



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

Recurso Ordinário Trabalhista

1001476-76.2019.5.02.0077

Relator: SANDRA CURI DE ALMEIDA

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 24/03/2022

Valor da causa: R\$ 63.110,15

Partes:

RECORRENTE: -----

ADVOGADO: SILVIA IVONE DE ALMEIDA BARROS

RECORRIDO: ----- ALIMENTACAO LTDA

ADVOGADO: ANTONIO CARLOS DA SILVA DUENAS

RECORRIDO: ESTADO DE SAO PAULO

CUSTOS LEGIS: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO



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

PROCESSO TRT/SP Nº 1001476-76.2019.5.02.0077 - 10ª TURMA

RECURSO ORDINÁRIO

1º RECORRENTE: ESTADO DE SÃO PAULO

2º RECORRENTE: -----

RECORRIDOS: OS MESMOS e ----- ALIMENTAÇÃO LTDA.

ORIGEM: 77ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO

Inconformados com a r. sentença (id 0da09d5), integrada pela decisão proferida em embargos declaratórios (id c0a004d), cujo relatório adoto, que julgou procedente em parte a reclamação, recorrem, ordinariamente, o segundo reclamado e a reclamante.

O segundo reclamado (id 3cf699), discordando da responsabilidade subsidiária e da condenação ao pagamento das verbas rescisórias e das multas dos artigos 467 e 477, § 8º, da CLT.

A reclamante (id cc903e7), insistindo na gratuidade de Justiça e na isenção dos honorários advocatícios de sucumbência, na invalidade da escala 12 x 36 e na condenação da reclamada ao pagamento de horas extras, inclusive pela supressão do intervalo do artigo 384, da CLT, vigente antes da Lei 13.67/2017, na inclusão do FGTS e do adicional de insalubridade na base de cálculo da multa do artigo 467, da CLT e na apuração dos honorários advocatícios segundo o entendimento estampado na OJ 348, da SDI-I, do TST.

Contrarrazões pela reclamante (id ade72d8).

Custas dispensadas.

Parecer do D. Ministério Público do Trabalho (id 3d1ed73).

É o relatório.

VOTO

Assinado eletronicamente por: SANDRA CURI DE ALMEIDA - 15/09/2022 20:34:01 - 0303e1f

<https://pje.trt2.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=22072912370980400000111042119>

Número do processo: 1001476-76.2019.5.02.0077

Número do documento: 22072912370980400000111042119



Conheço dos recursos, eis que presentes os pressupostos processuais de admissibilidade.

RECURSO ORDINÁRIO DO SEGUNDO RECLAMADO

Da responsabilidade subsidiária - Das verbas rescisórias - Das multas dos artigos 467 e 477, § 8º, da CLT

É incontroverso que o recorrente (ESTADO DE SÃO PAULO) entabulou contrato de prestação de serviços de nutrição e alimentação hospitalar para os servidores públicos e empregados com a primeira reclamada (----- ALIMENTAÇÃO LTDA.), que, por sua vez, colocou a força de trabalho da autora à disposição daquele, que dela usufruiu durante todo o contrato de trabalho, ainda que não a tenha dirigido ou fiscalizado diretamente, configurando clara terceirização de serviços.

Embora tenha faltado à terceirização disciplina específica, não pode ser considerada ilícita, mesmo porque não encontra óbice em nosso ordenamento jurídico, valendo aqui lembrar o princípio da legalidade insculpido no artigo 5º, II, da CF. Ademais, não pode fugir do alcance das normas básicas de responsabilidade civil e dos valores éticos e morais que inspiram o ordenamento jurídico como um todo, mormente em se considerando que a dignidade da pessoa humana, alçada à condição de princípio fundamental pela Constituição Federal, impõe-se de maneira absoluta, obrigando o cumprimento dos direitos trabalhistas de todos aqueles que colocam a sua força de trabalho a serviço de outrem, como meio de garantia de uma vida digna.

Com vistas à apreensão normativa desse crescente fenômeno social, foi editada a Lei 13.429/2017, publicada no DOU de 31/03/2017- Edição Extra, que acrescentou à Lei 6.019 /74 o artigo 5º-A, § 5º, para estabelecer que "Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos. (...). § 5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços..."



Nada obstante as regras de direito intertemporal imponham a aplicação da nova lei tão somente aos contratos de trabalho iniciados após a data de sua vigência - 31/03/2017 -, vedando sua incidência retroativa aos contratos em curso, seu texto consagrou o entendimento há muito sufragado na jurisprudência, notadamente na Súmula 331, do TST, que permanece vigente e continua norteando as relações triangulares de trabalho.

