



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

Ação Trabalhista - Rito Ordinário 1000863-18.2022.5.02.0088

[PARA ACESSAR O SUMÁRIO, CLIQUE AQUI](#)

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 29/06/2022

Valor da causa: R\$ 57.771,36

Partes:

RECLAMANTE: _

ADVOGADO: PEDRO AUGUSTO GONCALVES BOMFIM

RECLAMADO: _

PAGINA_CAPA_PROCESSO_PJEADVOGADO: ANDRE CARNEIRO DOS SANTOS

PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA DO TRABALHO

PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO

88ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO

ATOrd 1000863-18.2022.5.02.0088

RECLAMANTE: _

RECLAMADO: _



SENTENÇA

I- RELATÓRIO

_ ajuíza a ação trabalhista nº 1000863-18.2022.5.02.0088 em face de _, alegando, em síntese, laborar para a reclamada no período de 31/05/2015 a 21 /02/2022 na função de “vigilante”, tendo sido dispensado por indevida justa causa, requerendo por este motivo a reversão da justa causa, saldo de salário, aviso prévio, 13º salário proporcional, férias + 1/3 proporcionais, multa de 40% do FGTS, entrega de guias e seguro-desemprego.

De referido contrato se diz credor, ainda, de diferenças de adicional noturno em razão da hora ficta.

Inconciliados.

Sem outras provas, encerrada a instrução processual.

Razões finais escritas.

Infrutíferas as tentativas conciliatórias.

É o relatório.

II- FUNDAMENTAÇÃO

DO DIREITO INTERTEMPORAL

Em face ao princípio da aplicação imediata da lei nova e a teoria do isolamento dos atos processuais, as normas processuais de efeitos materiais (direitos processuais substantivos) previstas na Lei nº 13.467/2017 aplicam-se in casu, tendo em vista que a presente ação foi ajuizada em 29/06/2022.

Com relação às normas de direito material, é pacífico o

entendimento de que as novas regras somente se aplicam às relações jurídicas não consumadas na data de início de sua vigência, em razão da prevalência do ato jurídico perfeito. Nesse sentido, inclusive, o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, o art. 912 da Consolidação das Leis do Trabalho e o art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, à luz do princípio da segurança jurídica.

Dessa forma, ainda que o artigo 2º da Medida Provisória nº 808, de 14/11/2017, estabeleça que “O disposto na Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, se aplica, na integralidade, aos contratos de trabalho vigentes”, não se está autorizando a aplicação retroativa das novas regras de direito material, mas apenas indicando que essas regras se aplicam, em sua totalidade, às relações trabalhistas vigentes a partir de sua entrada em vigor, que se deu em 11/11/2017.

O contrato de trabalho teve vigência de 031/05/2015 a 21/02 /2022. Via de consequência, as regras de direito material introduzidas pela Lei n. 13.464 /17, as quais passaram a vigor a partir de 11 de novembro de 2017, somente se aplicam à presente relação jurídica a partir desta data.

DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL

Acolho a prejudicial da reclamada de prescrição quinquenal, declarando inoponíveis os créditos do reclamante, anteriores a 29/06/2017, à exceção dos pedidos declaratórios (art. 11, § 1º, CLT).

DO ÔNUS DA PROVA

Requer o reclamante que sejam aplicadas as regras do ônus da prova, que seria integralmente da reclamada. O ônus da prova será analisado com o mérito, nos tópicos específicos, conforme a lei, a jurisprudência, as negociações coletivas e o livre convencimento deste Juízo. Indefiro.

DA IMPUGNAÇÃO AOS VALORES DOS PEDIDOS

Impugnou a segunda reclamada os valores dos pedidos da exordial. Ocorre que os valores das verbas eventualmente deferidas serão apurados em regular liquidação de sentença. Rejeito.

DA JUNTADA DE DOCUMENTOS

Requer o reclamante que seja determinado pelo Juízo a juntada pela reclamada de documentos de sua relação contratual, sob pena de aplicação das penalidades do artigo 400 do CPC. Ocorre que trata-se de faculdade de cada parte apresentar os documentos que entenderem cabíveis à postulação ou defesa de seus direitos, cabendo a este Juízo analisar a prova amealhada aos autos, restando preclusa a prova documental. Ademais, o ônus da prova será analisado com o mérito, nos tópicos específicos, conforme a lei, jurisprudência e o livre convencimento deste Juízo.

