



ACÓRDÃO
0001401-15.2012.5.04.0022 RO

Fl. 1

DESEMBARGADOR LEONARDO MEURER BRASIL (REDATOR)
Órgão Julgador: 5ª Turma

Recorrente: CLARO S.A. - Adv. Júlio Cesar Goulart Lanes
Recorrente: PATRÍCIA SCHMIDT VIEIRA - Adv. Iboti Oliveira
Barcelos Júnior
Recorrido: OS MESMOS
Origem: 22ª Vara do Trabalho de Porto Alegre
Prolator da
Sentença: JUIZ EDSON PECIS LERRER

E M E N T A

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. AUMENTO DA MÉDIA REMUNERATÓRIA. Os reflexos deferidos em repousos semanais remunerados não devem repercutir nas demais parcelas pelo aumento da média remuneratória, sob pena de configuração de sucessivas e infundáveis repercussões. Recurso provido, no tópico.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 5ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: **por maioria de votos, vencida parcialmente a Excelentíssima Desembargadora Brígida Joaquina Charão Barcelos Toschi, dar provimento parcial ao recurso ordinário da reclamada para determinar que nas semanas em que houve trabalho aos domingos seja observada a fruição da folga**



ACÓRDÃO

0001401-15.2012.5.04.0022 RO

Fl. 2

compensatória; excluir os reflexos do aumento da média remuneratória dos repousos no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS; excluir da condenação diferenças salariais pelo acúmulo de funções; excluir da condenação o pagamento de indenização por dano moral, e autorizar o abatimento dos valores pagos sob as mesmas rubricas. À unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso da reclamante para incluir na condenação o adicional e insalubridade em grau médio com reflexos em horas extras, férias com 1/3, 13ºs salários e FGTS com 40%. Valor arbitrado à condenação inalterado.

Intime-se.

Porto Alegre, 24 de julho de 2014 (quinta-feira).

RELATÓRIO

Inconformadas com a sentença 205-216, integrada pela decisão de embargos (fls. 224 e verso) que julgou parcialmente procedente a ação, recorrem as partes.

A reclamada, pelas razões das fls. 230-238v, pretende a reforma da sentença nos itens que seguem: nulidade da sentença; jornada de trabalho (validade dos registros de horário e nulidade da carga horária); sobreaviso; intervalo do artigo 66 da CLT; intervalo intrajornada; aumento da média remuneratória; intervalos previstos no art. 384 da CLT; acúmulo de funções; indevida a multa normativa; indenização por dano moral; honorários assistenciais; compensação/dedução.

A reclamada apresenta recurso adesivo (fls. 256-259), requerendo a



ACÓRDÃO
0001401-15.2012.5.04.0022 RO

Fl. 3

reforma da sentença em relação ao pedido de adicional de insalubridade, e integração do salário "in natura".

Com contrarrazões pela reclamante (fls. 249-255v), e pela reclamada (fls. 264-266), vêm os autos a este Tribunal onde é distribuído na forma regimental e concluso para análise.

É o relatório.

V O T O

DESEMBARGADOR LEONARDO MEURER BRASIL (RELATOR):

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA.

NULIDADE DA SENTENÇA. TESTEMUNHA SUSPEITA. AMIZADE ÍNTIMA.

A reclamada não se conforma da rejeição da contradita levantada à testemunha Fátima, sob o argumento de que seria amiga íntima da reclamante, com visitas frequentes a residência uma da outra, conforme prova testemunhal produzida. Questiona violação aos artigos 829 da CLT e 405, parágrafo 3º, II, do CPC e inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.

O Juízo de origem ouviu o depoimento da testemunha da contradita e em ato contínuo julgou improcedente a contradita, mediante protesto da procuradora da reclamada: "(...) que Fátima Cristina é amiga íntima da autora; que viu várias vezes comentários que uma foi na casa da outra; que lembra de ter ocorrido isto no ano passado, bem como nos anos anteriores; que combinavam de se encontrar no final de semana e que comentaram após que haviam se encontrado; que ouvia isto uma vez por semana. A



ACÓRDÃO

0001401-15.2012.5.04.0022 RO

Fl. 4

contradita é rejeitada diante por se entender que os fatos aqui relatados não implicam necessariamente amizade íntima, capaz de tirar isenção da testemunha Fátima, sobretudo pelo fato de que prestar depoimento, além de ser uma obrigação legal, pode implicar, em caso de falsidade, crime. A advogada da reclamada protesta por cerceamento de defesa" (ata - fl. 201).