Assim, aquele que delegou a sua posição inicial de empregador que normalmente deteria, afastando-se da regra clássica consolidada (dualidade da relação de emprego), não pode se ver livre de ressarcir a contraprestação laboral que lhe foi canalizada, diante da inidoneidade financeira da prestadora dos serviços, sobretudo diante do princípio protetivo que informa o direito do trabalho.

A responsabilidade funda-se na culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando*, que consiste na obrigação do tomador dos serviços de realizar boa eleição e fiscalizar o cumprimento das obrigações legais por parte da contratada, já que se valeu da energia de trabalho de empregados engajados em outra entidade, sendo certo que o ente público não trouxe aos autos um documento sequer que comprove a fiscalização sobre o cumprimento do contrato de trabalho, confirmando sua manifesta negligência e desinteresse pela situação dos empregados encarregados da prestação dos serviços.

Sublinhe-se que não veio aos autos o alegado ofício contendo suposto relatório de fiscalização a que se refere o segundo reclamado. Ainda assim, segundo ele, referido documento data de 26/02/2021, quando há muito extinto o contrato de trabalho da reclamante, em 08/05 /2019, evidenciando que, se fiscalização houve, ela nenhum efeito surtiu em relação ao contrato de trabalho que ora se discute.

E, quem tem poder de fiscalizar e punir e não o faz, assume o risco da omissão. Princípio expressado no item V, da já citada Súmula 331, tendo assentado o entendimento de que "*os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada*".

A hipótese se ajusta ao modelo traçado no artigo 927, do Código Civil, de invocação subsidiária na espécie, nos termos do parágrafo único, do artigo 8º, da CLT, atraindo a aplicação do artigo 942, do mesmo diploma, que impõe expressamente a responsabilidade solidária.



A solidariedade, como se vê, não é presumida e foi decretada, tendo sido abrandada pela jurisprudência, que, levando em conta a condição de agente mediato do dano do tomador de serviços, fixou-lhe a responsabilidade subsidiária - item IV, da Súmula nº 331, do C. TST -, que se concretiza quando constatada a insuficiência patrimonial do agente direto do dano (empregador inadimplente) para garantir a dívida trabalhista, de cunho alimentício, portanto, privilegiado. E frise-se, a responsabilidade subsidiária abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral, nos termos do inciso VI, da Súmula citada, inclusive as verbas rescisórias e as multas dos artigos 467 e 477, § 8º, da CLT.

Esses, os fundamentos que autorizam a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, fundada no preceito maior contido no §6º, do artigo 37, da CF, que responsabiliza as pessoas de direito público por danos causados por seus agentes a terceiros. Bem por isso, a presente decisão não afronta aquela proferida recentemente pelo Plenário do Excelso Supremo Tribunal Federal, em 24/11/2010, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 16, declarando a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/1993.

Como se vê, a responsabilidade do ente público, frise-se, não decorre do mero descumprimento das obrigações contratuais trabalhistas pela prestadora de serviços, não havendo se falar, outrossim, em afronta à Súmula Vinculante n. 10, do E. STF, na medida em que a não incidência do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, no caso concreto, decorre da comprovada negligência do tomador dos serviços na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas, obrigação essa imposta pela própria lei em referência, que exige a fiscalização da execução do contrato, inclusive com a possibilidade de aplicação de sanções à contratada (artigo 58, incisos III e IV, da lei em destaque), sendo certo que dentre as obrigações do contrato está o cumprimento das obrigações trabalhistas (*caput*, do artigo 71), estas descumpridas pela contratada.

Não se há falar, pois, em ofensa direta e frontal à Constituição Federal em seu artigo 37, *caput*, parágrafo 6º; incisos II e XXI, do artigo 2º; e incisos II e XLV, do artigo 5º; tampouco ofensa direta e frontal ao artigo 71, § 1º da Lei nº 8666/93.

Por fim, a responsabilidade do segundo reclamado, no caso, é subsidiária, podendo este, inclusive, exercer o direito de regresso, nos termos da lei civil, abrangendo, repise-se, todas as verbas decorrentes da condenação referentes a todo o período da prestação laboral, inclusive verbas rescisórias, assim como as multas dos artigos 467 e 477, § 8º, da CLT, não se havendo cogitar, no caso, em caráter personalíssimo de tais rubricas, tampouco em ofensa ao artigo 5º, II, da Constituição Federal.



