.

Em prosseguimento, foram ouvidas as partes e inquirida a testemunha. Após, foi encerrada a instrução processual.

Razões finais escritas.

Conciliação rejeitada.

É o relatório. Decide-se.

FUNDAMENTAÇÃO

PREScrição QUINQUENAL

Arguida a tempo e modo e, considerando que a parte autora foi admitida em 05/04/1995 e propôs a ação em 20/08/2021, pronuncio a prescrição quinquenal (art. 7º, XXIX, CF). A prescrição da pretensão relativa às parcelas remuneratórias alcança o respectivo recolhimento da contribuição para o FGTS (Súmula 206/TST).

Assim, ficam extintos, com resolução de mérito, os créditos anteriores a 20/08/2016 (art. 487, II, CPC).

ESTABILIDADE DA LEI Nº 14.020/2020

A parte autora sustenta que o seu contrato de trabalho foi suspenso e reduzida a jornada por 180 dias, mas foi dispensada em 11/03/2021, enquanto ainda estava em vigor a estabilidade provisória prevista na Lei nº 14.020 /2020. Postula o pagamento de indenização no valor de 100% do salário.

A parte ré alega que a última suspensão contratual durou 60

dias de 21/09/2020 a 20/11/2020, com estabilidade até 21/01/2021. Postula a improcedência do pedido.

À análise.

Sobre a estabilidade provisória, o art. 10, da Lei nº 14.020/2020 prevê:

"Art. 10. Fica reconhecida a garantia provisória no emprego ao empregado que receber o Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, previsto no art. 5º desta Lei, em decorrência da redução da jornada de trabalho e do salário ou da suspensão temporária do contrato de trabalho de que trata esta Lei, nos seguintes termos:

I - durante o período acordado de redução da jornada de trabalho e do salário ou de suspensão temporária do contrato de trabalho;

II - após o restabelecimento da jornada de trabalho e do salário ou do encerramento da suspensão temporária do contrato de trabalho, por período equivalente ao acordado para a redução ou a suspensão; e

(...)

§ 1º A dispensa sem justa causa que ocorrer durante o período de garantia provisória no emprego previsto no caput deste artigo sujeitará o empregador ao pagamento, além das parcelas rescisórias previstas na legislação em vigor, de indenização no valor de:

I - 50% (cinquenta por cento) do salário a que o empregado teria direito no período de garantia provisória no emprego, na hipótese de redução de jornada de trabalho e de salário igual ou superior a 25% (vinte e cinco por cento) e inferior a 50% (cinquenta por cento);

II - 75% (setenta e cinco por cento) do salário a que o empregado teria direito no período de garantia provisória no emprego, na hipótese de redução de jornada de trabalho e de salário igual ou superior a 50% (cinquenta por cento) e inferior a 70% (setenta por cento); ou

III - 100% (cem por cento) do salário a que o empregado teria direito no período de garantia provisória no emprego, nas hipóteses de redução de jornada de trabalho e de salário em percentual igual ou superior a 70% (setenta por cento) ou de suspensão temporária do contrato de trabalho."

No caso, da análise da ficha da empregada (ID. 7b965ef - Pág. 2),

verifica-se a suspensão do contrato de trabalho nos períodos de 23/04/2020 a 23/05 /2020, 23/05/2020 a 22/06/2020, 12/08/2020 a 11/09/2020 e 21/09/2020 a 20/11/2020.

Porém, os últimos dois períodos foram intercalados com dias de labor, devendo ser considerado o período de 21/09/2020 a 20/11/2020 para fins de estabilidade, uma vez que o dispositivo estabelece que o início da garantia se dá com “ o restabelecimento da jornada de trabalho e do salário”.

Assim, era assegurada estabilidade a partir do retorno em 21/11 /2020 a 21/01/2021 e a dispensa ocorreu em 11/03/2021, conforme TRCT ID. d589ec4.

Dessa forma, não tendo a dispensa da parte autora ocorrido durante a fluência da garantia provisória, julgo improcedente o pedido.

COMISSÕES

A parte autora sustenta que recebia comissão de 1% ou 2% a depender dos produtos vendidos, bem como uma comissão maior que variava de 10% a 40% de acordo com a superação das metas, mas a Reclamada alterava a meta poucos dias antes do fechamento do mês. Aduz ainda que as comissões não incidiam sobre a venda a prazo com juros, mas apenas sobre o valor à vista. Postula o pagamento das diferenças das comissões, com reflexos em DSR, 13º salário, férias com 1/3, aviso prévio e FGTS com multa de 40%.

A parte ré alega que as comissões incidiam sobre a venda faturada quando o pagamento e a entrega são realizados, bem como argumenta que as comissões incidem sobre o valor da nota fiscal e que o prêmio de estímulo é uma meta global da unidade distribuída entre os vendedores de forma proporcional.
Postula a improcedência dos pedidos.

À análise.