Ao exame.

Ao exame do depoimento da testemunha da contradita, Magda Santos, não se observa firmeza nas declarações ao referir que viu comentários (ouviu comentários) de que uma foi na casa da outra ou de que ouvia comentarem sobre o final de semana. Em nenhum momento a testemunha presenciou tais fatos, desqualificando as suas assertivas. Por fim, os fatos declarados pela testemunha da contradita, não caracterizam por si só a existência de amizade íntima a ponto de Fátima se sujeitar à prática de falso testemunho, assumindo as consequências de tal ato.

No mais, as declarações da testemunha Fátima serão valoradas de acordo com o contexto probatório, com a cautela necessária, no exame das demais matérias.

Provimento negado.

**HORAS EXTRAS. VALIDADE DOS REGISTROS DE HORÁRIO.
NULIDADE DA CARGA HORÁRIA.**

A reclamada não se conforma com a desconsideração dos registros de horário e condenação ao pagamento de horas extras conforme jornada arbitrada, e também com o enquadramento da atividade da autora entre aqueles que tem direito a jornada de 6 horas. Afirma que, além da



ACÓRDÃO
0001401-15.2012.5.04.0022 RO

Fl. 5

reclamante não mostrar inconformidade contra as alegações de defesa, no sentido de que exercia função de supervisor, considera comprovado pela documentação apresentada com a defesa que a carga de trabalho contratual era de 42 horas e trinta minutos semanais. Em relação aos registros de horário, elaborados conforme determina o §2º do art. 74 da CLT, assevera que não existe prova nos autos capaz de autorizar a desconstituição da prova pré constituída, destacando a falta de isenção de ânimo da testemunha Fátima, questionando, ainda, a razoabilidade da jornada arbitrada. Queixa-se da desconsideração das declarações prestadas pela sua testemunha, empregada que labora a 15 anos na empresa, alertando para quebra do princípio isonômico na análise da prova. Investe, ainda, contra a fixação do labor em finais de semana, destacando que a reclamante afirma ter uma folga semanal desde a petição inicial, requerendo seja observado os limites da lide, nos termos dos artigos 128 e 460 do CPC. Não obstante, aduz que o critério de apuração das horas extras deve desconsiderar as variações de até cinco minutos, observado o limite máximo de 10, nos termos do §1º do art. 58 da CLT e Súmula 366 do TST). Postula a absolvição em relação aos consectários legais, afirmando a ausência de habitualidade, e invocando o entendimento das Súmulas nº 45 e 172 do TST.

O Juízo de origem decidiu que: "Consta na FRE da autora (fl. 73), que a autora exerceu o cargo de "SUP REL CLIENTE" e que seu enquadramento no CBO era 4201-35 - Supervisor de telemarketing e Atendimento. Nestes termos e, considerando a confissão real da reclamada é inafastável que a jornada de trabalho da autora era de 6 horas diárias e carga horária semanal de 36 horas. Ainda, a prova dos autos é no sentido de que a reclamante laborava no "Call Center" da reclamada. De outra parte não se



ACÓRDÃO

0001401-15.2012.5.04.0022 RO

Fl. 6

pode atribuir validade aos registros trazidos pela ré aos autos quanto ao horário de saída da autora, haja vista a prova oral produzida, em especial, o depoimento pessoal do preposto da ré, bem como em face da verificação de que há registros sem variação (p.ex. fl. 113); e, ainda, porque observado que o intervalo intrajornada era registrado no final da jornada formal, citando como exemplo os registros da fl. 120. Ainda, não há qualquer prova de que houvesse a compensação da jornada de trabalho, sequer havendo, nos autos, pactuação individual nesse sentido. Com relação à jornada de trabalho efetivamente praticada, a análise da prova oral e dos horários informados na petição inicial permitem a conclusão de que, a autora laborava, em média, de segunda-feira a sábado, das 7h às 21h, e em dois domingos por mês, no mesmo horário, sempre com intervalos de 15 minutos, em média. Assim, com base na jornada de trabalho arbitrada, é devido o pagamento das horas extras realizadas, assim consideradas as excedentes da 6ª diária e 36ª semanal".

Ao exame.

Os registros de jornada apresentados pela reclamada não prevalecem diante da prova testemunhal produzida, principalmente o depoimento da testemunha Fátima no sentido de que "(...) após 9h30min de trabalho deveriam registrar o ponto, ainda que permanecessem trabalhando; que era a gerência que fazia essa determinação".

