



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

Recurso Ordinário Trabalhista

1001831-34.2022.5.02.0028

Relator: WILSON RICARDO BUQUETTI PIROTTA

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 07/08/2023

Valor da causa: R\$ 78.685,24

Partes:

RECORRENTE: -----

ADVOGADO: PALOMA RICHTER BRUXELLAS MOREIRA

RECORRENTE: DROGARIA SAO PAULO S.A.

ADVOGADO: RAQUEL NASSIF MACHADO PANEQUE

RECORRIDO: -----

ADVOGADO: PALOMA RICHTER BRUXELLAS MOREIRA **RECORRIDO:**
DROGARIA SAO PAULO S.A.

PAGINA_CAPA_PROCESSO_PJEADVOGADO: RAQUEL NASSIF

MACHADO PANEQUE

PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA DO TRABALHO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO



PROCESSO TRT/SP Nº 1001831-34.2022.5.02.0028

RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTES: DROGARIA SÃO PAULO S.A.

-----RECORRIDAS: AS MESMAS

ORIGEM: 28ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO - SP

RELATOR: WILSON RICARDO BUQUETTI PIROTTA

EMENTA

I - RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. FARMACÊUTICA. APLICAÇÃO DE

INJEÇÕES E TESTES DE COVID. As conclusões periciais são robustas, não mereceram impugnação técnica convincente e afinam-se com a jurisprudência deste Tribunal no sentido de que empregados de farmácia encarregados de aplicação de injeções de medicamentos (e ainda de testes de Covid, como no caso específico da autora) fazem jus ao pagamento de adicional de insalubridade, na forma do Anexo 14 da NR15, pelo contato com agentes biológicos nocivos. Precedentes também do C. TST. **Recurso ordinário a que se nega provimento.**

II - RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE. LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO.

A fixação do valor da causa e aquele atribuído a cada pedido visa determinar a fixação do rito processual (art. 2º da Lei nº 5.584/1970) e serve de base para o importe dos encargos. O valor da causa é atribuído pelo demandante na petição inicial (inciso V do art. 319 do CPC) com base no art. 292 do CPC. Esse valor é atribuído normalmente por estimativa e pode ser alterado pelo juiz, inclusive de ofício, conforme art. 292, § 3º, do CPC ou quando há impugnação pela parte contrária. Este é o entendimento consubstanciado na Súmula nº 71 do C. TST. De tal forma, limitar a execução ao montante indicado na peça de ingresso obstra o direito à reparação integral dos prejuízos sofridos pela parte obreira no decorrer do pacto laboral. Recurso ordinário a que se dá provimento, no tópico.

RELATÓRIO

Inconformadas com a r. sentença proferida pelo MM. Juízo da 28ª Vara do Trabalho de São Paulo - SP, cujo relatório adoto e que julgou procedente em parte a ação (ID. ce6ca2e

ID. ce2fe86 - Pág. 1

- fls. 897/915 do arquivo PDF), complementada pela r. decisão aclaratória de ID. 690054d (fls. 923/924), as partes interpõem recursos ordinários.

Em seu apelo (ID. d5ca6ba - fls. 926/942), a reclamada insurge-se em face da condenação ao pagamento de adicional de insalubridade, argumentando que não se trata de estabelecimento destinado aos cuidados da saúde humana. Aduz que no local de trabalho da autora não

existe atendimento a pacientes, nem tampouco contato com material infecto-contagiante, mas apenas atendimento a clientes. Alega que sempre forneceu equipamentos de proteção individual capazes de elidir os agentes insalubres. Pretende a reversão dos honorários periciais à autora, em caso de improcedência do pedido ou, subsidiariamente, a redução do valor fixado sob esse título. Ataca a condenação ao pagamento de horas extras e reflexos, considerando que a validade dos espelhos de ponto foi reconhecida. Assevera que o eventual estabelecimento da jornada de trabalho foi devidamente remunerado ou compensado. Invoca a disposição contida no artigo 59, §2º, da CLT. Pretende que os honorários advocatícios sucumbenciais sejam abatidos do crédito deferido à autora, à luz do artigo 98, §2º, do CPC.

No seu recurso (ID. e79d35d - fls. 986/1.001), a reclamante insiste na reversão da dispensa por justa causa que lhe foi aplicada. Aduz que o fato ocorreu em 21/11/2022, mas apenas foi dispensada no dia 05/12/2022, reputando ausente o requisito da imediatidate. Alega que jamais teve o intuito de ofender ou de praticar ato de injúria ou preconceito com seus colegas de trabalho. Diz que é uma pessoa bastante extrovertida e que costuma brincar com pessoas próximas. Afirmou que não houve sindicância para apuração dos fatos e que mesmo que o ato a si imputado tivesse ocorrido não seria motivo para aplicação da justa causa. Pretende a condenação da reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, ao argumento de que houve descumprimento contratual por parte da ré e aplicação de justa causa. Acrescenta que teve de laborar, não obstante apresentar atestados médicos autorizando seu afastamento. Insurge-se em face da limitação da condenação aos valores apontados na petição inicial, alegando que os referidos montantes foram indicados por mera estimativa. Entende que faz jus ao recebimento da multa prevista no artigo 477, §8º, da CLT, no caso de reversão da justa causa. Pugna pela condenação da reclamada ao pagamento de horas extras, decorrentes da irregular concessão do intervalo intrajornada. Diz que não consta dos controles de frequência a marcação diária do intervalo e que comprovou através do seu depoimento pessoal que não conseguia usufruir regularmente da referida pausa para alimentação e descanso, em razão da sobrecarga de trabalho. Requer o afastamento da sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, por ser parte beneficiária da justiça gratuita.

Custas processuais e depósito recursal recolhidos e comprovados pela reclamada (ID. a2abbe1 a ID. 0842193).