Dentro desse contexto, é de rigor o reconhecimento da responsabilidade subsidiária do segundo reclamado, tal como decidido na Origem, nada havendo o que reparar no ponto.

Mantenho.

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE

Da concessão dos benefícios da Justiça gratuita à reclamante

Embora a presunção de pobreza prevista no novel artigo 790, § 3º, da CLT não se aplique à hipótese dos autos, eis que a reclamante recebia salário superior ao limite previsto no dispositivo legal supramencionado, a saber, 40% do teto dos benefícios do RGPS (TRCT - id 891403f), o novel § 4º, acrescentado ao art. 790, da CLT pela Lei 13.467/2017, dispõe expressamente que "*O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo*".

E, de efeito, firmou a autora declaração expressando que não tem como suportar as despesas judiciais (id 6921a05), o que, com a devida *vênia*, basta para a comprovação da hipossuficiência econômico-financeira, nos termos da vigente Súmula 463, I, do C. TST, aflorando impositiva, nessa senda, a concessão da assistência judiciária gratuita.

Ressalte-se, por fim, que não consiste em óbice a contratação de advogado particular para o patrocínio da causa, na forma do disposto no artigo 99, § 4º, do CPC/2015 e na Súmula 5, deste E. Regional. Nessa esteira, faz jus a reclamante, assim, aos benefícios da Justiça gratuita, na forma do artigo 790, § 4º, da CLT, o que ora concedo.

Reformo.

Dos honorários advocatícios de sucumbência

A reclamação foi ajuizada em 24/10/2019, posteriormente, portanto, às alterações conferidas pela Lei 13.467/2017, com vigência a partir de 11/11/2017, sendo, pois, aplicável, no caso concreto, o artigo alusivo aos honorários sucumbenciais, de modo que o ônus recai sobre a parte sucumbente.



Entretentes, o §4º, do artigo 791-A, da CLT, que prevê que "Vencido o beneficiário da justiça gratuita - como no caso -, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão da gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário", foi declarado inconstitucional em recente decisão proferida pelo E. Supremo Tribunal Federal.

De efeito, em 20/10/2021, ultimou-se o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 5766 ajuizada junto ao E. STF, sendo que, conforme certidão de julgamento (www.portalstf.jus.br), "*O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta, para declarar inconstitucionais os arts. 790-B, caput e § 4º, e 791-A, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), vencidos, em parte, os Ministros Roberto Barroso (Relator), Luiz Fux (Presidente), Nunes Marques e Gilmar Mendes. Por maioria, julgou improcedente a ação no tocante ao art. 844, § 2º, da CLT, declarando-o constitucional, vencidos os Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber. Redigirá o acórdão o Ministro Alexandre de Moraes. Plenário, 20.10.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF)*" (grifamos).

Impõe-se, destarte, indeferir qualquer dedução dos honorários de sucumbência do crédito a ser obtido pela autora no presente ou em outro processo.

Dou parcial provimento.

Das horas extras - Da invalidade do regime 12x36 - Do intervalo do artigo 384, da CLT, vigente antes da Lei 13.467/2017

Noticiou a reclamante na petição inicial que, durante todo o período não prescrito, compreendido entre 24/10/2014 e 08/05/2019, trabalhou ora em escala 12x36, das 06h00 às 18h00, das 10h00 às 22h00 ou das 7h00 às 19h00, ora em escala 5x2, de segunda-feira a sexta-feira, das 6h00 às 15h48, cingindo-se o pleito de horas extras aos períodos trabalhados em escala 12x36, sob o argumento de invalidade do referido regime de compensação.

Sublinhe-se que não há controvérsia sobre a validade das anotações nos controles de ponto, que emergem idôneos para retratar a jornada e as escalas cumpridas.



Não se discute que, antes mesmo da Lei 13.467/2017, a jurisprudência admitia a validade do regime 12x36 em caráter excepcional, desde que prevista em lei ou norma coletiva, porquanto benéfica ao trabalhador, que, embora labore em jornada superior a oito horas, prevista constitucionalmente, usufrui de descanso de trinta e seis horas seguidas, podendo, assim, recuperar suas forças físicas, descansar sua mente e se preparar para a próxima jornada.

