



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

RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA ROT 1000165-33.2019.5.02.0018

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

Relator: ANDREIA PAOLA NICOLAU SERPA

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 13/08/2019

Valor da causa: R\$ 191.270,86

Partes:

RECORRENTE: MATHEUS ATAHYDE DOS SANTOS

- CPF:

463.160.738-60

ADVOGADO: HUDHSON ADALBERTO DE ANDRADE - OAB: SP0211925

RECORRENTE: ARCOS DOURADOS COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA - CNPJ:

42.591.651/0001-43

ADVOGADO: ALEXANDRE LAURIA DUTRA - OAB: SP0157840

RECORRIDO: ARCOS DOURADOS COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA - CNPJ:

42.591.651/0001-43

ADVOGADO: ALEXANDRE LAURIA DUTRA - OAB: SP0157840

RECORRIDO: MATHEUS ATAHYDE DOS SANTOS

- CPF: 463.160.738-

60

ADVOGADO: HUDHSON ADALBERTO DE ANDRADE - OAB: SP0211925



Documento assinado pelo Shodo



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

PROCESSO nº 1000165-33.2019.5.02.0018 (ROT)

RECORRENTE: MATHEUS ATAHYDE DOS SANTOS

ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA

RECORRIDO: ambos

RELATOR: ANDREIA PAOLA NICOLAU SERPA

JUIZ(A) PROLATOR(A) DA SENTENÇA: Carlos Ney Pereira Gurgel

Contra a r. sentença de fls. 477/488 (PDF - ordem crescente), complementada pela decisão de fls. 504/505, cujo relatório adoto e que julgou parcialmente procedentes os pedidos, recorrem ambas as partes.

O reclamante, pelas razões de fls. 509/522, pretende a reforma do julgado quanto às horas extras, vale-refeição, danos morais e honorários advocatícios.

A reclamada, pelas razões de fls. 541/558, insurge-se contra o deferimento de diferenças salariais, por desvio de função, adicional de insalubridade, requer a redução dos honorários periciais. Pretende a reforma, ainda, no tocante à jornada extraordinária, taxa de manutenção de uniforme, devolução de contribuição assistencial e confederativa, índice de correção monetária. Requer prequestionamento.

Preparo comprovado a fls. 559/563.

Contrarrazões do reclamante a fls. 571/575 e da reclamada, a fls. 578/586.

Relatados.

ADMISSIBILIDADE

Conheço de ambos os recursos por preenchidos os pressupostos legais de admissibilidade.

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE

Horas extras

O reclamante, ora recorrente, insurge-se contra a sentença, no tocante aos horários de entrada e intervalo. Aduz ter provado o início da jornada antes do horário indicado nos controles de ponto, bem como o desfrute parcial do intervalo para repouso e alimentação.

Sem razão.



Assinado eletronicamente por: ANDREIA PAOLA NICOLAU SERPA - 06/11/2019 15:26 - 25fb45c

<https://pje.trtsp.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=1910172125050400000005638742> - Pág. 1

Número do processo: ROT 1000165-33.2019.5.02.0018

Número do documento: 1910172125050400000005638742



A primeira testemunha do autor não presenciava seu horário de chegada, tampouco seu intervalo. A segunda testemunha, por sua vez, embora tenha declarado que ela (testemunha) entrava às 13h 30 e o reclamante um pouco antes, também declarou que poucas vezes viu o reclamante no local de trabalho, pois geralmente trabalhavam em locais separados. Também afirmou que raramente via o reclamante fazendo o intervalo, mas não informou quanto tempo era desfrutado.

Importa registrar que, embora a primeira testemunha do ora recorrente também tenha afirmado que os gerentes pediam que não fizessem uma hora de intervalo, isso, por si só, não faz prova cabal a favor do irregular desfrute dessa pausa.

Destarte, a prova oral produzida pelo autor não foi suficiente para demonstrar, com robustez, o início da jornada no horário indicado na exordial, tampouco o irregular desfrute do intervalo.

Mantenho, pois, a sentença nesse particular.

Vale-refeição

Diz o recorrente que a sentença deve ser reformada quanto ao vale-refeição, pois a recorrida, embora obrigada a fornecer refeição completa e de valor nutritivo, acabava por fornecer apenas sanduíches, pois quando ía fazer seu horário de intervalo, a refeição já havia acabado.

A prova produzida nos autos, de fato, demonstra que, por vezes, a refeição não estava pronta e, por vezes, já havia acabado, quando o empregado ía desfrutar o intervalo.

É cediço que os lanches não podem ser considerados refeições completas em valor nutricional.