Tal depoimento prevalece sobre o da testemunha Magda, que afirma procedimentos irretocáveis da reclamada, enquanto a própria preposta afirma, por exemplo, a acumulação de espelhos de ponto para a assinatura, e a possibilidade de gerar registros por parte dela ou do RH (fl. 200). Além disso, a testemunha Fátima refere extensa jornada de trabalho, dando



ACÓRDÃO
0001401-15.2012.5.04.0022 RO

Fl. 7

suporte para a decisão proferida, em relação ao arbitramento.

Quanto à jornada efetiva, conforme bem observado pelo juízo de origem, o cargo que a reclamante ocupava envolvia a supervisão de telemarketing e atendimento (fl. 73) reclamada no sentido de que a reclamante trabalhava no "call center", é inafastável o reconhecimento do direito à jornada de 6 horas diárias e carga horária semanal de 36 horas, prevista para os operadores de telemarketing, fazendo atendimento e suporte a colegas: "quando o supervisor estava em operação, se abandonasse a posição de atendimento, deveria acionar o "siga-me" ou passar este "siga-me" para um outro colega de operação; que poderia, eventualmente, e decorrente de uma demanda especial, como supervisora, fazer o preenchimento de planilhas; que, como supervisora, dava suporte a colegas" (fl. 200).

Assiste razão à reclamada em relação ao trabalho em domingos e feriados, devendo ser considerada a realização de folga compensatória, porquanto a reclamante afirma o gozo de uma folga semanal na petição inicial.

Considerando que as horas extras serão apuradas com base na jornada arbitrada, não há falar em desconsideração de cinco minutos na anotação dos registros de entrada e saída. As horas extras deferidas eram habituais gerando os efeitos reflexos deferidos na sentença.

Dentro deste contexto, dá-se provimento parcial ao recurso ordinário da reclamada para determinar que nas semanas em que houve trabalho aos domingos seja observada a fruição da folga compensatória prevista em lei. Tem-se por prequestionadas todos os fatos e fundamentos invocados pela reclamada nas razões de recurso, mediante apresentação de tese explícita em sentido contrário, nos termos da Súmula 297 do TST.



ACÓRDÃO
0001401-15.2012.5.04.0022 RO

Fl. 8

SOBREAVISO.

A reclamada afirma que não é razoável admitir que a reclamante laborasse 14 horas diárias e anda ficasse à disposição da empresa em sua casa aguardando chamados por todos os meses do contrato de trabalho. Invoca a aplicação da Súmula 428 do TST, no sentido de que o simples fato do empregado possuir celular não gera, por si só, o direito ao pagamento de sobreaviso, notadamente em razão das atividades desempenhadas. Por cautela, observa que a prova testemunhal não comprova a extensa jornada de sobreaviso arbitrada, pois revela que existiam mais de um supervisor, não sendo plausível que somente a reclamante fosse chamada, que os supervisores não eram chamados de casa e que os eventuais contatos duravam de 10 a 15 minutos.

O juízo de origem julgou que: "O depoimento da testemunha indicada pela ré, em que pese ter dito que não ocorria de os supervisores serem chamados em casa, não é suficiente para afastar a convicção gerada quando da oitiva das partes e da testemunha que a antecedeu, máxime porque já havia se equivocado quando perguntada acerca do horário de saída da autora. Nestas circunstâncias, considero que o reclamante efetivamente ficava de sobreaviso, devendo ser considerado como tal, os horários entre as 21h e 7h da manhã e os dias em que se encontrava de folga, conforme registros de ponto, sendo devido o respectivo pagamento, à razão de 1/3 da hora normal, com repercussões em férias com 1/3, gratificação natalina, aviso prévio e FGTS com 40%, face à natureza salarial da parcela".

Ao exame.

O depoimento da preposta da reclamada confirma a necessidade de apoio



ACÓRDÃO
0001401-15.2012.5.04.0022 RO

Fl. 9

dos funcionários mais graduados na execução das tarefas com uso do "siga-me": "(...) que como supervisora não recebeu nenhuma ligação após a jornada, como coordenadora, sim; que eram ligações do tipo: instabilidade no sistema do 'call center', ajudar a solucionar algum cliente estratégico; (...) que, quando o supervisor estava em operação, se abandonasse a posição de atendimento, deveria acionar o 'siga-me' ou passar este 'siga-me' para um outro colega de operação; que poderia, eventualmente, e decorrente de uma demanda especial, como supervisora, fazer o preenchimento de planilhas; que, como supervisora, dava suporte a colegas; (...)". fl. 201.