A autora é beneficiária da justiça gratuita (ID. ce6ca2e - fl. 914).

ID. ce2fe86 - Pág. 2

As partes apresentaram contrarrazões (ID. b8e4aae e ID. aeef57f).

Dispensada a manifestação circunstanciada do Ministério Público do

Trabalho.

É o relatório.

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Preenchidos os pressupostos legais, pois propostos a tempo e subscritos por procuradores regularmente constituídos nos autos, **conheço** dos recursos interpostos pelas partes.

MÉRITO

I - DO RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELA RECLAMADA

1. Adicional de insalubridade

Insurge-se a reclamada em face da condenação ao pagamento de adicional de insalubridade, argumentando que não se trata de estabelecimento destinado aos cuidados da saúde humana. Aduz que no local de trabalho da autora não existe atendimento a pacientes, nem tampouco contato com material infecto-contagiante, mas apenas atendimento a clientes. Alega que sempre forneceu equipamentos de proteção individual capazes de elidir os agentes insalubres.

Razão não lhe assiste.

O laudo pericial de ID. 5346c09 (fls. 797/814), no qual se embasou a r. sentença recorrida é conclusivo no sentido de que a reclamante, como farmacêutica, tinha entre suas tarefas a aplicação de injetáveis (medicamentos) de 1 a 3 vezes por dia, sendo que cada aplicação demanda cerca de 2 a 5 minutos. Além disso, efetuava testes de Covid-19 diariamente, na média de 10 a 20 vezes por dia, no período pandêmico.

Consignou o I. Perito que a reclamada não comprovou a entrega de EPI's à parte autora. Assentou o Vistor a esse respeito que: "*reclamante e paradigma declararam que usavam luvas descartáveis de marcas variadas, sem saber informar os CAs. No dia da diligência havia CAs 21.088 e CA 39.890. Mesmo que a reclamada comprovasse a entrega de luvas com CAs aprovados para*

proteção contra agentes biológicos ao reclamante, ainda assim haveria insalubridade visto que tais luvas não oferecem proteção contra agentes perfurantes" (fl. 805).

Desse modo, concluiu o Expert que não foram mitigados os efeitos da nocividade por agentes biológicos a que estava exposta a autora, no desempenho de suas atividades habituais como farmacêutica, as quais são caracterizadas como insalubres, nos termos do Anexo 14, da Norma Regulamentadora nº 15, da Portaria nº 3.214/1978 do Ministério do Trabalho.

Em seus esclarecimentos adicionais (ID. 1257e1b - fls. 834/836), o perito ratifica as conclusões do laudo, acentuando que a reclamante mantinha contato habitual e permanente com material infecto contagioso em decorrência de aplicar uma a três injeções por dia.

As conclusões periciais são robustas, não mereceram impugnação técnica convincente e afinam-se com a jurisprudência deste Tribunal no sentido de que empregados de farmácia encarregados de aplicação de injeções de medicamentos (e ainda de testes de Covid, como no caso específico da autora) fazem jus ao pagamento de adicional de insalubridade.

A aplicação em caráter habitual pela reclamante de medicamentos injetáveis, bem como de testes de Covid no período pandêmico, é asseverada pelo perito e não sofreu prova em sentido contrário, a cargo da parte reclamada. Anote-se que a exposição intermitente ao agente nocivo já assegura o direito ao adicional, na forma da Súmula nº 47 do C. TST.

Registre-se também, por relevante, que a NR-32 define como "*serviços de saúde qualquer operação destinada à prestação de assistência à saúde da população, e todas as ações de promoção, recuperação, assistência, pesquisa e ensino em saúde em qualquer nível de complexidade*", abrangendo as farmácias que efetuam a aplicação de medicamentos injetáveis, que se enquadram no conceito de serviço de saúde em nível menos complexo, em consonância com a previsão do Anexo 14 da NR-15. Assim, a simples alegação de que não é estabelecimento dedicado ao cuidado da saúde humana, mas estabelecimento comercial destinado à comercialização de medicamentos, cosméticos e afins, em nada socorre à recorrente nesse ponto.

Está claro que entre os usuários dos serviços da farmácia estão pessoas adoecidas, inclusive portadores de doenças infectocontagiosas, o que mais se acentua no período da pandemia em que possíveis portadores do vírus acorreram às farmácias para a realização dos testes detectores.

Saliente-se que, na linha das observações do perito, o simples manuseio de instrumentos perfurocortantes contaminados por sangue, como agulhas, traz, por si só, o risco de infecção do trabalhador. Ademais, a disseminação desses agentes patogênicos é muito fácil e se dá por várias vias.

Não houve, ainda, prova, necessariamente documental, conforme item 6.6.1, "h", da NR-6, de fornecimento regular à reclamante de EPIs como avental e luvas impermeáveis, assentando de todo modo o perito que equipamentos de proteção como luvas ou máscaras podem no máximo atenuar a nocividade ambiental, sem neutralizá-la de todo, tendo em vista a própria natureza dos patógenos infectantes. Estéreis portanto os argumentos da recorrente no sentido de que a autora estava devidamente protegida contra o agente biológico nocivo.

Cito precedentes do C. TST, inclusive de sua SBDI-1, sobre o tema, no mesmo sentido das presentes razões:

EMBARGOS. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. TRABALHO EM FARMÁCIA. APLICAÇÃO DE INJEÇÕES DE FORMA ROTINEIRA. ADICIONAL DEVIDO.