Salário é o conjunto de parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em função do contrato de trabalho. É composto pelo salário básico, importância fixa, acrescida de gratificações e comissões (art. 457, §1º, CLT).

As comissões, por sua vez, são parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em decorrência de uma produção alcançada pelo obreiro.

As parcelas salariais são dotadas do denominado efeito expansionista circular, que consiste na aptidão de produzir repercussões sobre outras parcelas.

No caso, a testemunha da Reclamante confirmou a distribuição das metas entre os empregados: “que as metas eram distribuídas durante o mês, mas

no final do mês faziam uma redistribuição de valores das metas de funcionários de licença, férias, etc para os demais funcionários que ficavam; que essas alterações prejudicavam o atingimento das metas pela reclamante;”.

Dessa forma, considero que a política de meta global está inserida no poder potestativo do empregador e as suas regras eram de ciência dos funcionários, conforme a norma interna da empresa (ID. 8545b6a).

Em relação à base de cálculo das comissões, verifica-se que consta no contrato de trabalho: “a) o valor das comissões tem como base de cálculo o valor da Nota Fiscal ou Cupom Fiscal da venda realizada. (...) c) não é paga comissão

sobre o valor dos juros e encargos do financiamento por meio de crediário.”. Assim, não houve alteração contratual lesiva com redução salarial para justificar o pagamento de eventuais diferenças das comissões (art. 468 da CLT).

Ante o exposto, julgo improcedentes os pedidos.

HORAS EXTRAS, INTERVALO INTRAJORNADA E INTERVALO INTERJORNADA

A parte autora sustenta que trabalhava nas seguintes jornadas:

- segunda a sábado, das 11h às 21h, com 30 minutos de intervalo, mas duas vezes na semana antecipava para as 10h e uma vez na semana prorrogava até as 21h30.

- domingos e feriados: das 08h15 às 19h, com 30 minutos de intervalo.

- meses de dezembro: das 08h às 22h30, com 30 minutos de intervalo, uma vez por mês iniciava às 06h, duas vezes no mês iniciava às 07h30.

- Black Friday (último final de semana de novembro de cada ano), salões e feirões (duas vezes no ano): sexta e sábado, das 05h às 22h30, com 30 minutos de intervalo e domingos, das 08h às 20h30, com 30 minutos de intervalo.

- semana que antecede datas comemorativas: das 08h às 22h, com 30 minutos de intervalo.

Postula o pagamento das horas extras, intervalo intrajornada e intervalo interjornada, com reflexos em DSR, 13º salário, férias com 1/3, aviso prévio e FGTS com multa de 40%.

A parte ré impugna a jornada descrita na inicial e alega que

havia sistema de compensação e banco de horas. Postula a aplicação da súmula 340 do TST por ser comissionista puro.

À análise.

A parte ré colaciona cartões de ponto com registros variáveis de entrada, intervalo e saída (ID. 7a74d66), razão pela qual incumbia à parte autora o ônus de infirmar a veracidade dos apontamentos (S338/TST).

Nesse sentido, a testemunha autoral, a qual trabalhou em período coincidente, relatou: “que a reclamante batia ponto; que o registro de ponto não refletia a real jornada praticada; que a reclamante entrava por volta de 10h30/11h e ia até o fechamento, por volta das 21h; que a reclamante tinha apenas 30min de intervalo; que em dezembro os horários eram diferentes, chegando por volta das 9h e indo até o fechamento; que havia inventário uma vez por mês, com a participação da reclamante , iniciando-se por volta das 6h; que as reuniões eram diárias – durante o expediente - e uma vez na semana (geralmente às sextas) ocorriam após o expediente, por volta de 21h30; que na black friday a reclamante chegava por volta de 6h/6h30, indo até 22h/22h30; que havia cerca de seis salões/ano, com a participação da reclamante, ocasião em que esta chegava às 9h e ia até as 22h /22h30; (...) que a reclamante no período que antecedia o registro de ponto da entrada, fazia a limpeza e cartazeamento; que no labor após o registro de ponto na saída, continuava atuando nas vendas;”.

Por sua vez, a Reclamada não produziu prova testemunhal sobre o pleito.

Dessa forma, considero que a Reclamante se desincumbiu do seu ônus probatório e tenho como inválidos os registros de entrada, intervalo e saída nos cartões de ponto.

Assim, em cotejo com os depoimentos em audiência, fixo a jornada nos seguintes termos:

- segunda a sábado, das 11h às 21h, com 30 minutos de intervalo, mas uma vez na semana prorrogava até as 21h30 (reunião na sexta).
- meses de dezembro: das 09h às 21h, com 30 minutos de intervalo.
- Black friday (último final de semana de novembro de cada ano): das 06h30 às 22h, com 30 minutos de intervalo.
- salões e feirões (duas vezes no ano): sexta e sábado, das 09h às 22h, com 30 minutos de intervalo.