Entretanto, a norma coletiva determina apenas o fornecimento de refeição, não havendo restrição ao tipo de alimento, nem estabelece a composição nutricional, com bem salientado na sentença:

"...

Contudo, a norma coletiva aplicável aos autos (cláusula 29 - CCT 15/17 (ID 735e309) e cláusula 26 - CCT 17/19 (ID a297abd)) prevê o fornecimento de refeição, mas não estabelece o tipo e não faz qualquer distinção, bem como autoriza o fornecimento de produto da própria reclamada, de modo que não há como impugnar o lanche que era fornecido, que no entender deste juízo, pode e deve ser equiparada a refeição.

Nesse sentido, rejeito o pedido de pagamento de vale refeição." (os grifos não estão no original)

Destarte, a r. sentença de origem não comporta reparo nesse ponto. Mantenho.

Danos morais

Busca, o recorrente, reforma da sentença quanto à indenização por danos morais. Aduz que era obrigado a realizar transporte de produtos entre lojas, sem o devido acondicionamento e nota fiscal, ficando sujeito à prisão e atuação em processo crime.





Vejamos.

Restou provado nos autos, sem contraprova pela reclamada, que o reclamante, de fato, fazia o transporte irregular de produtos perecíveis.

Trata-se de conduta absolutamente irregular, que pode, inclusive, ser enquadrada como ilícito penal (crime contra relações de consumo), sujeitando o autor ao risco de autuação e até mesmo prisão, gerando grande constrangimento, pessoal, familiar, profissional, social.

E, ainda que não tenha sido o autor flagrado nessa situação irregular, sofreu com o receio e a tensão emocional pelo risco de sê-lo.

Assim, entendo que a reclamada deve, sim, arcar com a indenização pelo dano moral que causou ao autor, que ora arbitro em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Juros e atualização monetária nos termos da Súmula 439 do C. TST.

Reformo, então, a r. sentença nesse particular.

Honorários advocatícios sucumbenciais

Insurge-se, o recorrente, contra o critério utilizado para fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais aos quais foi condenado, a favor do patrono da reclamada.

Aduz que foram arbitrados em 10%, para cada parte, sendo que, para o patrono do autor, devem ser calculados sobre o valor apurado em liquidação da sentença e, para o da ré, sobre 65% do valor da causa.

Acrescenta que, sendo beneficiário da justiça gratuita, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência viola a Constituição Federal.

Entendo que assiste razão parcial ao reclamante.

Os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser calculados sobre o valor dos pedidos em que o autor foi sucumbente. A fixação de uma porcentagem do valor da causa, não tem amparo legal e, ainda, pode gerar distorções, como restou no presente caso.

Destarte, reformo parcialmente, para determinar que o valor dos honorários advocatícios de sucumbência, a cargo do reclamante, em prol do patrono da reclamada, deve ser calculado com base no valor dos pedidos improcedentes, a ser apurado em liquidação de sentença.

Quanto à alegação de não ser devida a condenação, por ser o autor beneficiário da justiça gratuita, não tem razão o autor.

Dispõe o artigo 6º da Instrução Normativa 41/2018:

"Art. 6º Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, prevista no art. 791-A, e parágrafos, da CLT, será aplicável apenas às ações propostas após 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017). Nas ações propostas anteriormente, subsistem as diretrizes do art. 14 da Lei nº 5.584/1970 e das Súmulas nºs 219 e 329 do TST".

A ação foi proposta em 15/02/2019, quando já vigorava a Lei 13.467/2017, razão pela qual são cabíveis os honorários de sucumbência, nos moldes do artigo 791-A da CLT.





A sentença condenou o autor ao pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais e determinou a observância da justiça gratuita concedida e o disposto no art. 791-A, § 4º, da CLT.

Dispõe o § 4º do artigo 791-A da CLT.

"§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, 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 de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário".

A inconstitucionalidade de preceito de lei deve ser pleiteada por meio do remédio próprio, perante o órgão competente.

Mantenho a sentença.

RECURSO DA RECLAMADA

Diferenças salariais - desvio de função

A reclamada, ora recorrente, insurge-se quanto à condenação ao pagamento de diferenças salariais, pelo período de 08 de junho de 2015 a 16 de novembro de 2017, referentes ao piso de treinador. Aduz que o exercício das funções de treinador antes da promoção não restou provado. Assevera, ainda, não haver fundamento legal para o pedido de diferenças salariais por desvio de função.

Pois bem.