Assim, entende-se confirmado que a reclamante, mesmo nos momentos de folga, deveria estar disponível para atender as necessidades da reclamada, fazendo jus ao recebimento da jornada de sobreaviso.

Provimento negado.

INTERVALO DO ARTIGO 66 DA CLT.

A reclamada afirma que o intervalo previsto no artigo 66 era integralmente usufruído. Pela eventualidade, aduz que não existe previsão legal para pagamento de horas extras ou indenização em decorrência de desrespeito a esse intervalo. Alega que a Súmula 110 do TST é específica para trabalhadores em regime de turnos ininterruptos de revezamento, o que não é o caso. Questiona violação ao art. 5º, inciso II, da Constituição.

Sem razão.

Uma vez mantida a decisão de origem em relação à jornada arbitrada, é devido o intervalo do art. 66. O desrespeito ao intervalo de 11h consecutivas para descanso entre duas jornadas de trabalho, implica o pagamento das horas faltantes para completar o período mínimo do referido



ACÓRDÃO

0001401-15.2012.5.04.0022 RO

FI. 10

intervalo como extras, com o respectivo adicional, por analogia ao § 4º do artigo 71 da Consolidação das Leis do Trabalho. Neste sentido, é a Orientação Jurisprudencial nº 355 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho. Destaca-se que o que é devido não é a jornada cumprida (já paga como hora normal ou extra), mas o período não usufruído do intervalo.

Provimento negado.

INTERVALO INTRAJORNADA.

A reclamada considera comprovado que havia o efetivo gozo do intervalo intrajornada, conforme depoimento das testemunhas por ela convidada.

Sem razão.

O depoimento da testemunha Fátima se mostra mais fiel à realidade, considerando-se os procedimentos referidos pela preposta da reclamada, inclusive quanto ao uso do "siga-me", entendendo-se devido o intervalo intrajornada.

Por não respeitar o intervalo mínimo intrajornada, conforme o parágrafo 4º do artigo 71 da Consolidação das Leis do Trabalho, ao reclamante é devida a remuneração da hora integral do intervalo intrajornada, na forma do item I da Súmula 437 do TST nº 307: "Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração".



ACÓRDÃO
0001401-15.2012.5.04.0022 RO

Fl. 11

Contudo, dado o princípio da "non reformatio in pejus", deve ser mantida a condenação ao pagamento tão somente do período correspondente, conforme deferido em sentença.

AUMENTO DA MÉDIA REMUNERATÓRIA.

A reclamada sustenta que os reflexos das horas extras na remuneração dos repousos não pode incidir, pelo aumento da média remuneratória, em outros direitos trabalhistas nos quais já incidiram repercussões das horas extras deferidas, sob pena de "bis in idem", Invoca a aplicação do entendimento vertido na Súmula nº 347 do TST (OJ 394 do TST).

Ao exame.

No que diz respeito aos reflexos deferidos em repousos semanais remunerados, entende-se que não devem repercutir nas demais parcelas pelo aumento da média remuneratória, sob pena de configuração de sucessivas e infundáveis repercussões. Adota-se, no particular, o entendimento jurisprudencial consubstanciado na OJ nº 394 da SDI-1 do TST: A majoração do valor do repouso semanal remunerado, em razão da integração das horas extras habitualmente prestadas, não repercute no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS, sob pena de caracterização de "bis in idem".

Apelo provido, no tópico.

INTERVALO DO ART. 384 DA CLT.

A reclamada considera que o art. 384 da CLT não foi recepcionado pela Constituição Federal, que estabeleceu no inciso I do art. 5º, a igualdade entre homens e mulheres. Aduz, ademais, que suposta violação implica apenas em infração administrativa, não existindo previsão legal para



ACÓRDÃO

0001401-15.2012.5.04.0022 RO

Fl. 12

fundamentar a condenação imposta, prequestionando o art. 401 da CLT.

Examina-se.