No caso concreto, entretanto, a carga horária diária de doze horas, cumprida pela reclamante quando laborou no regime de trabalho 12x36, não se encontra autorizada pelas normas coletivas trazidas com a petição inicial, cuja aplicação ao caso não se discute, o que o torna inválido, a teor do entendimento estampado na Súmula 444, do C. TST e na Súmula 71, deste Regional, ambas condicionando a validade do referido regime à prevista em lei ou ajuste por norma coletiva.

E não aproveita à reclamada o artigo 59-A, da CLT, inserido pela Lei 13.467/2017, que autoriza o estabelecimento do regime de trabalho 12x36 mediante acordo individual escrito, porque vedada a aplicação retroativa de normas a situações consolidadas sob o regime pretérito, considerando que o contrato de trabalho vigeu de 02/04/2014 a 08/05/2019. E, ainda que assim não fosse, inexistente nos autos comprovação de que as partes tenham entabulado acordo individual escrito sob a égide da nova Lei, dispondo sobre a adoção da citada escala de trabalho, que, também sob essa ótica, remanesce inválida.

De outro lado, patente que o elástico da jornada ordinária durante o cumprimento da escala 12x36 não foi acompanhado da correspondente concessão do intervalo do artigo 384, da CLT, com vigência anterior à Lei 13.467/2017.

Ressalvando entendimento pessoal, face ao posicionamento majoritário desta E. Turma, entendo devidas as horas extras pelo desrespeito ao intervalo da mulher, com base no artigo 384, da CLT, bem como na esteira do entendimento do C. TST e do E. STF, expressado recentemente no julgamento do Recurso Extraordinário 658.312/SC.

De efeito, o princípio da igualdade não é absoluto, sendo legítimo o tratamento diferenciado entre homens e mulheres desde que esse sirva para ampliar os direitos sociais e que se observe a proporcionalidade na compensação das diferenças, como ocorre com o intervalo em debate, não se havendo falar, pois, nestas hipóteses, em afronta ao artigo 5º, I e ao artigo 7º, XXX, ambos da Constituição Federal.

Não se trata, ademais, de mera infração administrativa, haja vista que o



desrespeito do intervalo da mulher acarreta, por analogia, os mesmos efeitos previstos no §4º, do artigo 71, da CLT e no entendimento jurisprudencial sedimentado na Súmula 437, III, do C. TST, obrigando à

ID. 0303e1f - Pág. 7

remuneração do período correspondente como jornada extraordinária, autorizando o deferimento dos reflexos, pelo que não se há falar, tampouco, em natureza indenizatória ou bis in idem. Essa, aliás, a inteligência da recente Súmula 28, deste Eg. TRT/SP, verbis:

"Intervalo previsto no artigo 384 da CLT. Recepção pela Constituição Federal. Aplicação somente às mulheres. Inobservância. Horas extras.

O artigo 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal consoante decisão do E. Supremo Tribunal Federal e beneficia somente mulheres, sendo que a inobservância do intervalo mínimo de 15 (quinze) minutos nele previsto resulta no pagamento de horas extras pelo período total do intervalo. (Resolução TP nº 02/2015 - DO Eletrônico 26/05 /2015)"

Nesse contexto, alcança mesmo a reclamante o direito às horas extras pela supressão do intervalo da mulher, de 15 (quinze) minutos, até 10/11/2017.

Destarte, **reforma a sentença**, para declarar inválido o regime de trabalho na escala 12 x 36 e inserir na condenação as horas extras, assim consideradas as excedentes da 8ª diária e 44ª semanal, bem como de 15 (quinze) minutos, até 10/11/2017, pela supressão do intervalo da mulher, a serem enriquecidos com o adicional legal de 50%, observando-se os controles de ponto e especificamente os períodos laborados nesse regime, a globalidade salarial (Súmula 264 do TST) e o divisor 220.

Não conta com a amparo legal ou normativo o pleito de adicional de 100% para o trabalho aos domingos, valendo ressaltar que o repouso semanal remunerado é preferencialmente aos domingos, não necessariamente(artigo 7º, XV, da Constituição Federal), de sorte que, considerando a escala cumprida, estava mais que satisfeita a folga semanal.

Em relação aos períodos cujos controles de ponto estão ausentes, há se adotar a média dos horários trabalhados, inclusive a proporcionalidade entre os períodos laborados nas escalas 12x36 e 5x2, não sendo o caso de acolher a jornada declinada inicialmente, sobretudo porque a reclamante não delimitou os períodos laborados nas respectivas jornadas.

Por habituais, o valor correspondente incorpora-se aos salários, desencadeando reflexos nos descansos semanais remunerados, nas férias, com 1/3, no aviso prévio indenizado e nos 13os salários, devendo haver, ainda, a incidência do FGTS, com 40%, inclusive sobre os títulos retro, exceto sobre férias, com 1/3.