Ademais, ressalto que a Autora era comissionista pura,

conforme contrato de trabalho ID. b8b098d e os contracheques colacionados pela parte ré (ID. ee57846), sendo devida aplicação da Súmula 340 do TST apenas ao labor após o registro da saída, uma vez que ainda ficava vendendo, consoante descrito pela sua testemunha. No período de labor que antecedia o registro de ponto de entrada, a Autora desempenhava tarefas outras que não a venda, razão pela qual inaplicável a Súmula 340.

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido para determinar o pagamento das horas trabalhadas acima da 8^a diária e 44^a semanal, de forma não cumulativa, no período de 20/08/2016 a 11/03/2021, observada a jornada fixada, os dias efetivamente trabalhados, a evolução salarial, a Súmula 340/TST para o labor posterior aos registros de saída, a Súmula 264/TST, o divisor 220 e o adicional de 50%.

Ante a habitualidade, procedem reflexos sobre aviso prévio, férias e adicional de 1/3, 13º salário, FGTS com multa de 40%, além do repouso semanal remunerado.

Tratando-se contrato firmado anteriormente à Reforma Trabalhista e rescindido após a vigência desta, é necessária breve análise relativa ao direito intertemporal.

Filio-me ao entendimento segundo o qual a lei trabalhista heterônoma tem aderência limitada ao contrato de trabalho, aplicando-se aos contratos apenas enquanto vigente. Assim, como o contrato de trabalho fixa uma obrigação de trato sucessivo, que se renova no tempo, a lei nova teria aplicação imediata aos contratos em curso, passando a reger seus efeitos a partir de então (artigos 2035 do CC e 912 da CLT). Esse preceito geral, contudo, encontra alguns limites. Em primeiro lugar, a validade do negócio jurídico deve ser aferida consoante a lei do momento de sua celebração, nos termos dos artigos 104, II, 166, II, 169 e 2035, caput, CC, não podendo lei nova retroagir para convalidar vícios na constituição do negócio jurídico. Além disso, a aplicação imediata também encontra limite na irredutibilidade salarial, preceito fixado no art. 7º, VI, CF, segundo o qual só se admite a redução do salário por meio de negociação coletiva. Nesse sentido, a lei nova que implique a redução salarial não poderá ser aplicada aos contratos em curso.

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido, para determinar o pagamento de 1h de intervalo intrajornada, de 20/08/2016 a 10/11/2017, e de 30min de intervalo intrajornada, de 11/11/2017 a 11/03/2021, observados a jornada fixada, os dias efetivamente trabalhados, a evolução salarial, a Súmula 340/TST , a Súmula 264/TST, o divisor 220 e o adicional de 50%.

Interpretando sistematicamente o art. 71, §4º, com o art. 457, caput, da CLT, entendo que a parcela que remunera o labor no período que seria destinado ao repouso e à alimentação, possui natureza contraprestativa, integrando a remuneração do empregado. Nesse contexto, defiro reflexos do intervalo intrajornada sobre aviso prévio, férias e adicional de 1/3, 13º salário, FGTS com multa de 40%, além do repouso semanal remunerado.

Diante da jornada acima fixada, constata-se que não havia o intervalo mínimo de 11h entre o término de uma jornada e começo da outra nos períodos de Black friday (art. 66, CLT), razão pela qual julgo parcialmente procedente o pedido para determinar o pagamento de 2h30 de intervalo interjornadas, no período de 20/08/2016 a 11/03/2021, observados a jornada fixada, os dias efetivamente trabalhados, a evolução salarial, a Súmula 340/TST, a Súmula

264/TST, o divisor 220 e o adicional de 50%. Dada a natureza indenizatória da parcela, não procedem reflexos (arts. 66 e 71, §4º, CLT).

INTERVALO DO ART. 384 DA CLT

A parte autora sustenta que não era concedido o intervalo de 15 minutos do art. 384 da CLT quando prestava horas extras. Postula o pagamento do intervalo, com reflexos em DSR, 13º salário, férias com 1/3, aviso prévio e FGTS com multa de 40%.

A parte ré alega que não há amparo legal para pedido de pagamento de hora extra pela supressão do intervalo e que a norma não foi recepcionada pela CF/88. Postula a improcedência do pedido.

À análise.

Tratando-se contrato firmado anteriormente à Reforma Trabalhista e rescindido após a vigência desta, é necessária breve análise relativa ao direito intertemporal.

Filio-me ao entendimento segundo o qual a lei trabalhista heterônoma tem aderência limitada ao contrato de trabalho, aplicando-se aos contratos apenas enquanto vigente. Assim, como o contrato de trabalho fixa uma obrigação de trato sucessivo, que se renova no tempo, a lei nova teria aplicação imediata aos contratos em curso, passando a reger seus efeitos a partir de então (artigos 2035 do CC e 912 da CLT). Esse preceito geral, contudo, encontra alguns limites. Em primeiro lugar, a validade do negócio jurídico deve ser aferida consoante a lei do momento de sua celebração, nos termos dos artigos 104, II, 166, II, 169 e 2035, caput, CC, não podendo lei nova retroagir para convalidar vícios na constituição do negócio jurídico. Além disso, a aplicação imediata também encontra limite na irredutibilidade salarial, preceito fixado no art. 7º, VI, CF, segundo o qual só se admite a redução do salário por meio de negociação coletiva. Nesse sentido, a lei nova que implique a redução salarial não poderá ser aplicada aos contratos em curso.