Assinalado pelo eg. Tribunal Regional que o empregado se ativava, em determinado período, na aplicação de injeções, e que o laudo pericial constatou trabalho insalubre, não há como a c. Turma, sem qualquer respaldo nos elementos fáticos traduzidos pela decisão recorrida, assinalar que a atividade do reclamante não era rotineira. Afírmão fato que a eg. Corte não analisa determina contrariedade à Símula 126 do c. TST, e viabiliza o exame da tese de direito: se cabe adicional de insalubridade a empregado de farmácia que aplicava injetáveis em determinado período do contrato de trabalho. Nesse sentido, incumbe afirmar que é devido o adicional de insalubridade, em grau médio, ao empregado de farmácia que ministra injeções em clientes, de forma rotineira na jornada de trabalho, presente o enquadramento da atividade na norma regulamentadora pertinente (Anexo 14 da NR-15 do MTE), que prevê o pagamento do adicional, em grau médio, para: "Trabalhos e operações em contato permanente com pacientes, animais ou com material infectocontagiente, em: -hospitais, serviços de emergência, enfermarias, ambulatórios, postos de vacinação e outros estabelecimentos destinados aos cuidados da saúde humana". Precedentes do Tribunal. Embargos conhecidos e providos (E-RR-105898.2014.5.10.0016, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 9/6/2017).

"RECURSO DE REVISTA. LEIS N°S 13.015/2014 E 13.467/2017 . ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. APLICAÇÃO DE INJETÁVEIS EM FARMÁCIA. PREVISÃO NA NORMA REGULAMENTAR 15 DA PORTARIA 3.214/78 DO MTE. AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA. 1. A questão discutida nos autos diz respeito à possibilidade de concessão de adicional de insalubridade por exposição a agentes biológicos a empregados de farmácias e drogarias, quando incumbidos da atividade de aplicação de substâncias injetáveis. 2. Esta Corte firmou o entendimento de que "empregado de drogaria que se dedica de forma habitual à aplicação de injeções está exposto a agentes biológicos, sendo devido o pagamento do adicional de insalubridade em grau médio, em face da previsão contida no Anexo XIV da NR-15 da Portaria nº 3.214/1978 do MTE, a qual contempla outros estabelecimentos destinados aos cuidados da saúde, em sintonia com a Símula nº 448, I, do TST" (E-RR-248-52.2013.5.15.0006, SDI-1, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 10/08/2017). Precedentes. 3. Na hipótese, as premissas fáticas registradas no acórdão recorrido evidenciam que a reclamante laborava na farmácia e fazia aplicação de injeção em clientes da reclamada, tendo o laudo técnico constatado o trabalho insalubre, fazendo jus, portanto, ao pagamento do adicional de insalubridade. Incidência da Símula 333 do TST e do art. 896, § 7º, da CLT, restando

patente a ausência de transcendência. Recurso de revista de que não se conhece" (RR-11169-02.2020.5.15.0014, 3^a Turma, Relator Ministro Alberto Bastos Balazeiro, DEJT 07/10/2022).

ID. ce2fe86 - Pág. 5

"RECURSO DE REVISTA - PROCESSO SOB A VIGÊNCIA DA LEI N° 13.467/17 ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - APLICAÇÃO DE INJETÁVEIS EM FARMÁCIA PREVISÃO NA NORMA REGULAMENTAR N° 15 DA PORTARIA N° 3.214/78 DO MTE - TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA. Esta Corte Superior firmou entendimento no sentido de ser devido o adicional de insalubridade aos empregados de farmácia/drogaria que, de modo rotineiro, aplicam injeções, pois sua atividade se enquadra nas hipóteses previstas na Norma Regulamentadora nº 15, anexo 14, do Ministério do Trabalho e Emprego. Restou comprovado que o reclamante, aproximadamente dez vezes por semana, aplicava medicamentos injetáveis em clientes da farmácia. Ademais, a Súmula nº 47 desta Corte dispõe que "o trabalho executado em condições insalubres, em caráter intermitente, não afasta, só por essa circunstância, o direito à percepção do respectivo adicional ". Assim, deve ser reformada a decisão regional para restabelecer a sentença que condenou a reclamada ao pagamento do adicional de insalubridade. Recurso de Revista conhecido e provido" (RR-161595.2014.5.03.0011, 7^a Turma, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, DEJT 19/03 /2021).

Menciono também precedentes desta Turma Julgadora:

INSALUBRIDADE. EMPREGADA DE FARMÁCIA ENCARREGADA DA APLICAÇÃO DE INJEÇÕES, EM CARÁTER HABITUAL. ADICIONAL DEVIDO. A jurisprudência trabalhista é remansosa na chave de que o empregado de farmácia que ministra injeções em clientes, de forma habitual, faz jus ao adicional de insalubridade em grau médio pela exposição a agentes biológicos nocivos, na forma do Anexo 14 da NR-15. Trata-se de estabelecimento destinado aos cuidados da saúde humana, ressaltando-se que a insalubridade se caracteriza no caso pelo risco de contágio por infecções e doenças de que podem ser potencialmente portadores os clientes/pacientes da farmácia. Precedente estabelecido na SDI-I do C. TST sobre o tema. Julgado da E. 8^a Turma sobre a mesma matéria, relacionado a processo que conta com a ora recorrida (Raia Drogasil) no polo passivo. Precedente desta C. 6^a Turma. Recurso ordinário a que se dá parcial provimento (Processo nº 1001751-83.2016.5.02.0706, Relatora Jane Granzoto Torres da Silva, Data: 04/09/2019).

EMENTA: BALCONISTA DE FARMÁCIA. APLICAÇÃO DE INJEÇÕES. POSSIBILIDADE DE CONTATO COM PACIENTES E MATERIAIS INFECTOCONTAGIANTES. RISCO DE CONTÁGIO DE INFECÇÕES E DOENÇAS. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE DEVIDO. A atividade do autor, de aplicar injeções em pacientes, caracteriza o contato com pacientes e com materiais infectocontagiosos e a ré, como farmácia e oferecendo os serviços de aplicação de injeções, enquadra-se como estabelecimento destinado ao cuidado da saúde humana. Portanto, as especificidades do caso ora em análise enquadram-se, perfeitamente, no Anexo 14 da Norma Regulamentadora n. 15 (Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho em Emprego), que estabelece como devido o adicional de insalubridade em grau médio por exposição a agentes biológicos a quem trabalha em contato permanente com pacientes ou material infectocontagiante em estabelecimentos destinados aos cuidados da saúde humana (Processo nº 1000867-75.2019.5.02.0471, Relator Valdir Florindo, Data: 05/04/2021).