Assinado eletronicamente por: SANDRA CURI DE ALMEIDA - 15/09/2022 20:34:01 - 0303e1f

<https://pje.trt2.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=22072912370980400000111042119>

Número do processo: 1001476-76.2019.5.02.0077

Número do documento: 22072912370980400000111042119



Autoriza-se a dedução dos valores pagos sob idênticas rubricas, conforme recibos de pagamento juntados aos autos eletrônicos com a petição inicial ou com a defesa, na forma da OJ 415, da SDI-1, do TST.

Dou parcial provimento.

ID. 0303e1f - Pág. 8

Dos reflexos dos repousos semanais remunerados majorados pelas horas extras nos demais títulos

A 6ª Turma do C. TST, no Recurso de Revista interposto nos autos eletrônicos n. 010169-57.2013.5.05.0024, em obséquio à proposta do Excelentíssimo Desembargador Convocado Paulo Serrano, suscitou o Incidente de Recurso de Revista Repetitivo, determinou o sobrestamento do julgamento do recurso e encaminhou o feito à apreciação da SbDI-1 do c. TST. Instalou-se, nesse tom, o IRR - 010169-57.2013.5.05.0024 - Tema 9/TST, e, em sessão de 14/12/2017, foi determinada a suspensão da proclamação do resultado do julgamento, para submeter à apreciação do Tribunal Pleno a questão alusiva à revisão ou cancelamento, se for o caso, da OJ 394 da SbDI-1 do c. TST, na medida em que a maioria dos ministros votantes manifestou entendimento contrário ao disposto na orientação jurisprudencial, afastando o *bis in idem*.

Paralelamente, entrou em vigor a Lei 13.467/2017, que alterou a redação da alínea "f", do inciso I, do artigo 702, da CLT, e incluiu ao referido dispositivo os §§ 3º e 4º, alterações que motivaram a arguição de inconstitucionalidade junto ao c. TST, mercê do ArgInc 696.25.2021.5.02.0463. Existem, ainda, a ADC 62 e a ADI 6.188 tramitando perante o E. STF discutindo a mesma matéria.

Diante disso, por decisão unânime tomada pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do c. TST nos autos do IRR - 010169-57.2013.5.05.0024, em Sessão Ordinária realizada no dia 22/03/2018, chamou-se o feito à ordem para renovar o prazo de suspensão do Incidente de Recurso Repetitivo a partir do dia 27/03/2018 e, em consequência, retirar o processo de pauta a fim de que fosse remetido ao Tribunal Pleno para os fins estabelecidos na decisão da SbDI-1. E, em 29/11/2018, foi proferido despacho pelo Ilustre Ministro Relator Márcio Eurico Vitral Amaro, publicado no DEJT de



30/11/2018, mantendo a suspensão retro deliberada, determinando, inclusive, que os autos aguardassem em secretaria até o julgamento do feito TST-ArgInc-696-25.2012.5.02.0463. Situação que perdura até a presente data.

Sublinhe-se, por oportuno, que a ADC 62, por decisão monocrática do Excelentíssimo Ministro Relator Ricardo Lewandowski, publicada no DJE de 09/06/2021, foi extinta sem resolução do mérito em face da ilegitimidade *ad causam* das requerentes, estando os autos conclusos para apreciação do Agravo Regimental interposto.

E, o julgamento da ADI 6.188 foi suspenso, diante do pedido de vista dos autos pelo Excelentíssimo Ministro Gilmar Mendes após o voto do Excelentíssimo Ministro Relator

ID. 0303e1f - Pág. 9

Ricardo Lewandowski, na sessão virtual de 18/06 a 25/06/2021, que julgava procedente o pedido "*para declarar a inconstitucionalidade do art. 702, I, f, § 3º e § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n. 5.452/1943), na redação que lhe deu a Lei n. 13.467/2017, entendendo prejudicada a análise do pedido de liminar*".

Outrossim, está em vigor perante este Eg. TRT da 2ª Região a Portaria GP 38, de 24/05/2019, que, no seu artigo 2º, prevê, *verbis*: "*Art. 2º. Manter a suspensão de todos os Recursos de Revista e Ordinários que versem sobre a majoração do valor do repouso semanal remunerado, decorrente da integração das horas extras habituais, e sua repercussão no cálculo das demais parcelas salariais (Tema n. 9), até ulterior decisão do Tribunal Superior do Trabalho nos autos do processo TSTArgInc-010169-57.2013.5.05.0024*".