Até a vigência da Reforma Trabalhista, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do IIN-RR-1540/2005-046-12-00, entendia que o artigo 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, conforme a seguinte decisão:

MULHER INTERVALO DE 15 MINUTOS ANTES DE LABOR EM SOBREJORNADA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 384 DA

CLT EM FACE DO ART. 5º, I, DA CF. 1. O art. 384 da CLT impõe intervalo de 15 minutos antes de se começar a prestação de horas extras pela trabalhadora mulher. Pretende-se sua não recepção pela Constituição Federal, dada a plena igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres decantada pela Carta Política de 1988 (art. 5º, I), como conquista feminina no campo jurídico. 2. A igualdade jurídica e intelectual entre homens e mulheres não afasta a natural diferenciação fisiológica e psicológica dos sexos, não escapando ao senso comum a patente diferença de complexão física entre homens e mulheres. Analisando o art. 384 da CLT em seu contexto, verifica-se que se trata de norma legal inserida no capítulo que cuida da proteção do trabalho da mulher e que, versando sobre intervalo intrajornada, possui

natureza de norma afeta à medicina e segurança do trabalho, infensa à negociação coletiva, dada a sua indisponibilidade (cfr. Orientação Jurisprudencial 342 da SBDI-1 do TST). 3. O maior desgaste natural da mulher trabalhadora não foi desconsiderado pelo Constituinte de 1988, que garantiu diferentes condições para a obtenção da aposentadoria, com menos idade e tempo de contribuição previdenciária para as mulheres (CF, art. 201, § 7º, I e II). A própria diferenciação temporal da licença-maternidade e paternidade (CF, art. 7º, XVIII e XIX; ADCT, art. 10, § 1º) deixa claro que o desgaste físico efetivo é da maternidade. A praxe generalizada, ademais, é a de se postergar o gozo da licença-maternidade para depois do parto, o que leva a mulher, nos meses finais da gestação, a um desgaste físico cada vez maior, o que justifica o tratamento diferenciado em termos de jornada de trabalho e período de descanso. 4. Não é demais lembrar que as mulheres que trabalham fora do lar estão sujeitas a dupla jornada de trabalho, pois ainda realizam as atividades domésticas quando retornam a casa. Por mais que se dividam as tarefas domésticas entre o casal, o peso maior da administração da casa e da educação dos filhos acaba recaíndo sobre a mulher. 5. Nesse diapasão, levando-se em consideração a máxima albergada pelo princípio da isonomia, de tratar desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades, ao ônus da dupla missão, familiar e profissional, que desempenha a mulher trabalhadora corresponde o bônus da jubilação antecipada e da concessão de vantagens específicas, em função de suas circunstâncias próprias, como é o caso do intervalo de 15 minutos antes de iniciar uma jornada extraordinária, sendo de se rejeitar a pretensa constitucionalidade do art. 384 da CLT. Incidente de constitucionalidade em recurso de revista rejeitado. (TST-IIN-RR-1540/2005-046-12-00, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, DJ 13/2/2009)

Assim, a manutenção do artigo 384 da CLT decorria não somente de aspecto fisiológico, mas também da desigualdade verificada, no seio da sociedade, entre homens e mulheres, notadamente pelos afazeres de que se encarregam e que dividem no meio social e no seio da família.

Não se deve esquecer que a mulher trabalhadora, no cenário social brasileiro, continua com dupla jornada, a acarretar-lhe maior dificuldade no desenvolvimento dos encargos que se lhe atribuem.

A respeito, cito mais precedentes da SBDI-1/TST:

“RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. INTERVALO DE 15 MINUTOS PARA DESCANSO DA MULHER. ART 384 DA CLT. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Acórdão embargado em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior que, por meio de seu Tribunal Pleno, ao julgamento do IIN-RR-1540/2005-046-12-00, em 17.11.2008, concluiu que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Recurso de embargos conhecido e desprovido.” (TST-E-RR-31800-47.2009.5.04.0017, Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 17/10/2014)

“RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI Nº 11.496/2007. INTERVALO PREVISTO NO ARTIGO 384 DA CLT PARA

MULHERES ANTES DO LABOR EM SOBREJORNADA.