No que concerne ao intervalo de que trata o artigo 384 da CLT, a questão encontra-se pacificada no TST, que, no julgamento do incidente de inconstitucionalidade TST-IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5, ocorrido na sessão do Tribunal Pleno de 17.12.2008, decidiu que o referido dispositivo legal foi recepcionado pela Constituição Federal. Nesse contexto, o referido artigo consolidado, que estabelece um descanso mínimo de quinze minutos, antes do início do período extraordinário de trabalho, limita-se às trabalhadoras do sexo feminino, na medida em que se encontram inseridas no Capítulo III - Da Proteção do Trabalho da Mulher. Sinala-se que o referido entendimento não afronta o princípio da isonomia, previsto no art. 5º, I, da Constituição Federal, pois as questões biológicas e físicas que diferenciam homens e mulheres, se encontram recepcionadas na própria Carta Constitucional, que estabeleceu, por exemplo, a licença à gestante (art. 7º, XVIII), a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos (art. 7º, XX) e a estabilidade provisória da empregada gestante (artigo 10, inciso II, letra b, do ADCT). Portanto, o disposto no art. 384 da CLT tem aplicação ao caso concreto, já que se trata de trabalhadora.

Provimento negado.

ACÚMULO DE FUNÇÕES.

A reclamada sustenta, em suma, que não houve qualquer alteração ou desvio de função para a qual a autora foi contratada, não existindo afronta ao artigo 468 da CLT, sendo que as alterações de tarefas dos empregados fazem parte do "jus variandi" do empregador. Questiona a fundamentação



ACÓRDÃO
0001401-15.2012.5.04.0022 RO

Fl. 13

da sentença que aplica o princípio "in dubio pro operário" na análise da prova (direito processual), enquanto este princípio é destinado à análise do direito material. Considera não comprovado o acúmulo de funções questionando violação aos artigos 333, I, do CPC e 818 da CLT. Por cautela, requer a redução do valor arbitrado.

O Juízo de origem decidiu que: "Embora contraditórios os depoimentos das testemunhas trazidas pelas partes, tenho que prevalece a tese da inicial em face das impressões pessoais que apurei no momento em que colhida a prova testemunhal produzida e, ainda, em face do princípio do "in dubio pro operario", gozando de uma presunção relativa quanto à veracidade dos fatos que deduz em juízo. Desse modo, no presente caso, tenho por configurada a novação objetiva no contrato de trabalho, no que tange às atribuições da reclamante depois de decorridos dois meses do início do contrato de trabalho, mediante a atribuição de maiores responsabilidades e sem a correspondente contraprestação a assegurar o equilíbrio contratual".

Ao exame.

O acúmulo de funções é caracterizado quando, ao longo do contrato, o empregador passa a exigir do trabalhador tarefas estranhas e mais complexas do que as contratadas, pelo mesmo salário, locupletando-se indevidamente. Assim, para que reste caracterizado o acúmulo de atividades a assegurar o pagamento de diferenças salariais, há que ter presente o preenchimento de certos requisitos, dentre os quais, o exercício de outra atividade que, importando alteração do ajuste inicial, implique aumento da jornada ou, ao menos, da responsabilidade perante a atividade desempenhada.

No caso, não se verifica a cobrança de tarefas que não eram originalmente



ACÓRDÃO

0001401-15.2012.5.04.0022 RO

Fl. 14

executadas, entendendo-se que as atividades de preenchimento de planilhas, revisão de processos e suporte à colegas está entre as atribuições atinentes ao cargo. É normal, ainda, que a reclamante não tenha iniciado realizando todas as funções nos primeiros dois meses, porquanto é natural o processo de aprendizado e adaptação, estando todas as tarefas desempenhadas dentro do "jus variandi" do empregador. Observa-se que a extensa jornada realizada pela reclamante lhe foi exigida desde antes das supostas alterações nas funções.

Nesse sentido já julgou esta 5ª Turma:

"O empregado somente faz jus ao pagamento de plus salarial pelo acúmulo de funções na hipótese de alteração contratual, isto é, quando lhe são cometidas tarefas alheias àquelas contratadas, não estando a atribuição de tais tarefas inserida no jus variandi do empregador.

O parágrafo único do artigo 456 da CLT assegura que o empregador pode exigir do empregado qualquer atividade lícita dentro da jornada normal, desde que seja compatível com a sua condição pessoal e que não esteja impedida no seu contrato de trabalho.

A autora foi contratada pela ré para exercer as funções inerentes ao cargo de atendente de telemarketing. Entende-se que o fato de ter auxiliado em outras atividades, estão incluídas dentro do "jus variandi" do empregador. Não caracterizam, portanto, exercício de função diversa, de modo a ensejar o pagamento de um acréscimo salarial, pois não são incompatíveis com a sua condição pessoal.

Além disso, diferentemente do que pretende a autora não é verificado "acúmulo" de funções no caso concreto, pois quando não estava realizando alguma tarefa do seu cargo, desenvolvia outra a ela correlata, inexistindo o



ACÓRDÃO
0001401-15.2012.5.04.0022 RO

Fl. 15

alegado acúmulo.