Correta pois a decisão recorrida, que se mantém.

Nego provimento.

2. Honorários periciais

Sucumbente na pretensão objeto da perícia (art. 790-B da CLT), deve a reclamada arcar com os honorários respectivos. No que diz respeito ao quantum arbitrado, verifica-se que

ID. ce2fe86 - Pág. 6

se trata de discussão relegada à fase de liquidação, tendo em vista que o MM. Juízo de primeiro grau não fixou valor aos honorários periciais na r. sentença recorrida, tampouco em sede aclaratória, razão pela qual não subsiste interesse recursal da reclamada nesse particular.

Mantendo.

3. Jornada de trabalho. Horas extras

Ataca a recorrente a condenação ao pagamento de horas extras e reflexos, considerando que a validade dos espelhos de ponto foi reconhecida. Assevera que o eventual elastecimento da jornada de trabalho foi devidamente remunerado ou compensado. Invoca a disposição contida no artigo 59, §2º, da CLT.

Ao exame.

O MM. Juízo de origem condenou a reclamada ao pagamento de horas extras e reflexos, assim consideradas as excedentes da 8ª diária ou 44ª semanal, com base nos horários registrados nos cartões de ponto acostados aos autos, por considerar inválido o acordo de compensação de jornada celebrado entre as partes, ante a ausência de autorização prévia das autoridades competentes, à luz da norma contida no artigo 60, da CLT.

A r. decisão não comporta reparo.

Por força de laudo pericial, o local de trabalho foi reconhecido como insalubre em grau médio, pela exposição a agentes nocivos biológicos, o que ensejou a condenação da reclamada ao adicional respectivo, durante todo o contrato de trabalho.

Dessa forma, a prorrogação da jornada de trabalho, para ser

implementada, tinha como antecedente obrigatório a licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho de que trata o art. 60 da CLT, excetuadas dessa exigência apenas as jornadas de 12x36 (parágrafo único). Inexiste nos autos prova de autorização desse gênero, o que redunda na invalidade do sistema compensatório adotado pela reclamada, que possibilitou a não autorizada prorrogação da jornada de trabalho. Note-se que o banco de horas outra coisa não é que uma modalidade de compensação da jornada, a teor da regra celetista.

Pouco importa, nesse contexto, que o modelo adotado seja o de banco de horas e não de compensação em módulo semanal, pois em qualquer caso a autorização prévia do Ministério do Trabalho se faz necessária. É o que se depreende do item VI da Súmula nº 85 do C. TST:

COMPENSAÇÃO DE JORNADA (inserido o item VI) - Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016

ID. ce2fe86 - Pág. 7

(...)

VI - Não é válido acordo de compensação de jornada em atividade insalubre, ainda que estipulado em norma coletiva, sem a necessária inspeção prévia e permissão da autoridade competente, na forma do art. 60 da CLT.

Na mesma direção, os seguintes julgados do C. Tribunal Superior do Trabalho:

"RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO EM FACE DE ACÓRDÃO PUBLICADO APÓS A LEI N° 13.015/2014, MAS ANTES DA LEI N° 13.105/2015. HORAS EXTRAS ACORDO DE COMPENSAÇÃO - ATIVIDADE INSALUBRE - AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DO MTE - INVALIDADE - INAPLICABILIDADE DO ITEM IV DA SÚMULA/TST N° 85. (ofensa ao artigo 7º, XXVI, da CF/88, contrariedade à Súmula/TST nº 85, III e IV, e divergência jurisprudencial) O entendimento desta Corte Superior é no sentido de ser impossível negociação coletiva para compensação de jornada de trabalho, inclusive em banco de horas, em atividade insalubre, sem que haja inspeção prévia da autoridade competente. Assim, ausente autorização administrativa para prestação de horas extras em ambiente insalubre, na forma do artigo 60 da CLT, revelase inválida norma coletiva que previa a compensação de jornada de trabalho. É o que restou consagrado na Súmula 85, item VI, in verbis: "Não é válido acordo de compensação de jornada em atividade insalubre, ainda que estipulado em norma coletiva, sem a necessária inspeção prévia e permissão da autoridade competente, na forma do art. 60 da CLT". De outra parte, a jurisprudência prevalecente nesta Corte Superior é no sentido de que o descumprimento do item VI da Súmula nº 85 do TST não acarreta somente a nulidade formal do acordo, mas traduz a invalidade material do pacto, sobretudo em razão da natureza de saúde, segurança e medicina do trabalho do art. 60 da CLT. Portanto, inaplicável à espécie o item IV da referida Súmula/TST nº 85. Há precedentes. Recurso de revista não conhecido (...). (RR-20376-36.2013.5.04.0221, 7ª Turma, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, DEJT 08/04/2022)

"AGRADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. BANCO DE HORAS. REGIME COMPENSATÓRIO. INOBSERVÂNCIA DAS DISPOSIÇÕES NORMATIVAS. ATIVIDADE INSALUBRE. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO ESPECÍFICA DO MTE.