CONSTITUCIONALIDADE. O debate acerca da constitucionalidade do artigo 384 da CLT já não suscita discussão no âmbito desta Corte, que, por intermédio do julgamento do TST -IIN - RR-1.540/2005-046-12-00.5, ocorrido na sessão do Tribunal Pleno no dia 17/11/2008, decidiu que o artigo 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal. Homens e mulheres, embora iguais em direitos e obrigações, diferenciam-se em alguns pontos, a exemplo do aspecto fisiológico, merecendo, assim, a mulher um tratamento diferenciado quando o trabalho lhe exige um desgaste físico maior, como nas ocasiões em que presta horas extras, motivo por que são devidas como extras as horas decorrentes da não concessão do intervalo previsto no artigo 384 da CLT. Embargos conhecidos e desprovidos. (...)" (TST-E-ED-RR-294820013.2007.5.09.0016, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 11/4/2014)

Nesse contexto, a não concessão do intervalo previsto no artigo 384 da CLT não importa mera infração administrativa, mas sim o pagamento de horas extras correspondentes àquele período, uma vez que se trata de medida de higiene, saúde e segurança do trabalhador (artigo 7º, XXII, da Constituição Federal). Neste sentido, o seguinte precedente da SBDI-1:

(...) EMBARGOS.INTERVALO PARA AMULHER . ARTIGO 384 DA CLT. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO PROVIMENTO. 1. Por disciplina judiciária, curvo-me ao entendimento do Tribunal Pleno desta Corte Superior que, reconhecendo a constitucionalidade do artigo 384 da CLT, que trata do intervalo de 15 (quinze) minutos garantido às mulheres trabalhadoras antes da prestação de horas extraordinárias, concluiu que a concessão de condições especiais à trabalhadora do sexo feminino não fere o princípio da igualdade entre homens e mulheres, tal como assegurado no artigo 5º, I, da Constituição Federal. 2. Irretocável, pois, o acórdão ora embargado, no que reconheceu a ocorrência de afronta ao artigo 384 da CLT e, com base nela, acresceu à condenação da reclamada opagamento de horas extraordinárias em função da não concessão à reclamante do intervalo para descanso nele assegurado, com os reflexos daí decorrentes. 3. Recurso de embargos conhecido e não provido, no particular. (E-RR-107300-38.2008.5.04.0023, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 22/08/2014)

Contudo, a Lei 13.467/2017 revogou o art. 384 da CLT, razão pela qual este deixou de ter incidência sobre os contratos de trabalho em curso.

No caso, da análise dos cartões de ponto é possível verificar a prática de horas extras em diversos dias (ID. 7a74d66).

Ante o exposto e incontroversa a não concessão do intervalo, julgo procedente o pedido para determinar o pagamento de 15min de intervalo do art. 384 da CLT, por dia em que extrapolada a jornada normal de trabalho, no período de 20 /08/2016 a 10/11/2017, observados os cartões de ponto, a evolução salarial, a Súmula 340/TST, a Súmula 264/TST, o divisor 220 e o adicional de 50%. Ante a habitualidade, procedem reflexos sobre aviso prévio, férias e adicional de 1/3, 13º salário, FGTS e multa de 40%, além do repouso semanal remunerado.

DOMINGOS E FERIADOS

A parte autora sustenta que trabalhava três domingos no mês e em todos os feriados. Postula o pagamento em dobro dos domingos e feriados laborados, com reflexos em 13º salário, férias com 1/3, aviso prévio e FGTS com multa de 40%.

A parte ré alega que era concedida folga compensatória ou pago em dobro. Postula a improcedência do pedido.

À análise.

No caso, a testemunha da Autora afirmou: “que a reclamante trabalhava em domingos e feriados, mediante escala, registrando o ponto, embora com horário diverso do realmente praticado;”.

No caso, da análise dos contracheques colacionados pela parte ré (ID. ee57846), verifica-se o pagamento de horas extras com adicional de 100% e a parte autora não indicou eventuais diferenças devidas em sede de réplica (ID. fbcdcaa).

Ademais, a Reclamante não se desincumbiu do ônus de provar que não era concedida folga compensatória.

Ante o exposto, julgo improcedentes os pedidos.

ADICIONAL NOTURNO

A parte autora postula o pagamento do adicional noturno nos dias que laborou na Black Friday, salões, feirões e meses de dezembro, com reflexos em DSR, 13º salário, férias com 1/3, aviso prévio e FGTS com multa de 40%.

A parte ré alega que o adicional foi devidamente pago quando havia labor noturno. Postula a improcedência do pedido.

À análise.

No caso, consoante jornada fixada em tópico anterior, não houve labor noturno nos períodos de black Friday, salões, feirões e meses de dezembro, razão pela qual julgo improcedente o pedido.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS

A parte autora pleiteia o pagamento de indenização por danos morais e materiais pelas situações vexatórias e humilhantes, como a pressão para fazer venda casada, ameaça de transferência para setor menos rentável e a ociosidade forçada.

A parte ré impugna os pedidos.

À análise.