Na petição inicial, o reclamante postulou diferenças salariais, aduzindo que passou a exercer as funções de treinador em maio de 2015, sem a devida anotação em CTPS e o pagamento do salário atinente, previsto em cláusula de convenção coletiva.

Logo, o pedido não é referente a desvio de função, na acepção jurídica do termo, expressão sequer utilizada pelo autor.

Trata-se de diferença de salário, pelo exercício de função que melhor remunerada, conforme, inclusive, previsão normativa, sem a devida majoração salarial.

E o reclamante, como lhe competia, comprovou sua alegação, pelo depoimento de sua testemunha, sem contraprova pela reclamada.

Vide o depoimentos de sua primeira testemunhas: "*...que o treinador dá o treinamento aos funcionários novos e também avalia os funcionários mais experientes para ver como está o desenvolvimento de cada um; que o treinador é também um "intermediador entre os funcionários e os gerentes"; que na época do reclamante havia de 4 a 6 treinadores no turno em que o depoente trabalhava; que o reclamante chegou a exercer a função de treinador, sem ser promovido, no entanto; que o reclamante dava treinamento aos funcionários novos. Nada mais.*"





Não há como se dar guarida ao argumento recursal no sentido de que o recorrido teria apenas passado algumas informações a novos funcionários. Tal interpretação é destoante do teor do depoimento da testemunha obreira.

Assim sendo, há que ser mantida a sentença que deferiu as diferenças salariais ao recorrido.

Adicional de insalubridade

Pretende a ré seja afastada a condenação ao pagamento do adicional de insalubridade. Aduz que o reclamante laborava em rodízio de funções. Afirma que as câmaras possuíam fechaduras que ficavam trancadas e as chaves, em poder do gerente, que permitia a abertura apenas aos maiores de 18 anos e que estivessem utilizando agasalho completo.

Não assiste razão à recorrente.

O bem elaborado laudo pericial concluiu que o reclamante, no exercício de suas atividades, expunha-se aos seguintes agentes insalubres: calor e frio.

Quanto ao primeiro, o perito afirmou que: "*Conforme descrito no item 3 deste laudo, o Reclamante laborava durante toda sua jornada de trabalho sem períodos de descanso (exceto pelo intervalo para refeição e descanso). Com isso, pode-se afirmar que o limite de tolerância de exposição ao calor é de 26,7 IBUTG, por se tratar de "trabalho contínuo" (vide quadro 1 do anexo 3 da NR-15). Constatou-se que o Reclamante estava exposto a IBTUG's entre 27,1 e 29,5. Logo, pode-se afirmar que o Reclamante laborou em ambiente insalubre, segundo o anexo 3 da NR-15.*"

Quanto ao segundo, disse o perito: "*Conforme descrito detalhadamente no item 3 deste laudo, à partir 28/06/17, o Reclamante passou a atuar diariamente no interior de câmaras frias, com o seguinte detalhamento*

Câmara resfriada - temperatura: 2° a 5° C, tempo de permanência total 28 minutos; número de acessos diários: 8; tempo de permanência máximo/acesso: 3,5 minutos.

Câmara congelada - temperatura: - 22 a -18 °C; tempo de permanência total: 28 minutos; número de acessos diários: 8; tempo de permanência máxima/acesso: 3,5 minutos;

Constatou-se, que o Reclamante não recebeu EPI's adequados para exposição ao frio (vide item 8 deste laudo). Logo, pode-se afirmar que o Reclamante laborou em situação insalubre durante este período."

Note-se que as funções do reclamante, inclusive considerando-se o rodízio aventado pela recorrente, foram devidamente consideradas pelo Experto.

A reclamada não produziu qualquer prova robusta a elidir a conclusão do laudo pericial, não demonstrando, como lhe competia, o fornecimento dos equipamentos de proteção adequados para neutralizar a nocividade dos agentes apurados. Além disso, nem mesmo o alegado rodízio de tarefas elidiu a insalubridade apurada.

Nesse contexto, impõe-se a manutenção da sentença quanto à condenação ao pagamento do adicional de insalubridade em grau médio e reflexos.

Honorários periciais





A reclamada sustenta que o valor fixado para os honorários periciais é exorbitante.

Igualmente sem razão nesse ponto.

O juízo de origem fixou os honorários periciais em R\$ 2.000,00, valor razoável, que guarda consonância com o trabalho apresentado, não comportando a pretendida minoração.

Rejeito.

Jornada de trabalho

a) controles de ponto

Insurge-se, a reclamada, contra a r. sentença no tocante ao deferimento de horas extras.

Aduz que os controles de ponto registram a jornada correta, inclusive no tocante à saída, aspecto em que foram desconsiderados pelo juízo de origem.