De outra sorte, não obstante a suspensão das ações em face do decidido no IRR - 010169-57.2013.5.05.0024, os Ilustres Ministros do c. TST vêm entendendo que não houve determinação de suspensão dos demais recursos que tramitam naquela Corte, nos moldes delineados pelo artigo 896-C, §5º, da CLT, aplicável quando há multiplicidade de recursos de revista fundados em idêntica questão de direito, no sentido de que "*§5º O relator no Tribunal Superior do Trabalho poderá determinar a suspensão dos recursos de revista ou de embargos que tenham como objeto controvérsia idêntica à do recurso afetado como repetitivo*". E, sob esse fundamento, têm sido julgados os recursos de revista que já se encontravam tramitando no c. TST, observando-se, inclusive, a modulação determinada pelos Ilustres Ministros da SbDI-1 no julgamento de 14/12/2017 - data em que foi determinada a suspensão da



proclamação do resultado -, a saber, de que a nova redação atribuída à OJ 394 da SbDI-1 "*so mente será aplicada aos cálculos das parcelas cuja exigibilidade se aperfeiçoe a partir da data do presente julgamento (inclusive)*", portanto, a partir de 14/12/2017.

Cite-se, à guisa de ilustração, o v. Acórdão proferido no RR-1006646.2016.5.15.0063 pela 1ª Turma do c. TST, de Relatoria do Excelentíssimo Ministro Hugo Carlos Scheuermann, publicado no DEJT de 10/08/2021, *verbis*:

"1. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. INTEGRAÇÃO DAS HORAS EXTRAS HABITUAIS. REPERCUSSÃO NAS DEMAIS PARCELAS

A reclamante afirma que a questão devolvida no recurso de revista, relativa aos reflexos do repouso semanal remunerado, majorado pelas horas extras, em outras parcelas, é objeto de incidente de recurso repetitivo no âmbito do TST, sendo devido o sobrestamento do feito.

Ao exame.

ID. 0303e1f - Pág. 10

À múnua de amparo legal, não há falar em sobrestamento do feito, pois no IRR-10169-57.2013.5.05.0024, que trata da matéria consubstanciada na OJ nº 394 da SDI-1, não foi determinada a suspensão dos recursos que correm no âmbito deste Tribunal.

Nesse sentido já decidiu esta Primeira Turma:

'AGRAVO. RECURSO DE REVISTA COM AGRAVO. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO MAJORADO. INTEGRAÇÃO DAS HORAS EXTRAS HABITUAIS. NÃO REPERCUSSÃO NO CÁLCULO DAS DEMAIS PARCELAS SALARIAIS. Impõe-se confirmar a decisão monocrática que conheceu do recurso de revista interposto pela reclamada e deu-lhe provimento para aplicar a diretriz da Orientação Jurisprudencial nº 394 da SbDI-1 do TST, em sua atual redação. Impede ressaltar que o Relator do Proc. IRR-10169-57.2013.5.05.0024 não determinou a suspensão dos processos em curso nas Turmas do TST sobre o tema, cujos recursos têm sido regularmente julgados pelas oito Turmas do Tribunal. Agravo a que se nega provimento' (Processo: Ag-ARR 322-48.2014.5.05.0007 Data de Julgamento: 05/08/2020, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/08/2020)".

Diante de todo esse contexto, impõe-se determinar o sobrestamento do feito unicamente em relação ao tema objeto do IRR - 010169-57.2013.5.05.0024, Tema 9/TST, não havendo motivo para suspensão das demais matérias em discussão, máxime diante da natureza acessória dos pretendidos reflexos dos repousos semanais remunerados majorados pelas horas extras nos demais



títulos, afigurando-se prescindível, por ora, sua análise e fixação.

De efeito, conquanto, via de regra, deva a decisão proferida nas ações alusivas às obrigações de pagar definir desde logo "*a extensão da obrigação, o índice de correção monetária, a taxa de juros, o termo inicial de ambos e a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso*" (artigo 491, *caput*, do CPC/2015), o inciso I, deste dispositivo, dispõe salvo quando "*I- não for possível determinar, de modo definitivo, o montante devido*". Afigura-se legalmente possível, pois, relegar a definição dos reflexos dos repousos semanais remunerados majorados nos demais títulos para fase futura, sobremodo tratando-se, repise-se, de pedido acessório.