Inicialmente, entendo que não comprovada a pressão para que fosse realizada venda casada, posto que embora a testemunha obreira tenha dito “que havia orientação para que toda venda tivesse venda de serviços junto”, tal fato por si só não significa houvesse pressão ou determinação expressa para que fosse imposta ao consumidor a aquisição de dois produtos.

Tampouco foi comprovada a cobrança abusiva de metas, tendo em vista que a testemunha obreira apenas relatou a possibilidade de transferência de setor caso não fosse atingida a meta de financiados. De todo modo, a Autora informou “que batia as metas de uma a duas vezes ao ano”, sendo certo que não restou evidenciada a aplicação de qualquer penalidade ou mudança de setor em retaliação. Passo à análise da alegada ociosidade forçada.

Discriminação é a conduta, fundada em critério injustamente desqualificante, que tenha por efeito a desigualdade de oportunidades e tratamento. A temática está intrinsecamente relacionada ao direito à igualdade.

Em sua acepção formal, a igualdade perante a lei é o alicerce da sociedade moderna, insere-se na primeira dimensão dos direitos humanos e demanda abstenção (não discriminar). Em sentido material, insere-se na segunda dimensão dos direitos humanos e demanda prestação positiva, assegurando igualdade de condições de autorrealização e autodeterminação.

A eliminação da discriminação em matéria de emprego é objetivo prioritário da OIT (Declaração da OIT), estando assegurado em diversos diplomas internacionais (arts. 1º, DUDH; 2º e 3º, PIDESC; 1º, CADH; 3º, Protocolo de São Salvador).

No Brasil, a isonomia é constitucionalmente assegurada e possui, segundo a Suprema Corte, eficácia vertical, oponível ao Estado, e horizontal, devendo ser observada no âmbito das relações privadas. Em matéria laboral, o ordenamento brasileiro veda práticas discriminatórias e limitativas para efeito de acesso, manutenção e promoção no trabalho (arts. 3º, p.u., 5º, 373-A e 461, CLT, Lei 9.029/99 e art. 27 do Estatuto do Idoso).

Tal aparato normativo, no entanto, resvala em estereótipos, ou seja, “pré-compreensões generalizadas sobre atributos ou características que membros de um determinado grupo têm, ou sobre os papéis que desempenham ou devem desempenhar, pela simples razão de fazerem parte desse grupo em particular, independentemente de suas características individuais”[1].

Nesse sentido, às pessoas idosas, assim consideradas aquelas

com idade igual ou superior a sessenta anos (art. 1º, Estatuto do Idoso) – caso da Reclamante, sobretudo às mulheres de idade avançada (interseccionalidade entre a questão etária e a de gênero), é atribuído o estereótipo da inabilidade para manuseio de aparelhos tecnológicos, sendo certo ainda que este grupo comumente é desacreditado em sua capacidade produtiva, sendo fato público e notório (art. 374, I, CPC) a dificuldade de alocação de pessoas idosas no mercado de trabalho, justamente decorrente dessa crença socialmente compartilhada. O efeito prático dessa estereotipização é a discriminação que, no caso de pessoas idosas, é também chamada de etarismo.

No caso, a preposta da Reclamada confessou: “que a reclamante ficou com o contrato suspenso durante um período da pandemia; que alguns trabalhadores que não queriam trabalhar em home office ou tinham dificuldade com venda on line ficaram com o contrato suspenso; que a reclamante não conseguiu se adequar à tecnologia de venda on line; (...) que a reclamante ficou em casa nesse período mesmo sem o contrato suspenso; que isso aconteceu porque a reclamante era pessoa de idade, para que não fosse colocada em risco; que nesse período tinha gente trabalhando em home office, mas a reclamante não ficou pois teve dificuldade de se adequar ao sistema; que a reclamante não trabalhou em home office em nenhum período.”.

Por sua vez, a testemunha obreira relatou “que na pandemia a reclamante ficou afastada, pois o regional não a autorizou a trabalhar junto com os demais, pois entendia que ela não tinha capacitação para trabalhar em home office; que questionou isso ao regional e disseram que era por causa da idade; que sequer a deixaram tentar trabalhar em home office; que não a deixaram trabalhar nem em home office, nem presencial; que os demais trabalharam, sendo que apenas ela ficou afastada; que mesmo mediante a apresentação de atestado médico no sentido de que estaria apta ao trabalho presencial na pandemia, ainda assim não foi autorizada ao labor presencial, também não lhe sendo concedido o home office”.

Ou seja, à parte autora foi atribuída ociosidade forçada claramente discriminatória, uma vez que foi a única trabalhadora da loja a quem não foi oferecida a possibilidade nem do trabalho presencial, nem do trabalho on-line. Vejase que, quanto ao trabalho em home office, a testemunha obreira relatou que sequer foi dada à autora a chance de tentar se adaptar, presumindo-se, em razão de sua idade, que não seria capaz de se adequar à tecnologia de vendas virtuais.