Vejamos.

A reclamada juntou aos autos, como lhe incumbia, os controles de ponto do reclamante, onde constam jornadas variadas, com presunção de veracidade.

Assim, coube ao autor o ônus elidir o valor probante dos referidos documentos, onde logrou êxito, com relação ao horário de saída.

Isto porque, o reclamante afirmou que, embora o registro de ponto fosse feito por biometria, com impressão de comprovante, registrava a chegada tempo depois de iniciar suas atividades e também anotava incorretamente a jornada, quando da saída, voltando ao trabalho. A testemunha Jonathan, que com ele trabalhou, afirmou que o reclamante encerrava sua jornada entre 22h 30 e 23h. Daí, ter o juízo fixado o horário médio de saída às 22h 45.

A reclamada, ora recorrente, por sua vez, não se desincumbiu da contraprova.

Em suas razões de recurso, a ré sustenta haver incongruências no depoimento da testemunha obreira, mas não indicou quais seriam. E, pela mera leitura do depoimento da testemunha do autor, abaixo transcrito, pode-se verificar que este se mostra coerente, dentro da razoabilidade, não havendo pontos que possam macular a prova testemunhal do ora recorrido.

"Depoimento: *que trabalhou na reclamada de dezembro de 2011 a fevereiro de 2017; que trabalhou com o reclamante durante todo o período; que o reclamante entrou na loja em 2014 ou 2015; que o depoente trabalhava das 15:00 às 23:00; que quando o depoente chegava o reclamante já estava trabalhando; que o reclamante ia embora às 22:30/23:00, saindo muitas vezes junto com o depoente.*" (fls. 475)

Destarte, não merece reparo a r. sentença no que tange à desconsideração dos horários de saída anotados nos cartões de ponto.

b) Diferenças de horas extras





E, havendo jornada extraordinária não anotada no controle de ponto em toda sua extensão, considerando o horário de saída fixado na sentença, deve prevalecer a condenação ao pagamento de diferenças de horas extras.

c) Parâmetros para o cálculo

c.1) limite de 08 horas diárias/44 semanais

Diz a recorrente, ainda que, em sendo mantida a condenação, devem ser modificados os parâmetros, sendo que a jornada deverá ser fixada de acordo com as anotações constantes nos cartões de ponto e observadas as horas excedentes ao limite de oito diárias e quarenta e quatro semanais.

Em relação aos cartões de ponto, como já abordado, prevalecem os horários anotados referentes à entrada e ao intervalo, mas não o de saída, posto que mantida a sentença nesse aspecto.

A sentença também não merece reparo para acolher como extra a jornada superior a oito diárias e quarenta e quatro semanais. Isto porque a jornada contratual do reclamante era das 14h 45 às 21h 45, com uma hora de intervalo. Ou seja, sua jornada contratual era de sete horas diárias, já deduzido o tempo do intervalo. Assim, laborando até às 22h 45, a jornada contratual foi extrapolada em uma hora diária e, portanto, não há que se falar em observância da limitação pretendida pela ré.

c.2) pagamento apenas do adicional

Pretende a reclamada, ainda, seja deferido apenas o adicional correspondente, posto que o reclamante, como horista, já tinha as horas laboradas remuneradas.

Igualmente sem razão a reclamada.

Tendo o autor laborado habitualmente até às 22h 45 (horário médio fixado pelo juízo sentenciante e aqui mantido), sem a devida anotação dessa hora extraordinária, é certo que esta não foi paga, como sugere a ré.

d) Reflexos

E, no que pertine aos reflexos, melhor sorte não assiste à recorrente. Trata-se de remuneração do labor extraordinário habitual, não havendo como excluir a condenação aos reflexos.

Com relação às incidências dos repousos semanais remunerados, já majorados com reflexos das horas extras, sobre outras verbas do contrato, não há interesse recursal, posto que não deferidas pela sentença.

Imperiosa, portanto, a manutenção do julgado de origem no tocante à jornada extraordinária, forma de cálculo e seus reflexos.

Manutenção de uniforme

A reclamada busca a reforma da sentença quanto à condenação ao pagamento da taxa de manutenção de uniformes, aduzindo que, conforme previsão normativa, está excluída do





pagamento dessa taxa a empresa que cuidar da substituição do uniforme pelo menos uma vez a cada doze meses, o que sempre fez.

Tendo a recorrente alegado fato impeditivo ao pagamento da verba em questão, atraiu para si o ônus da prova da substituição do uniforme ao menos uma vez a cada doze meses, do qual, entretanto, não se desincumbiu, posto que não produziu qualquer prova a respeito.