Indefiro.

DA REVERSÃO DA JUSTA CAUSA

Pleiteia o reclamante a reversão da justa causa, saldo de salário, aviso prévio, 13º salário proporcional, férias + 1/3 proporcionais, multa de 40% do FGTS, entrega de guias e seguro-desemprego, alegando, em síntese, que foi dispensado por justa causa sem qualquer motivo ou falta grave cometida em 21/02 /2022.

Impugna a reclamada, afirmando que o reclamante foi

dispensado por justa causa com base na alínea “m” do art. 482 da CLT, tendo recebido todas as verbas rescisórias desta espécie de rescisão.

O princípio da continuidade da relação de emprego conduz à fixação de algumas premissas, que independem de provas, por exemplo: o contrato por prazo indeterminado; a extinção contratual na modalidade de rescisão unilateral de iniciativa do empregador; etc. Deve-se provar o que as contraria, ilustrativamente: o contrato por prazo determinado, a justa causa obreira, dentro outros.

Desse modo, pesa sobre a parte ré o ônus da prova da justa causa atribuída à parte reclamante, nos termos do art. 818, II, da CLT c/c art. 373, II, do CPC.

Para a rescisão do contrato de emprego por justa causa, devem estar presentes os elementos subjetivos e objetivos. Caracteriza elemento subjetivo o dolo ou a culpa, e objetivos: a) a tipificação legal à falta, regra decorrente do art. 5º, XXXIX, da Carta Maior; b) a gravidade do ato, a ponto de abalar a confiança que permeia o liame empregatício; c) o nexo de causalidade entre a falta e a dissolução do contrato de trabalho; d) a proporcionalidade entre a falta e a punição imposta; e) a imediatidade da punição ou atualidade da falta.

Em audiência (fls.415/416) o reclamante informou que, de fato, vivenciou uma condenação penal em 2021, sem que houvesse pena restritiva de liberdade, condenação que envolve aproximadamente 1 ano e meio de comparecimento ao fórum criminal, o que, de fato, tem sido cumprido.

Pois bem.

Os documentos de fls.424 e ss comprovam que o reclamante foi condenado pelo crime tipificado no artigo 129 § 9º do CP (Violência Doméstica), com pena restritiva de liberdade de 3 meses cumprida em regime aberto (fls.710), cujo trânsito em julgado se deu em 24/09/2021.

A alínea “m” do art. 482 da CLT assim dispõe:

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: (...) m) perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado;

Outrossim, nos termos da Lei nº 7102/83, art. 16, inciso VI, que disciplina a profissão de vigilante, para o exercício desta profissão, há o seguinte requisito essencial:

Art. 16. Para o exercício da profissão, o vigilante preencherá os seguintes requisitos: VI - não ter antecedentes criminais registrados;

Dessa forma, esta magistrada entende que foi preenchido o requisito legal que autoriza a dispensa por justa causa do vigilante, uma vez que não preenchido requisito essencial estabelecido em lei para o exercício da profissão, qual seja, a ausência de antecedentes criminais.

Neste sentido:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. IMPOSSIBILIDADE DE CANDIDATO
MATRICULAR-SE NO CURSO DE RECICLAGEM DE VIGILANTE.
CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA PELOS CRIMES DE LESÃO CORPORAL E AMEAÇA NO ÂMBITO
DOMÉSTICO. TRÂNSITO EM JULGADO.

1. A orientação do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, não havendo sentença condenatória transitada em julgado, a existência de processo em andamento não pode ser considerada antecedente criminal a obstar a matrícula em curso de reciclagem para vigilante, em respeito ao Princípio da Presunção de Inocência.

Precedentes: AgRg no REsp 1.555.653/PE, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, DJe 15/2/2016; AgRg no AREsp 798.143/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27/11/2015; AgRg no REsp 1.477.288/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 14/10/2015, e REsp 1.241.482/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 26/4/2011. 2. Contudo, neste caso específico, em que ocorreu o trânsito em julgado da sentença que o condenou pelo crime tipificado no art.129, § 9º, do Código Penal Brasileiro, deve o recorrido ser impedido de exercer a profissão de vigilante, inclusive de inscrever-se no curso de formação, pois existentes antecedentes criminais que desabonam o exercício dessa profissão.