Ante o exposto, configurados os requisitos da responsabilidade civil (arts. 186, 927 e 932, III, CC), julgo parcialmente procedente o pedido para condenar a parte ré ao pagamento de indenização por danos morais. Deixo de aplicar os parâmetros contidos nos art. 223-G, §1º, da CLT ante a flagrante inconstitucionalidade da sistemática de tarifação do dano moral, por ofensa aos princípios da proporcionalidade, da plena indenizabilidade e da isonomia (art. 5º, II, V e X, CF), na esteira da decisão proferida pelo STF na ADPF 130/09.

Assim, considerando os aspectos compensatório e pedagógico da parcela, a extensão do dano (art. 944 do CC), os bens jurídicos atingidos (honra e autoestima) possuem valor relevante e, ainda, a capacidade econômica das partes e a vedação ao enriquecimento sem causa (art. 884 do CC), fixo a indenização por danos morais no importe de R\$ 15.000,00.

Quanto à indenização por danos materiais, tendo em conta que a ociosidade forçada imposta à obreira lhe privou da percepção de comissões por vendas, julgo parcialmente procedente o pedido para determinar o pagamento de indenização por danos materiais (lucros cessantes), correspondente à diferença entre o piso salarial pago e a média remuneratória da autora nos 12 meses anteriores à suspensão contratual decorrente da pandemia (22/04/2019 a 22/04/2020), no período de 20/11/2020 a 11/03/2021.

GRATUIDADE DE JUSTIÇA

Nos termos do art. 790, §§3º e 4º, da CLT c/c art. 99, §3º, do CPC, considero que a declaração de hipossuficiência (ID. 26a0307) é prova bastante da insuficiência de recursos.

Defiro a gratuidade de justiça.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Tratando-se de ação ajuizada após a vigência da Lei n.º 13.467 /2017, aplica-se o contido no art. 791-A da CLT, que dispõe sobre os honorários advocatícios sucumbenciais (art. 6º da IN n.º 41/18 do TST).

Diante da procedência parcial dos pedidos, os honorários de sucumbência recíproca serão fixados (art. 791-A, § 3º, da CLT) considerando-se o êxito obtido sob a perspectiva da cumulação objetiva e não do valor atribuído ao pedido (Súmula 326/STJ).

Considerando o grau de zelo do profissional, o local da prestação de serviços e a complexidade da causa, fixo os honorários de sucumbência ao advogado da parte autora no importe de 5% sobre o proveito econômico obtido em decorrência da procedência das seguintes parcelas: horas extras, intervalo intrajornada, intervalo interjornada, intervalo do art. 384 da CLT e indenização por danos morais e materiais, observado o valor que resultar da liquidação do julgado (art. 791-A, § 2º, da CLT).

Tendo em conta os mesmos parâmetros, fixo os honorários de sucumbência ao advogado da parte ré no importe de 5% do valor atualizado dos pedidos deduzidos na petição inicial julgados improcedentes: estabilidade da lei nº 14.020/2020, comissões, domingos, feriados, e adicional noturno.

Na esteira do art. 791-A, §4º, da CLT, tendo em vista que a parte autora é beneficiária da justiça gratuita, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade, podendo ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado desta decisão, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos (ADI 5766/STF).

LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO AO VALOR INDICADO NA INICIAL

Tendo a parte autora indicado em sua petição inicial que a liquidação dos pedidos foi feita por estimativa, o que é autorizado ante os princípios da informalidade e simplicidade que regem o Processo do Trabalho, não há falar em limitação da condenação aos valores apontados na inicial.

Indefiro.

JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

Tendo em conta a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nas ADCs 58 e 59, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, a atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial na Justiça do Trabalho, até que sobrevenha alteração legislativa, deverá observar os mesmos índices de correção monetária e de juros de mora vigentes para as condenações cíveis em geral. Nesse sentido, na fase pré-processual, aplicam-se o IPCA-E e juros legais (art. 39, caput, Lei 9177/91). A partir do ajuizamento, aplica-se a taxa SELIC, que abrange juros de mora e correção monetária, estando isenta a parte trabalhadora (Súmula 187 TST).

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). Desta forma, considerando 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. Ademais, 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".

Os mesmos critérios serão utilizados na apuração do FGTS (OJ n. 302 da SDI-1 do TST). Atualização das contribuições previdenciárias, conforme legislação específica (art. 879, § 4º, da CLT).

Quanto à indenização por danos morais, aplica-se a taxa SELIC a partir de seu arbitramento.

Autorizo a dedução dos valores pagos a idêntico título (art. 884 do CC).

RECOLHIMENTOS FISCAIS E PREVIDENCIÁRIOS

Os recolhimentos previdenciários (INSS) serão apurados mês a mês, aplicando-se as alíquotas previstas no art. 198, observado o limite máximo do salário de contribuição (Súmula 368, III, TST e art. 276, § 4º, do Decreto nº 3.048/1999).