Portanto, no caso em tela, não se verifica o exercício de atividade incompatível com a condição pessoal da autora, nem alheia a sua função, tampouco o exercício de atividade ilícita.

Comunga-se com o entendimento expresso pelo Juízo de origem no sentido de que não houve acúmulo de funções estranhas às contratadas, razão pela qual não merece reparos a sentença." (TRT da 04ª Região, 5a. Turma, 0001297-47.2012.5.04.0014 RO, em 05/12/2013, Desembargador Clóvis Fernando Schuch Santos - Relator. Participaram do julgamento: Desembargadora Rejane Souza Pedra, Juíza Convocada Brígida Joaquina Charão Barcelos Toschi)

Nesse contexto, dá-se provimento ao recurso ordinário da reclamada para excluir da condenação o adicional por acúmulo de funções.

MULTA NORMATIVA.

A recorrente afirma que não houve o descumprimento de normas coletivas legislação trabalhista ou previdenciária no curso do contrato de trabalho. Para fins de argumentação, sustenta inadequado o entendimento do Juízo de origem de aplicação da multa normativa em razão do reconhecimento de diferenças resultantes de parcelas reconhecidas na presente ação.

O Juízo de origem decidiu que: "Inicialmente, cumpre transcrever o teor da cláusula 50ª do acordo coletivo de trabalho de 2009/2011: 'Em caso de descumprimento de qualquer das cláusulas contidas neste Acordo e, das normas trabalhistas e previdenciárias em vigor fica estipulada uma multa equivalente a 4 (quatro) remunerações do EMPREGADO, que será revertida em favor da pessoa prejudicada'. Importa referir que não houve



ACÓRDÃO

0001401-15.2012.5.04.0022 RO

Fl. 16

pedido de intervalos de digitador. No demais, verifico que apesar das normas coletivas preverem carga horária semanal de 42h30min, houve flagrante violação das normas trabalhistas no que concerne às horas extras, intervalos intrajornada e entrejornadas e sobreaviso. Em razão disso, defiro a multa prevista na cláusula 50ª do acordo coletivo de trabalho de 2009/2011".

Ao exame.

A flagrante violação de direitos trabalhistas justifica a condenação da reclamada ao pagamento da multa prevista em norma coletiva. A tese da reclamada não tem lógica, pois o empregado que necessitou ingressar com ação trabalhista para reconhecimento dos fatos que envolvem violações legais nunca poderia cobrar a multa. Incide à espécie a exegese do artigo 9º da CLT: "Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação".

Provimento negado.

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.

A reclamada sustenta não haver prova do alegado abalo moral que a autora referiu na petição inicial, destacando que o dano existencial não é apontado como fundamento na petição inicial, questionando violação aos artigos 128 e 460 do CPC. Argumenta que a mera insatisfação não pode ser qualificada como dano à moral, suscetível de reparação, haja vista que viver em sociedade e sob impacto constante de direitos e deveres, éticos, jurídicos e/ou sociais, provoca, sem dúvida, frequentes e inevitáveis conflitos aborrecimentos, mágoas, com reflexos psicológicos, sem que representem a ocorrência de um dano moral passível de indenização, não



ACÓRDÃO
0001401-15.2012.5.04.0022 RO

Fl. 17

estando preenchidos os requisitos que tratam os artigos 186, 187 e 927 do Código Civil.

O Juízo de origem decidiu que: "Diante do contexto, é evidente que a jornada de trabalho exaustiva praticada causou prejuízos de ordem moral e existencial da reclamante, devido ao pouco tempo que lhe sobrava para o lazer, para o convívio familiar, para a realização de seus projetos de vida, inclusive, por certo, sofreu prejuízos em sua saúde física e mental conforme narrado".

Ao exame.

Embora não subsistam dúvidas de que o ordenamento jurídico nacional não apenas garante a imagem e a moral do cidadão, como abriga, expressamente, a possibilidade de indenização por danos causados a elas, as quais se entende como parte imaterial de patrimônio pessoal, tendo em vista o que dispõem os incisos V e X, do art. 5º, da Constituição Federal, não há, na doutrina, um conceito unânime de "dano moral", mas todos os autores convergem no sentido de que a ideia de dano moral tem por essência o abalo da imagem, a dor pessoal e o sofrimento íntimo do ofendido.