Hipótese em que o Tribunal Regional manteve a condenação quanto à invalidade do banco de horas, sob dois fundamentos: primeiro, porque não foram cumpridos requisitos formais contidos na norma coletiva instituidora, tais como comunicação ao empregado com antecedência mínima de 72h quando da efetiva compensação e fornecimento mensal das informações sobre o saldo de horas; e segundo, porque a reclamada não produziu prova quanto à autorização da autoridade competente para o trabalho em condições insalubres. Nos termos da jurisprudência desta Corte, é inválido o regime de compensação mediante banco de horas, mesmo que previsto em norma coletiva, quando não observados os critérios estabelecidos para sua implementação. Quanto ao segundo fundamento, a decisão também se encontra em consonância com a jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior, conforme item da VI da Súmula 85, segundo o qual não é válido acordo de compensação de jornada em atividade insalubre, ainda que estipulado em norma coletiva, sem a necessária permissão da autoridade competente, na forma do art. 60 da CLT. Não merece reparos a decisão. Agravo não provido" (AgAIRR-20374-84.2013.5.04.0021, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 18/03/2022).

É certo que o art. 611-A, XIII, da CLT, estabelece a prevalência da convenção coletiva e do acordo coletivo sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre a prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho. Ocorre que as normas coletivas abrigadas nos autos não contêm disposição expressa nesse sentido.

ID. ce2fe86 - Pág. 8

Logo, em razão do trabalho em ambiente insalubre sem licença prévia da autoridade competente -, o acordo de compensação de jornada adotado pela empresa é inválido e gera o pagamento, como extras, das horas excedentes do módulo legal, nos moldes delineados pelo MM. Juízo de origem.

Quedam-se inócuas, nesse cenário, as alegações recursais de que a autora não teria se desvencilhado do ônus que lhe incumbia quanto à comprovação das diferenças de horas extras, dada a invalidade do acordo compensatório adotado pela recorrente.

Nada a modificar.

II - DO RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELA RECLAMANTE

1. Reversão da justa causa

Insiste a reclamante na reversão da dispensa por justa causa que lhe foi

aplicada. Aduz que o fato ocorreu em 21/11/2022, mas apenas foi dispensada no dia 05/12/2022, reputando ausente o requisito da imediatidate. Alega que jamais teve o intuito de ofender ou de praticar ato de injúria ou preconceito com seus colegas de trabalho. Diz que é uma pessoa bastante extrovertida e que costuma brincar com pessoas próximas. Afirmas que não houve sindicância para apuração dos fatos e que mesmo que o ato a si imputado tivesse ocorrido não seria motivo para aplicação da justa causa.

Razão não lhe assiste.

Contestando a pretensão formulada na prefacial, a reclamada argumentou que a justa causa aplicada à reclamante sucedeu-se em virtude da prática de ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, capitulado no artigo 482, alínea "j", da CLT, qual seja, denúncia realizada por outra colaboradora, a qual relatou que, aos 21/11/2022, a reclamante lhe teria chamado de "macaca" durante uma conversa, fato que restou confirmado após apuração interna da empresa, consoante demonstram os documentos anexados à defesa.

O MM. Juízo *a quo*, acolhendo as alegações defensivas, reconheceu como correta a dispensa motivada da autora, decisão que merece ser integralmente mantida.

Por se tratar de medida extrema e considerando os nefastos efeitos decorrentes de sua aplicação na vida profissional e até mesmo pessoal do trabalhador, para a caracterização da falta grave imputada ao empregado exige-se a produção de sólidos elementos de prova, ônus que compete ao empregador, por força dos artigos 818, II, da CLT e 373, II, do CPC e da Súmula

ID. ce2fe86 - Pág. 9

212 do C. TST. Além do que, é indispensável para caracterização da justa causa a demonstração da gravidade do ato imputado ao empregado, a proporcionalidade e a imediatidate da pena cominada.

Preceitua o art. 482, "j", da CLT que constitui justa causa para rescisão do contrato de trabalho pela empregadora qualquer ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem.

Na hipótese em tela, referidos requisitos restaram comprovados, mediante prova oral e documental, as quais são suficientes para ensejar a justa causa que foi cominada à autora, em razão da reclamante ter chamado outra colaboradora da empresa, Sra. Cícera, de "macaca".

Em primeiro lugar, os documentos anexados à defesa, os quais não

sofreram impugnação específica da parte autora, demonstram a existência de denúncia elaborada pela Sra. Cícera, relatando que, aos 21/11/2022, por volta das 15h20, ao retornar do almoço, a reclamante se dirigiu à denunciante e disse a seguinte frase: "*canta macaca*" (ID. 0693138 - fls. 302/304). Diversamente do que pretende fazer crer a recorrente, não se tratou apenas de uma brincadeira entre a autora e a colaboradora Cícera, tanto que esta última se sentiu triste, humilhada e angustiada, segundo seu próprio relato e tratou de denunciar o ocorrido à direção da empresa.

Em segundo lugar, extrai-se do relato elaborado pela própria reclamante por ocasião da apuração dos fatos, também anexado à defesa, que esta costumava se dirigir a outros colaboradores utilizando a palavra "macaco(a)" - ID. 6ed16ae - fls. 308/309.

Em audiência, a testemunha indicada pela reclamada declarou que "*ficou sabendo por Cícera que a autora havia chamado ela de "macaca"; que Cícera também contou que a autora foi questionada pela gerente sobre o fato*" (ID. 72cea41 - fl. 853). Relevante ressaltar que quando a referida testemunha afirma que não ouviu a autora chamar Cícera de macaca, não significa que o fato não aconteceu, mas apenas que a testemunha não ouviu. O fato foi robustamente comprovado nos autos através da prova documental.

E, diversamente do sustentado pela recorrente, não se trata de brincadeira nem tampouco ato praticado em clima amistoso ou oriundo de pessoa extrovertida. Trata-se de ofensa de cunho racial que não pode ser admitida ou tolerada sob nenhum aspecto, contexto ou circunstância.

Nesse cenário, denota-se a aludida gravidade na conduta da reclamante, de modo a ensejar a sua dispensa com justa causa. O rol do artigo 482, da CLT é taxativo e a conduta da obreira, ao ofender a honra de outra colaboradora, mediante a prática de ato de injúria racial, enquadra-se na hipótese prevista na alínea "j", do mencionado dispositivo.