Nos termos do art. 832, §3º, CLT, a reclamada deverá recolher as contribuições previdenciárias sobre as parcelas deferidas que integrem o rol do art. 28 da Lei nº 8.212/91.

A contribuição fiscal (IRPF) deve ser calculada sobre o montante dos rendimentos pagos, mediante a utilização de tabela progressiva resultante da multiplicação da quantidade de meses a que se refiram os rendimentos pelos valores constantes da tabela progressiva mensal correspondente ao mês do recebimento ou crédito (art. 12-A da Lei nº 7.713, Súmula 368, VI, TST).

Não há incidência de imposto de renda sobre juros de mora (art. 46 da Lei nº 8.541/92 c/c art. 404 do Código Civil c/c OJ 400 da SBDI-I do TST).

O empregador é responsável por efetuar os recolhimentos fiscais e previdenciários e pode deduzir a cota parte do Reclamante (S368, II, TST).

[1] Conceito retirado do Protocolo do CNJ para Julgamento com Perspectiva de Gênero. COOK, Rebecca J.; CUSACK, Simone. Gender stereotyping: transnational legal perspectives. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 2010.

p. 9. Quando um estereótipo confere um atributo a certo grupo, ele opera em sua dimensão descritiva. Quando há a atribuição de um papel ou expectativa, opera em sua dimensão normativa. MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020. p 44 e 47.

DISPOSITIVO

Pelo exposto, extinguo o processo, com resolução do mérito, quanto às pretensões anteriores a 20/08/2016.

No mérito, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos para condenar a parte ré - ----- - a pagar à parte autora - ----- -, no prazo legal, conforme apurado em liquidação, na forma da fundamentação supra que este dispositivo integra, os seguintes títulos:

- horas trabalhadas acima da 8^a diária e 44^a semanal, de forma não cumulativa, no período de 20/08/2016 a 11/03/2021, observada a jornada fixada, os dias efetivamente trabalhados, a evolução salarial, a Súmula 340/TST para o labor posterior aos registros de saída, a Súmula 264/TST, o divisor 220 e o adicional de 50%.

- reflexos das horas extras sobre aviso prévio, férias e adicional
de 1/3, 13º salário, FGTS com multa de 40%, além do repouso semanal remunerado.

- 1h de intervalo intrajornada, de 20/08/2016 a 10/11/2017, e de 30min de intervalo intrajornada, de 11/11/2017 a 11/03/2021, observados a jornada fixada, os dias efetivamente trabalhados, a evolução salarial, a Súmula 340/TST, a Súmula 264/TST, o divisor 220 e o adicional de 50%.

- reflexos do intervalo intrajornada sobre aviso prévio, férias e adicional de 1/3, 13º salário, FGTS com multa de 40%, além do repouso semanal remunerado.

- 2h30 de intervalo interjornadas, no período de 20/08/2016 a 11/03/2021, observados a jornada fixada, os dias efetivamente trabalhados, a evolução salarial, a Súmula 340/TST, a Súmula 264/TST, o divisor 220 e o adicional de 50%.

- 15min de intervalo do art. 384 da CLT, por dia em que

extrapolada a jornada normal de trabalho, no período de 20/08/2016 a 10/11/2017, observados os cartões de ponto, a evolução salarial, a Súmula 340/TST, a Súmula 264 /TST, o divisor 220 e o adicional de 50%.

- reflexos do intervalo do art. 384 da CLT sobre aviso prévio,

férias e adicional de 1/3, 13º salário, FGTS e multa de 40%, além do repouso semanal remunerado.

- indenização por danos morais no importe de R\$ 15.000,00.

- indenização por danos materiais, correspondente à diferença

entre o piso salarial pago e a média remuneratória da autora nos 12 meses anteriores à suspensão contratual decorrente da pandemia (22/04/2019 a 22/04/2020), no período de 20/11/2020 a 11/03/2021.

Julgo improcedentes os demais pedidos.

Autorizada a dedução dos valores pagos a idêntico título.

Juros e correção monetária na forma da fundamentação e da lei.

Honorários advocatícios na forma da fundamentação.

Finda a liquidação, deverá a parte ré comprovar o recolhimento previdenciário e fiscal, sob pena de execução direta.

Gratuidade de justiça nos termos da fundamentação.

Custas pela parte ré, no importe de R\$ 6.000,00, calculadas sobre o valor da condenação, ora arbitrado em R\$ 300.000,00.

Intimem-se.

SAO PAULO/SP, 08 de dezembro de 2022.

YARA CAMPOS SOUTO



Assinado eletronicamente por: YARA CAMPOS SOUTO - Juntado em: 08/12/2022 09:18:16 - 19d8a02 Juíza do

Trabalho Substituta

<https://pje.trt2.jus.br/pjekz/validacao/22120809152720100000282117348?instancia=1>

Número do processo: 1000999-32.2021.5.02.0708

Número do documento: 22120809152720100000282117348