3. Recurso Especial provido. (REsp 1597088/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 12/09/2017)

AUSÊNCIA DE IDONEIDADE MORAL PARA O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DE
VIGILANTE A DESPEITO DO CUMPRIMENTO DA PENA 4. A condenação transitada em julgado do
recorrente por fato criminoso impede o exercício da atividade profissional de vigilante, ainda que a
pena tenha sido integralmente cumprida, diante da ausência de idoneidade moral, prevista no art. 16,
VI, da Lei 7.102 /1983, que exige inexistência de antecedentes criminais registrados. 5. Não prospera a
tese de que o art. 64, I, do CP teria sido violado, sob o argumento de que tal dispositivo seria aplicável
apenas para fins de reincidência, pois, ainda que tenha sido ultrapassado o lapso temporal de cinco
anos descrito no citado dispositivo, a condenação anterior transitada em julgado é considerada como
maus antecedentes. Isso porque o Superior Tribunal de Justiça adota o sistema da perpetuidade para
essa pratica. Nesse sentido: AgRg no HC 476.872/MG, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca,
Quinta turma, DJe 14/2 /2019; HC 449.661/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta turma, DJe
25/3/2019; HC 346.057/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 12/9/2016;
AgRg no HC 460.888/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta turma, DJe 21/03 /2019. 6. Como
o Superior Tribunal de Justiça utiliza o aludido sistema para antecedentes criminais, em âmbito penal,
não há razão para afastar o reconhecimento da existência de maus antecedentes para os fins do art.
16, VI, da Lei 7.102/1983. 7. Recurso Especial não provido. (REsp 1666294/DF, Rel. Ministro HERMAN
BENJAMIN,
SEGUNDA TURMA, julgado em 05/09/2019, DJe 11/10/2019)

Estando provada a prática de ato ensejador do despedimento por justa causa, a parte reclamada se desvencilhou a contento do encargo probatório que lhe incumbia.

Rompido validamente o contrato de trabalho por justa causa da parte autora, por corolário lógico, julgo improcedente o pedido de reversão da justa causa aplicada, bem assim os pedidos de pagamento de aviso prévio, décimo terceiro salário proporcional, férias + 1/3 proporcional, multa rescisória de 40% do FGTS e entrega de guias CD/SD, na medida em que tal modalidade de cessação do liame empregatício obstaculiza o reconhecimento de tais direitos e deferimento das respectivas pretensões.

A reclamada juntou aos autos TRCT com descrição das verbas resilitórias pagas na modalidade de rescisão por justa causa as fls.189/190.

DA JORNADA DO RECLAMANTE

Postula o reclamante as diferenças de adicional noturno e suas integrações, alegando que sempre laborou em horário noturno das 18h as 06h, recebendo o adicional noturno, porém sem o cômputo da hora ficta noturna como 52 minutos e 30 segundos, já que a reclamada nunca lhe pagou dessa forma.

Sustenta a reclamada, em síntese, que o reclamante laborou na forma dos controles de jornada, com todo o labor devidamente quitado.

Reputo válidos os registros nos controles de jornada juntados

pela reclamada, nos termos da Súmula 338, I do C TST, por possuírem, ademais, anotação de jornada variável, cuja veracidade não foi infirmada por prova robusta em sentido contrário.

Do cotejo dos controles de ponto (fls.62/121) e das fichas financeiras (fls.153/180), entendo que a reclamada não comprovou o pagamento do adicional noturno pela hora noturna ficta, pois não há discriminação destes valores nas fichas financeiras (art.373, II, do CPC), de modo que reputo como devidas as diferenças postuladas.

Condeno, assim, a reclamada a pagar ao reclamante diferenças de adicional noturno, com aplicação do adicional já pago em contracheque, pela consideração da hora ficta noturna de 52 minutos e 30 segundos, mas estas sem a contagem ficta, pelo período contratual imprescrito, com reflexos sobre DSRs e feriados, FGTS + 40%, aviso prévio, 13º salário, férias + 1/3 e horas extras. Atentar-se-á à evolução salarial, à integralidade salarial como base de cálculo (exceto quanto às horas extras, pois vedados reflexos cruzados), aos períodos de efetivo labor e ao divisor de 220 horas mensais.

DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA

A benesse em referência tem como base constitucional o direito de acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV da CRFB). E o sistema normativo prestigia a mera declaração, sendo da parte contrária o ônus probatório da ausência de miserabilidade jurídica, conforme Lei 7115/83 e 99 CPC.

Assim, a mudança estatuída com a Lei 13.467 de 13/07/2017 é inconstitucional no tocante à exigência de prova pela parte postulante e sua miserabilidade jurídica, bem assim atrelá-la a montante salarial, conforme novel previsão do art. 790-B, §§ 3º e 4º, por ofender a direitos e garantias individuais, notadamente a preconizada no art. 5º, inc. XXXV da CRFB.

E a lei 1.060/50, lei específica de concessão de assistência judiciária gratuita, não traz as restrições elencadas pelo novel art. 790-B. A par disso, a lei 7.115/83 que trata da declaração de pobreza firmada pela parte sem necessidade de prova não fora revogado, sendo lei específica.

Portanto, há regramento específico não revogado que trata do instituto, prevalecendo sobre o regramento genérico. Assim, seja por tratamento legal específico existente, seja por sua inconstitucionalidade, que ora declaro de forma difusa, deixo de aplicar a novel disposição do art.790-B §§3º e 4º da CLT.

E tendo o reclamante apresentado declaração de pobreza não afastada por outros elementos de prova dos autos, defiro a gratuidade pleiteada.

DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA

Condeno a reclamada ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, em favor do advogado da parte autora, no importe de 15% (§ 2º do art. 791-A), calculados sobre o valor integral da liquidação.

Lado outro, em virtude da recente decisão proferida na Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) 5766, que declarou inconstitucionais os arts. 790B, caput e § 4º, e 791-A, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e por ser a reclamante beneficiária da justiça gratuita, indefiro o pagamento de honorários advocatícios pela autora.

DA COMPENSAÇÃO/ DEDUÇÃO

Indefiro a compensação, tendo em vista não comprovada a ausência de crédito patronal em face do reclamante.

Defiro a dedução dos valores eventualmente pagos a idêntico título para evitar o enriquecimento sem causa, inclusive os valores pagos no TRCT de fls. 465/467.

DOS JUROS E DA CORREÇÃO MONETÁRIA

Juros de mora e correção monetária na forma da decisão proferida pelo E. STF nos autos da ADC nº 58, publicada no DJE em 07/04/2021: aplicação dos mesmos índices de correção monetária e de juros vigentes para as condenações cíveis em geral, ou seja, aplicação do IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir do ajuizamento (conforme decisão ED, Plenário STF, sessão virtual de 15/10/2021 a 22 /10/2021), a incidência da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil).

DOS RECOLHIMENTOS FISCAIS E PREVIDENCIÁRIOS

Autorizo os descontos da contribuição previdenciária e do imposto de renda retido na fonte – IRRF, obedecendo estes últimos aos parâmetros estabelecidos pela IN RFB nº 1.127, de 07.02.2011 (DOU de 08.02.2011), sobre as verbas de natureza salarial e desde que superado o teto isento de tributação. Os recolhimentos serão efetuados na forma dos Provimentos 01/1996 e 03/2005 da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho, deferindo-se os descontos do montante a ser pago à reclamante, tanto do IRRF (integralmente, dada sua relação pessoal e intransferível com o Fisco, sob pena de caracterizar locupletamento indevido), como à cota que lhe

cabe na contribuição previdenciária (artigo 195, I, "a", da Constituição Federal), tudo consoante Súmula 368 do colendo TST. A natureza das verbas deferidas obedecerá ao disposto no artigo 28 da Lei 8.212/91. Aplicam-se as disposições do artigo 43 da Lei nº 8.212/91 (redação da Lei 8.620/93) e artigo 46 da Lei 8.541/92, bem assim da OJ 363 da SDI-1/TST; os juros de mora não sofrerão tributação do IRRF (OJ 400SBDI-1/TST).