Destarte, deve ser mantida a sentença também nesse particular.

Devolução de contribuição assistencial e confederativa

A reclamada não se conforma com o deferimento da devolução dos valores descontados a título de contribuição assistencial e confederativa.

Mais uma vez sem razão.

A reclamada não comprovou ter obtido a autorização expressa do reclamante para promover os descontos salariais a título de contribuições assistenciais e confederativas.

O art. 545 da CLT dispõe que os descontos devem ser "devidamente autorizados". Logo, não há que se falar em autorização tácita e oposição escrita. O contrário deve ser prestigiado, para atender à disposição legal: autorização escrita e oposição tácita.

E mais, a Súmula n.º 119 do C. TST dispõe:

"A Constituição da República, em seus arts. 5º, XX e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoramento ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados. Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados."

Esse entendimento também foi corroborado pelo C. STF que firmou sua posição por meio da Súmula n.º 666:

"A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo."

Com efeito o art. 513, "e", da CLT atribuiu às entidades sindicais a prerrogativa de "impor contribuições a todos aqueles que participam das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas" e, sem dúvida, nesse aspecto foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, mas, por outro lado, também foi recepcionado pela Carta Magna o art. 545 da CLT Que dispõe que "os empregadores ficam obrigados a descontar na folha de pagamento dos seus empregados, desde que por eles devidamente autorizados, as contribuições devidas ao sindicato, quando por este notificados, salvo quanto à contribuição sindical cujo desconto independe dessas formalidades."

De conseguinte, considerando que a Constituição assegura o direito do trabalhador à livre associação a entidade de classe e em consonância com a Tese Jurídica Prevalente n.º 10 deste E. Tribunal, mantenho a sentença que determinou o reembolso desses descontos ao autor.





Correção monetária

A reclamada pretende a reforma do julgado quanto ao índice de correção monetária a ser aplicado.

Nesse ponto, com razão a recorrente.

A correção monetária deverá ser aplicada na forma do entendimento cristalizado na Súmula nº 381 do C. TST, devendo ser aplicados os índices trabalhistas, conforme a Lei nº 8177/91.

Ressalto que o julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 479-60.2011.5.04.0231 pelo C. TST, que definiu o IPCA-E como fator de atualização dos créditos trabalhistas, teve seus efeitos suspensos pela liminar deferida pelo Ministro Dias Toffoli na Reclamação Constitucional nº 22.012, que tramita perante o E. STF.

Assim, não há como se aplicar o IPCA-E, na medida em que o indexador a ser utilizado nos cálculos trabalhistas é ainda a TRD, conforme estabelecido na Resolução nº 8/2005 do CSJT que estabelece a Tabela Única para atualização e conversão de débitos trabalhista - Sistema Único de Cálculo (SUCJT).

O Supremo Tribunal Federal declarou parcialmente inconstitucionais os §§ 2º, 9º, 10º, 12º do artigo 100 da Constituição Federal e o inciso II, § 1º e do 97, do ADCT. E no julgamento de questão de ordem apresentada nas ADI n. 4357 e 4425 **o STF modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, para considerar o índice básico da caderneta de poupança (TR) para a correção dos precatórios até o dia 25.3.2015 e substitui-lo a partir de então pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E)**. O STF decidiu, ainda, que os precatórios federais seguirão regidos pelo disposto nas Leis de Diretrizes Orçamentárias (LDOs) quanto aos anos de 2014 e 2015, fixando o **IPCA-E** como índice de correção.

Entretanto, a modulação de efeitos diz respeito ao regime especial de **pagamento de precatórios**, que não é o caso dos autos.

Assim sendo, a TR continua sendo o índice aplicável para a atualização monetária dos débitos trabalhistas, nos termos do art. 879, § 7º, da CLT e art. 39 da Lei 8.177/91.

Esse, aliás, o entendimento majoritário deste E. Regional, conforme Tese Jurídica Prevalente nº 23.

Reformo, pois, para determinar a aplicação da TR para atualização monetária do crédito do autor.

Prequestionamento

Por fim, pretende a recorrente, o prequestionamento, o que faz de maneira absolutamente genérica.

Vale ressaltar que, conforme jurisprudência já consolidada, o magistrado não está obrigado a rebater uma a uma as alegações das partes, nem se manifestar sobre todos os dispositivos



SUMÁRIO

Documentos			
Id.	Data de Juntada	Documento	Tipo
25fb45c	06/11/2019 15:26	Acórdão	Acórdão