ID. ce2fe86 - Pág. 10

É certo que não existe imposição legal, dentro do Direito do Trabalho, para a graduação na aplicação de penalidades, sendo certo que a configuração da justa causa para a dispensa do empregado, uma única atitude do laborista, diante da gravidade da qual se reveste, é capaz de impossibilitar a continuidade do pacto. Contudo, incumbe averiguar se a intensidade da falta cometida pelo empregado dá ensejo à situação ora enfocada, bem como se a conduta irregular do obreiro possui gravidade suficiente a ponto de tornar insuportável a manutenção do pacto laboral. A penalidade a ser aplicada ao empregado há de ser harmoniosa e proporcional à falta, considerando a sua repercussão, o histórico do empregado e a possibilidade de aplicação de medida de caráter pedagógico, eis que, para

Assinado eletronicamente por: WILSON RICARDO BUQUETTI PIROTTA - 14/12/2023 11:30:32 - ce2fe86
<https://pje.trf2.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=23083113142726200000203807913>
 Número do processo: 1001831-34.2022.5.02.0028
 Número do documento: 23083113142726200000203807913

faltas menos graves, há penas mais brandas e, portanto, mais adequadas.

No presente caso, a conduta da reclamante demonstra grave mácula no dever de respeito e empatia com o próximo que deve permear as relações humanas de qualquer natureza, passível de punição atualmente na esfera criminal (Lei nº 14.532/23), implica prejuízo à imagem institucional do empregador, além de se revestir de gravidade tal que inviabiliza a continuidade do vínculo de empregatício, sendo dispensada a gradação das penas.

Não há que se falar, por fim, na ausência do requisito da imediatidate, tendo em vista que o fato desencadeador da dispensa ocorreu em 21/11/2022, foi instaurado procedimento apuratório, vindo a autora a ser dispensada em 05/12/2022. De se ressaltar que a reclamada consiste em empresa de porte elevado com diversas lojas e filiais, sendo natural o decurso de alguns dias entre a finalização do procedimento investigatório e a concretização da dispensa por justa causa, dada a dimensão das instâncias internas de decisão, as quais inclusive propiciaram à obreira o exercício do seu direito de defesa.

Por conseguinte, correta a justa causa aplicada pela reclamada, com pleno respaldo no artigo 482, alínea "j", da CLT, resultando incabível a condenação da empresa ao pagamento das verbas rescisórias inerentes à dispensa imotivada.

Pelo exposto, não há o que reformar.

2. Indenização por danos morais

Pretende a recorrente a condenação da reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, ao argumento de que houve descumprimento contratual por parte da ré e aplicação de justa causa. Acrescenta que teve de laborar, não obstante apresentar atestados médicos autorizando seu afastamento.

Improcede.

ID. ce2fe86 - Pág. 11

Nos termos do art. 5º, X da Constituição Federal, há possibilidade de indenização por dano moral, na medida em que dispõe serem "*invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*".

Assim, o dano moral consiste em lesão à honra, intimidade, dignidade e à imagem, causando transtornos de ordem emocional e prejudicando aspectos da vida comum.

O assédio moral pode ser conceituado como a conduta abusiva reiterada em face do empregado, havendo dois requisitos básicos: a abusividade no tratamento ao trabalhador ferindo sua dignidade e a reiteração, repetição sistemática da conduta.

No caso em apreço, caberia à demandante (artigo 818, inciso I, da CLT e 373, I do CPC) provar a propalada lesão aos bens imateriais, mas desse encargo não se desincumbiu, porquanto nenhuma prova produziu hábil a demonstrar que era vítima de perseguição na reclamada, segundo relatado na prefacial, ao passo que a rescisão contratual por justa causa foi corretamente aplicada à trabalhadora, consoante já exposto no tópico recursal antecedente.

Tampouco houve comprovação de que a autora foi impedida de se ausentar do trabalho, não obstante a apresentação de atestados médicos à reclamada.

No mais, o descumprimento das obrigações trabalhistas cometido pela reclamada foi resolvido na esfera patrimonial, mediante a condenação ao pagamento dos títulos devidos e dado que a reclamante não comprovou nenhum fato objetivo que evidenciasse uma situação extraordinária de exasperação causada pelo empregador.

Destarte, não configurada a prática de ato ilícito, pela reclamada, nem o prejuízo sofrido pela autora, não há como condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais.

Nego provimento.

3. Limitação da condenação aos valores dos pedidos indicados na petição inicial

A reclamante se insurge em face da limitação da condenação aos valores apontados na petição inicial, alegando que os referidos montantes foram indicados por mera estimativa.

Com razão.

O art. 840, §1º, da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.467/2017, estabelece que, "sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do juízo, a qualificação das partes, a breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, que deverá ser certo, determinado e com indicação de seu valor, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante".

De igual modo, o art. 852-B, I, da CLT estabelece que "o pedido deverá ser certo ou determinado e indicar o valor correspondente".

Como se vê, os referidos artigos exigem apenas a indicação dos valores e não sua prévia liquidação. De tal sorte, o apontamento constitui mera estimativa, que apenas deve estar em consonância com a pretensão formulada.

Não fosse assim, o legislador não tivesse mantido o art. 879 do mesmo Diploma Celetista, o qual dispõe que, "sendo ilíquida a sentença exequenda, ordenar-se-á, previamente, a sua liquidação, que poderá ser feita por cálculo, por arbitramento ou por artigos".

Isso porque é indiscutível a existência de inúmeras possibilidades nas quais, na prática, o empregado simplesmente não possui meios de indicar o valor exato de sua postulação, como na hipótese em que o cálculo depende de documentos que em geral se mantêm em poder do empregador, a exemplo dos cartões de ponto para quantificação de diferenças de horas extras ou relatórios de produtividade para quantificação de comissões pagas incorretamente.