Quanto ao dano existencial, conceito que começou a ser recentemente estudado no âmbito das relações de trabalho, diz respeito aos prejuízos ocasionados ao conjunto de relações interpessoais do empregado, que tem, entre outras causas, a privação do teu tempo livre em face da prestação de jornada laboral extenuante durante longo período.

No caso dos autos não há qualquer prova da hipótese de dano existencial. O fundamento apontado para o deferimento da indenização ora sob exame



ACÓRDÃO
0001401-15.2012.5.04.0022 RO

Fl. 18

seria o cumprimento de jornada extensa.

Não obstante tratar-se de jornada bastante extensa, e por período considerável, tendo em vista que o contrato de trabalho transcorreu 15.05.2005 a 08.12.2011, não depreendo que o dano social ao empregado, daí decorrente, tenha sido de tal monta que enseje indenização. Com efeito, a prestação de trabalho em regime de sobrejornada já se encontra reparada pela condenação da empresa ao pagamento de horas extras. Além do mais, não se verifica qualquer tipo de coação por parte da reclamada para obrigar o reclamante a tal regime de trabalho.

Dou provimento ao recurso, para excluir da condenação o pagamento de indenização por dano moral existencial.

HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS.

A reclamada considera indevida a condenação ao pagamento de honorários assistenciais no importe de 15% sobre o valor bruto da condenação, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 14 da Lei 5.584/70. Invoca os entendimentos das Súmulas 319 e 219 do TST.

Ao exame.

Esta Turma Julgadora, na sua atual composição, pondera que o inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal dispõe ser obrigação do Estado prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Tal disposição não exclui a aplicabilidade da Lei nº 5.584/70, no sentido de que cabe aos sindicatos (por delegação do Estado) a prestação da assistência judiciária gratuita, porém, não mais de forma exclusiva. A delegação do Estado aos sindicatos para prestação da



ACÓRDÃO
0001401-15.2012.5.04.0022 RO

Fl. 19

assistência judiciária gratuita, no âmbito da Justiça do Trabalho, não pode eximir o Poder Público de sua própria obrigação de prestá-la. Assim sendo, não se considera razoável excluir a possibilidade de delegar a outros advogados, não credenciados pelo sindicato, na forma da Lei nº 1.060/50, a prestação da assistência judiciária gratuita.

Assim, cabível a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, com a correspondente condenação ao pagamento de honorários assistenciais, com base na Lei nº 1.060/50, bastando ao beneficiário a juntada da prova de insuficiência de recursos financeiros para arcar com os custos do processo, admitida como tal a simples declaração desta condição, pela parte ou por seu procurador.

Nos autos consta a declaração de pobreza na fl. 27 e não consta credencial sindical.

Dessa maneira, nego provimento ao recurso.

COMPENSAÇÃO/DEDUÇÃO.

A reclamante requer sejam considerados os pagamentos efetuados ao obreiro sob os mesmos títulos, nos termos da OJ 415 do TST.

O Juízo de origem decidiu que: "Não acolho o pedido de compensação genericamente formulado na defesa, pois ausentes os pressupostos autorizadores da compensação trabalhista, previstos na Súmula 18 do TST".

Registra-se, ainda, que a condenação não envolve diferenças de horas extras, mas sua integralidade conforme a jornada arbitrada.

Ao exame.



ACÓRDÃO

0001401-15.2012.5.04.0022 RO

Fl. 20

Nos registros de horário (fls. 112-168) e nas fichas financeiras, consta o registro de horas extras trabalhadas e o respectivo pagamento (vg. o período de 11/2007 a 10/2008 - fl. 90). Assim, deve ser autorizada a compensação dos valores pagos a título de horas e idênticas rubricas sob pena de enriquecimento sem causa da reclamante. A compensação de valores deve se dar em relação às rubricas próprias, não se admitindo a compensação genérica.

Apelo parcialmente provido.

RECURSO ADESIVO DA RECLAMANTE.

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.

A reclamante sustenta que 99% das inspeções periciais realizadas na reclamada comprovam a situação insalubre da atividade da obreira. Afirma que trabalhava exposta ao excesso de ruídos fazendo jus ao adicional de insalubridade. Transcreve jurisprudência.

O Juízo de origem acolheu as conclusões do laudo pericial (fls. 173-5) e indeferiu o adicional de insalubridade postulado.

Ao exame.