Ademais, revendo posicionamento anterior, entendo que o artigo 356, *caput* e incisos I e II, do CPC/2015 autoriza o julgamento parcial do mérito quando um ou mais pedidos forem incontroversos ou se estiver em condições de imediato julgamento, como no caso dos autos eletrônicos, com previsão, nos seus parágrafos, de que "*§1º A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida. §2º A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto. §3º Na hipótese do §2º, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva. § 4º A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz*".

ID. 0303e1f - Pág. 11

Da mesma forma, o artigo 1.035, §5º, do CPC/2015, que prevê que "*Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional*", deve ser interpretado à luz do disposto no artigo 356 retro mencionado, autorizando, por conseguinte, a suspensão apenas da questão em discussão no IRR - 01016957.2013.5.05.0024, Tema 9/TST, possibilitando o prosseguimento da ação normalmente no tocante às demais matérias.

A aflorar em harmonia à conclusão transata, o excelentíssimo Ministro Gilmar Mendes, em decisão de 1º/07/2020, para que não pairassem dúvidas sobre a extensão dos seus efeitos, delimitou o alcance da decisão de suspensão nacional dos processos proferida na ADC 58, enfatizando que "*deve ficar claro que a medida cautelar deferida na decisão agravada não impede o*

Assinado eletronicamente por: SANDRA CURI DE ALMEIDA - 15/09/2022 20:34:01 - 0303e1f

<https://pje.trt2.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=22072912370980400000111042119>

Número do processo: 1001476-76.2019.5.02.0077

Número do documento: 22072912370980400000111042119



regular andamento de processos judiciais, tampouco a produção de atos de execução, adjudicação e transferência patrimonial no que diz respeito à parcela do valor das condenações que se afigura incontroversa pela aplicação de qualquer dos dois índices de correção. A controvérsia sobre eventuais valores compreendidos no resultado da diferença entre a aplicação da TR e do IPCA-E (parcela controvertida) é que deverá aguardar o pronunciamento final da Corte quando do julgamento de mérito desta ADC. (...)”, corroborando, pois, a possibilidade de suspensão apenas parcial dos processos e especificamente com relação à matéria objeto da repercussão geral.

Nessa moldura, sobre tratem-se os reflexos dos repousos semanais remunerados majorados pelas horas extras nos demais títulos de pedido acessório, que pode ser dirimido, sem qualquer prejuízo às partes, no momento oportuno (artigo 491, transato), a suspensão dos processos a que alude o §5º, do artigo 1.035 do CPC/2015, em interpretação sistemática com o disposto no artigo 356 do CPC/2015, prestigiando-se, inclusive, os princípios da economia e celeridade processuais, assim como da razoável duração do processo, alçados ao patamar constitucional (artigo 5º, LXXVIII), refere exclusivamente ao tema discutido no IRR - 010169-57.2013.5.05.0024, Tema 9/TST, não se havendo falar em suspensão de todas as questões indistintamente.

Como corolário, impõe-se o prosseguimento da ação com relação aos demais temas, com julgamento de toda a matéria recursal, inclusive seguindo-se normalmente a liquidação e a execução definitiva, ficando suspensa exclusivamente a questão dos reflexos dos repousos semanais remunerados majorados pelas horas extras nos demais títulos, e, de conseguinte, o julgado *a quo* neste aspecto, até decisão definitiva a ser proferida no IRR- 010169-57.2013.5.05.0024, Tema 9/TST, que, aliás, guardará efeito vinculante. Fixam-se, desde já, como balizas a serem observadas para aplicação da decisão no IRR- 010169-57.2013.5.05.0024, Tema 9/ TST: 1) os títulos a incidirem os reflexos dos repousos semanais remunerados majorados pelas horas extras, caso devidos, serão os

ID. 0303e1f - Pág. 12

mesmos reflexos das horas extras já contemplados na condenação; 2) deverá ser observada, ainda, a modulação dos efeitos de referida decisão.

Observe-se.



Da base de cálculo da multa do artigo 467, da CLT

Insurge-se a reclamante contra a limitação da incidência da multa prevista no artigo 467, da CLT às seguintes parcelas: "*saldo de salário, aviso-prévio, 13º salário proporcional, férias vencidas e proporcionais mais um terço e multa de 40%.*"(id 0da09d5), requerendo que também incida sobre o FGTS e o adicional de insalubridade

Observe-se, inicialmente, que, embora o fundamento do deferimento da multa seja suposta revelia - inócurrenente no caso, haja vista a defesa da primeira reclamada -, admitiu a ré, expressamente, a ausência de pagamento das verbas rescisórias.