Indefiro os recolhimentos previdenciários e fiscais exclusivamente pela reclamada, haja vista tratar-se de verdadeiro pedido de isenção previdenciária e fiscal, questão já sedimentada na jurisprudência do C. TST, cuja Súmula 368, II, prevê o recolhimento mês a mês, mas não a isenção fiscal ou previdenciária.

DOS OFÍCIOS

Indefiro o pedido de expedição de ofícios requerido pela parte reclamante, uma vez que a própria parte tem a faculdade de comunicar às instituições mencionadas na petição inicial as irregularidades que entenda haver constatado.

III- DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo PROCEDENTE EM PARTE a reclamação trabalhista nº 1000863-18.2022.5.02.0088 ajuizada por ALEXANDRE DIAS DE FREITAS em face de GOCIL SERVICOS DE VIGILANCIA E SEGURANCA LTDA, decidindo o que segue, conforme fundamentação que integra este dispositivo para todos os fins.

Deferir o requerimento autoral de gratuidade de justiça, mas indeferir o de juntada de documentos.

Acolher a prejudicial da reclamada de prescrição quinquenal, declarando inoponíveis os créditos do reclamante, anteriores a 29/06/2017, à exceção dos pedidos declaratórios (art. 11, § 1º, CLT).

Condenar a reclamada ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, em favor do advogado da parte autora, no importe de 15% (§ 2º do art. 791-A), calculados sobre o valor integral da liquidação.

Condenar a reclamada, na forma da fundamentação, a pagar ao reclamante as seguintes parcelas:

diferenças de adicional noturno, com aplicação do adicional já pago em contracheque, pela consideração da hora ficta noturna de 52 minutos e 30 segundos, mas estas sem a contagem ficta, pelo período contratual imprescrito, com reflexos sobre DSRs e feriados, FGTS + 40%, aviso prévio, 13º salário, férias + 1/3 e horas extras. Atentar-se-á à evolução salarial, à integralidade salarial como base de cálculo (exceto quanto às horas extras, pois vedados reflexos cruzados), aos períodos de efetivo labor e ao divisor de 220 horas mensais.

Julgar improcedentes os demais pedidos autorais.

Tudo na forma da fundamentação supra, que passa a integrar o presente dispositivo.

Liquidação por cálculos, conforme artigo 879 da CLT. Em respeito à previsão do artigo 832, §3º, da CLT, a natureza das verbas acima deferidas adequa à previsão constitucional (artigo 195 da CF) e legal (artigo 28, §9º, da Lei 8212 /91).

Custas, pela reclamada, no valor de R\$ 400,00 (quatrocentos reais), na forma do artigo 789, I, da CLT, calculadas sobre o valor da condenação arbitrado em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Desde já as partes ficam advertidas de que a apresentação de embargos de declaração que não versem sobre omissões (sobre pedidos acerca dos quais o Juízo deveria se manifestar, não sobre argumentos das partes), contradições (entre os termos do julgado, não entre o decidido e o alegado ou o supostamente

provado) ou obscuridades, mas que apenas mostrem o inconformismo da parte com a decisão proferida, implicará na condenação do embargante a pagar ao embargado multa de 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado da causa e, no caso de reiteração, elevada a 10% (dez por cento), ficando a interposição de recurso ordinário condicionada ao depósito prévio do valor desta multa, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário da gratuidade de justiça, que a recolherão ao final, nos termos do artigo

1.026, §§ 2º e 3º, do CPC.

Notifiquem-se as partes.

Nada mais.

SAO PAULO/SP, 22 de março de 2023.

ELISA AUGUSTA DE SOUZA TAVARES

Juíza do Trabalho Substituta



Assinado eletronicamente por: ELISA AUGUSTA DE SOUZA TAVARES - Juntado em: 22/03/2023 12:01:13 - 5bcde61

<https://pje.trt2.jus.br/pejz/validacao/23032212000855800000292584348?instancia=1>

Número do processo: 1000863-18.2022.5.02.0088

Número do documento: 23032212000855800000292584348

SUMÁRIO

Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
5bcde61	22/03/2023 12:01	Sentença	Sentença