Assim, a exegese que melhor atende à aplicação sistemática do quanto previsto no art. 840 da CLT e ao princípio constitucional de acesso ao Judiciário, inserto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, é aquela em que a exigência legal se encerra na indicação do valor estimado e não na liquidação de cada um dos pedidos.

Este foi o posicionamento do C. TST, como se depreende do § 2º do art. 12 da Instrução Normativa nº 41, de 21 de junho de 2018:

Art. 12. Os arts. 840 e 844, §§ 2º, 3º e 5º, da CLT, com as redações dadas pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, não retroagirão, aplicando-se, exclusivamente, às ações ajuizadas a partir de 11 de novembro de 2017.

(...)

§ 2º Para fim do que dispõe o art. 840, §§ 1º e 2º, da CLT, o valor da causa será estimado, observando-se, no que couber, o disposto nos arts. 291 a 293 do Código de Processo Civil.

A fixação do valor da causa e aquele atribuído a cada pedido visa determinar a fixação do rito processual (art. 2º da Lei nº 5.584/1970) e serve de base para o importe dos encargos. O valor da causa é atribuído pelo demandante na petição inicial (inciso V do art. 319 do CPC).

com base no art. 292 do CPC. Esse valor é atribuído normalmente por estimativa e pode ser alterado pelo juiz, inclusive de ofício, conforme art. 292, § 3º, do CPC ou quando há impugnação pela parte contrária. Este é o entendimento consubstanciado na Súmula nº 71 do C. TST.

De tal forma, limitar a execução ao montante indicado na peça de ingresso obsta o direito à reparação integral dos prejuízos sofridos pela parte obreira no decorrer do pacto laboral.

Provejo, para afastar a determinação de limitação da condenação aos valores indicados na petição inicial.

4. Multa prevista no artigo 477, §8º, da CLT

Mantida a justa causa aplicada pelo empregador, não há de se cogitar na incidência da multa prevista no artigo 477, §8º, da CLT. Tal penalidade só seria devida se eventuais pagamentos decorrentes da despedida por justa causa deixassem de ser efetuados no prazo legal, o que sequer foi cogitado.

Improcedente, portanto, o pedido em questão.

5. Intervalo intrajornada

Pugna a autora pela condenação da reclamada ao pagamento de horas extras, decorrentes da irregular concessão do intervalo intrajornada. Diz que não consta dos controles de frequência a marcação diária do intervalo e que comprovou através do seu depoimento pessoal que não conseguia usufruir regularmente da referida pausa para alimentação e descanso, em razão da sobrecarga de trabalho.

Sem razão.

Em primeiro lugar, o entendimento majoritário da Corte Superior Trabalhista, relativamente à imprestabilidade dos controles de ponto que apresentam marcações britânicas, com consequente presunção de veracidade da jornada indicada na inicial, relaciona-se especificamente aos horários de entrada e saída, não se prestando a dirimir a controvérsia relacionada à suposta supressão do interregno intrajornada. Isso porque, conforme autoriza o art. 74, §2º, da CLT, o intervalo intrajornada pode ser pré-assinalado em horários que são, logicamente, fixos. Em realidade, os horários uniformes de fruição da pausa equivalem à pré-assinalação do período para descanso e alimentação permitida em lei, de modo que compete à reclamante o ônus de comprovar a concessão a menor do intervalo, à luz dos artigos 818, I, da CLT c/c 373, I, do CPC. Eis os precedentes do C. TST:

ID. ce2fe86 - Pág. 14

INTERVALO INTRAJORNADA. VALIDADE DOS CARTÕES DE PONTO APRESENTADOS. ÔNUS DA PROVA. I - Deve ser reconhecida a transcendência jurídica para exame mais detido da controvérsia devido às peculiaridades do caso concreto. O enfoque exegético da aferição dos indicadores de transcendência em princípio deve ser positivo, especialmente nos casos de alguma complexidade, em que se torna aconselhável o debate mais aprofundado do tema. 2 - No caso, o TRT registrou inicialmente que os cartões demonstram o intervalo intrajornada de 12h às 13h e, posteriormente, afirmou que, "embora os cartões ponto demonstrem horários de entrada e saída britânicos, os horários de intervalo não o são, apresentando variações de minutos. A lei só exige o controle de horários de entrada e saída do expediente, pois os horários de saída e retorno do intervalo intrajornada não precisam ser anotados pelo empregado, bastando mera indicação do período de descanso no controle de horário, nos termos do art. 74, § 2º, da CLT e da Portaria 3.626/92 do MTPS". 3 - Diante da premissa fática de que os horários registrados nos cartões de ponto, relativos ao intervalo intrajornada, são variáveis, não se aplica a Súmula nº 338, III, do TST, pois a diretriz nela traçada versa sobre a existência de horário britânico, situação diversa da ora examinada. 4 - E ainda que se considere a afirmação posterior constante do acórdão da Corte regional, quanto à anotação britânica do intervalo intrajornada (12h às 13h), também não lograria êxito a parte ao invocar a contrariedade à Súmula nº 338, III, do TST, pois a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que, havendo registros previamente assinalados dos intervalos para repouso e alimentação, é do reclamante o ônus de comprovar a sua incorreta fruição, sendo inaplicável a disposição contida na Súmula 338, III, do TST. 5 - Agravo de instrumento a que se nega provimento." (RRAg-445-38.2017.5.09.0651, 6ª Turma, Relatora Ministra Katia Magalhaes Arruda, DEJT 05/03/2021).

"RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. HORAS EXTRAS. INTERVALO REDUZIDO. ÔNUS DA PROVA. 5.1 . No caso, o Tribunal Regional consignou que houve pré-assinalação do intervalo intrajornada e que o reclamante não se desincumbiu do ônus que lhe cabia quanto à demonstração da irregularidade na fruição do intervalo intrajornada. 5.2. A pré-assinalação do intervalo intrajornada é expressamente determinada no art. 74, § 2º, da CLT, sendo certo que a uniformidade das anotações não inverte o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do direito do reclamante, nos termos do art. 818 da CLT. Inaplicável a Súmula 338, III, do TST. Precedentes. Recurso de revista não conhecido" (RR-232185-93.2008.5.12.0026, 2ª Turma, Relatora Ministra Delaide Miranda Arantes, DEJT 16/08/2019).

Ainda que assim não fosse, constata-se que os cartões de ponto

apresentados pela reclamada (ID. ca1443e - fls. 293/301) contêm em sua ampla maioria assinalação variável do intervalo intrajornada, sendo respeitado o tempo mínimo cabível na hipótese (1 hora). Assim, era da reclamante o ônus de comprovar a supressão ou redução do intervalo, nos termos dos arts. 818, I, da CLT e 373, I, do CPC. E, como acertadamente entendeu o D. Juízo de origem, desse encargo a autora não logrou êxito em se desvencilhar, eis que nenhuma prova produziu a esse respeito, considerando que o

depoimento da autora não faz prova contra a ré.

Nego provimento.

III - MATÉRIA COMUM AOS RECURSOS

Honorários advocatícios sucumbenciais

Pretende a reclamada que os honorários advocatícios sucumbenciais sejam abatidos do crédito deferido à autora, à luz do artigo 98, §2º, do CPC.

ID. ce2fe86 - Pág. 15

Por sua vez, a reclamante requer o afastamento da sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, por ser parte beneficiária da justiça gratuita.

Ao exame.

No que diz respeito ao apelo da autora, tenho entendido que o dispositivo do d. acórdão do E. STF que julgou a ADI 5.766, complementado pelo d. voto que julgou os embargos de declaração opostos ante a decisão originária, que negou provimento aos referidos embargos, afastou do ordenamento jurídico o §4º do art. 791-A da CLT. No entanto, o Excelso Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente interpretado sua própria decisão no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade apenas atingiu a parte do referido texto legal que considera a possibilidade de afastar a suspensão da cobrança dos honorários advocatícios pela obtenção em juízo, ainda que em outro processo, de créditos capazes de suportar a despesa. Tal entendimento tem sido, inclusive, demonstrado no acolhimento reiterado pela Corte Suprema de Reclamações Constitucionais nesse sentido.

Assim, ressalvando meu entendimento em sentido diametralmente oposto, por disciplina judiciária e por entender que o E. STF é o intérprete privilegiado de suas próprias decisões, passo a adotar o entendimento de que é possível a condenação do beneficiário da justiça gratuita em honorários advocatícios sucumbenciais, que permanecerão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executados se, nos dois anos subsequentes, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão da gratuidade, não bastando, para tanto, a obtenção de créditos no mesmo feito ou em outro processo. Passado o prazo máximo de dois anos, resta automaticamente extinto o referido crédito.

Em razão do quanto exposto, resulta improcedente o pedido autoral, considerando que o D. Julgador originário já determinou a aplicação da condição suspensiva de exigibilidade prevista no §4º do art. 791-A da CLT, quanto aos honorários devidos pela reclamante aos



patronos da ré, assim como o pleito patronal quanto à aplicação da regra contida no artigo 98, §2º, do CPC, considerando que a CLT possui dispositivo próprio regente da matéria.

Nada a reformar.

ID. ce2fe86 - Pág. 16

Isto posto,

ACORDAM os Magistrados da 6ª Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região em: **CONHECER** dos recursos ordinários interpostos pela reclamada e pela reclamante e, no mérito, **NEGAR PROVIMENTO** ao apelo da reclamada e **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao apelo da reclamante para afastar a determinação de limitação da condenação aos valores indicados na petição inicial. Tudo nos termos e limites da fundamentação do voto do Relator, parte integrante deste, ficando mantida, no mais, a r. decisão recorrida.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Presidiu o julgamento o Exmo. Desembargador ANTERO ARANTES MARTINS.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs., WILSON RICARDO BUQUETTI PIROTTA (CADEIRA 01), ANTERO ARANTES MARTINS e BEATRIZ HELENA MIGUEL JIACOMINI.

Relator: o Exmo. Juiz WILSON RICARDO BUQUETTI PIROTTA (CADEIRA 01)

Assinado eletronicamente por: WILSON RICARDO BUQUETTI PIROTTA - 14/12/2023 11:30:32 - ce2fe86
<https://pje.tr2.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=23083113142726200000203807913>
Número do processo: 1001831-34.2022.5.02.0028
Número do documento: 23083113142726200000203807913



Revisor: o Exmo. Des. ANTERO ARANTES MARTINS

Representante do MPT: Dr. Paulo Cesar de Moraes Gomes

RESULTADO: POR UNANIMIDADE DE VOTOS

São Paulo, 13 de dezembro de 2.023.

Sandro dos Santos Brião

Secretário da 6^a Turma

ID. ce2fe86 - Pág. 17

WILSON RICARDO BUQUETTI PIROTTA
Relator

RSM

Assinado eletronicamente por: WILSON RICARDO BUQUETTI PIROTTA - 14/12/2023 11:30:32 - ce2fe86
<https://pje.tr2.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=23083113142726200000203807913>
Número do processo: 1001831-34.2022.5.02.0028
Número do documento: 23083113142726200000203807913



VOTOS

ID. ce2fe86 - Pág. 18

Assinado eletronicamente por: WILSON RICARDO BUQUETTI PIROTTA - 14/12/2023 11:30:32 - ce2fe86
<https://pje.tr2.jus.br/seguidograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=23083113142726200000203807913>
Número do processo: 1001831-34.2022.5.02.0028
Número do documento: 23083113142726200000203807913