Em relação ao FGTS, contudo, é forçoso considerar que se cuida de obrigação a ser cumprida mensalmente, e não em função da cessação do contrato de trabalho, resultando do pagamento mensal do salário, sendo este o fato gerador da obrigação (art. 15 da Lei 8.036/1990), razão pela qual não compõe a base de cálculo da referida multa.

Outrossim, quanto ao adicional de insalubridade, verifica-se que sequer constou dentre as parcelas devidas em razão da rescisão contratual. Ainda que assim não fosse, cuida-se de acréscimo salarial decorrente de trabalho em condições nocivas à saúde, que não é pago em razão do fim do contrato de trabalho, pelo que também não possui natureza rescisória a atrair a incidência da multa a que alude o artigo 467, da CLT.

Nada, pois, a alterar.

Dos honorários advocatícios de sucumbência

Mantida a sucumbência da reclamada, devidos os honorários advocatícios a seu cargo, fixados na origem em 5% sobre o valor líquido da condenação, cuja incidência, contudo, deve se dar sem a dedução dos descontos fiscais e previdenciários, nos termos da OJ 348, da SDI-I, do C. TST.

ID. 0303e1f - Pág. 13

Reformo nesse aspecto.



Acórdão

ACORDAM os Magistrados da 10ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em: **CONHECER** dos recursos e, no mérito, **NEGAR PROVIMENTO** ao apelo do segundo reclamado; **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao apelo da reclamante, para **(a)** conceder a ela os benefícios da Justiça gratuita e proibir qualquer dedução dos honorários de sucumbência do crédito a ser obtido no presente ou em outro processo; **(b)** inserir na condenação as horas excedentes da 8ª diária e 44ª semanal, bem como 15 (quinze) minutos, estes até 10/11/2017, pela supressão do intervalo da mulher, a serem enriquecidos com o adicional legal de 50%, desencadeando reflexos nos descansos semanais remunerados, nas férias, com 1/3, no aviso prévio indenizado e nos 13os salários, devendo haver, ainda, a incidência do FGTS, com 40%, inclusive sobre os títulos retro, exceto sobre férias, com 1/3, tudo nos termos da fundamentação do voto da Relatora; **(c)** definir a apuração dos honorários advocatícios sobre o valor que resultar em liquidação de sentença, sem dedução dos descontos fiscais e previdenciários.

Determina-se a suspensão do feito exclusivamente quanto à questão dos reflexos dos repousos semanais remunerados majorados pelas horas extras nos demais títulos, e, de conseguinte, o julgado a quo neste aspecto, até decisão definitiva a ser proferida no IRR - 01016957.2013.5.05.0024, Tema 9/ TST, que, aliás, guardará efeito vinculante. Fixam-se, desde já, como balizas a serem observadas para aplicação da decisão no IRR - 010169-57.2013.5.05.0024, Tema 9/ TST: 1) os títulos a incidirem os reflexos dos repousos semanais remunerados majorados pelas horas extras, caso devidos, serão os mesmos reflexos das horas extras já contemplados na condenação; 2) deverá ser observada, ainda, a modulação dos efeitos de referida decisão.

Rearbitra-se à condenação o valor de R\$ 45.000,00, com custas, pela reclamada, no importe de R\$ 900,00.

Presidiu o julgamento o Excelentíssimo Senhor Desembargador
ARMANDO AUGUSTO PINHEIRO PIRES.

ID. 0303e1f - Pág. 14

Tomaram parte no julgamento: SANDRA CURI DE ALMEIDA,
KYONG MI LEE e ARMANDO AUGUSTO PINHEIRO PIRES.

Assinado eletronicamente por: SANDRA CURI DE ALMEIDA - 15/09/2022 20:34:01 - 0303e1f
<https://pje.trt2.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=22072912370980400000111042119>
Número do processo: 1001476-76.2019.5.02.0077
Número do documento: 22072912370980400000111042119



Votação: **Unânime.**

São Paulo, 06 de Setembro de 2022.

SANDRA CURI DE ALMEIDA
Desembargadora Relatora

VOTOS



Assinado eletronicamente por: SANDRA CURI DE ALMEIDA - 15/09/2022 20:34:01 - 0303e1f
<https://pje.trt2.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=22072912370980400000111042119>
Número do processo: 1001476-76.2019.5.02.0077
Número do documento: 22072912370980400000111042119