O perito engenheiro informa que as funções da reclamante envolvem: "Informa a representante da reclamada que a função da reclamante era de supervisionar cerca de 20 funcionários operadores de telemarketing. Prestava apoio e cuidava do desempenho dos funcionários e esclarecia dúvidas. Realizava tarefas administrativas: cuidava do ponto e do absentismo. Cabia aos seus comandados o atendimento ao cliente. Eventualmente atendia a clientes. Tinha uma posição de atendimento fixa. Utilizava headset com tubete e esponja individuais. Não realizava ligações



ACÓRDÃO
0001401-15.2012.5.04.0022 RO

Fl. 21

telefônicas de rotina. Não são fornecidos EPIs". Conclui o perito que: "Não é o fato de a reclamante utilizar fones que se aplica o enquadramento nesta NR. A reclamante não recebe sinais em fone e sim ligações telefônicas Segundo nota técnica nº10 de 2002 do DSST do Ministério do Trabalho que diz: 'o caso específico de telefonia não envolve, normalmente, recepção de sinais e sim a fala através de aparelhos telefônicos, muito diferentes dos sinais transmitidos nos sistemas de telegrafia e radiotelegrafia'".

As ligações telefônicas para conversação humana também são permanentemente permeadas por toda a sorte de sinais sonoros, que vão desde chiados até ruídos eletrônicos dos mais variados, especialmente quando em ligação com telefones móveis ou de internet (VOIP), sendo plenamente plausível a analogia à previsão do Anexo 13 da Portaria MTb nº 3.214/78 - Telegrafia e radiotelegrafia, manipulação em aparelhos do tipo Morse e recepção de sinais em fones.

Assim, porque o trabalho da recorrente era desempenhado com a utilização de fones de ouvido acoplados ao aparelho telefônico comum, enquadra-se o caso nas hipóteses dos Anexos 7 e 13, da NR-15, da Portaria 3.214/78, do MTE, rejeitando-se a conclusão do perito técnico, em face aos posicionamento firmado nesta Turma Julgadora para casos similares.

"ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. Porque o trabalho da reclamante era desempenhado em frente ao monitor de vídeo do microcomputador, com a utilização de fones de ouvido acoplados ao aparelho telefônico comum, enquadra-se o caso nas hipóteses dos Anexos 7 e 13, da NR-15, da Portaria 3.214/78, do MTE, acolhendo-se a conclusão do perito técnico, entendendo-se presente insalubridade nas atividades desenvolvidas pela mesma." (TRT da 04ª Região, 5a. Turma, 0000551-98.2012.5.04.0332



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO

0001401-15.2012.5.04.0022 RO

Fl. 22

RO, em 23/05/2013, Desembargador Leonardo Meurer Brasil - Relator. Participaram do julgamento: Desembargadora Berenice Messias Corrêa, Desembargador Clóvis Fernando Schuch Santos)

"ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. OPERADOR DE TELEMARKETING. Embora a atividade de operador de telemarketing não se confunda com as funções de telegrafia e radiotelegrafia ou com manipulação de aparelhos tipo Morse, no entanto equivale a atividade de recepção de sinais por meio de fones, condição que se caracteriza como insalubridade em grau médio. Aplicação do Anexo n. 13 da NR-15 da Portaria n. 3.214/78 - item 'Operações Diversas - recepção de sinais em fones'." (TRT da 04ª Região, 5a. Turma, 0001569-60.2012.5.04.0331 RO, em 27/02/2014, Desembargador Clóvis Fernando Schuch Santos - Relator. Participaram do julgamento: Juíza Convocada Brígida Joaquina Charão Barcelos Toschi, Juíza Convocada Angela Rosi Almeida Chapper)

A edição da Súmula Vinculante nº 04 do Supremo Tribunal Federal não afasta o entendimento desta 5ª Turma, no sentido de que o adicional de insalubridade deve ser calculado sobre o salário mínimo de que cogita o artigo 76 da Consolidação das Leis do Trabalho. Salienta-se que dos próprios termos da Súmula Vinculante nº 4, o adicional de insalubridade não pode ter sua base de cálculo substituída por decisão judicial, do que decorre que, até que seja editada norma legal, coletiva ou contratual, dispondo de forma diversa, não há como definir outra base de cálculo para o adicional de insalubridade, senão aquela prevista em lei. Nesse contexto, aplicável como base de cálculo do adicional de insalubridade o salário mínimo legal, tal como deferido na origem.

Dou provimento ao recurso ordinário da reclamante para condenar a

Documento digitalmente assinado, nos termos da Lei 11.419/2006, pelo Exmo. Desembargador Leonardo Meurer Brasil.

Confira a autenticidade do documento no endereço: www.trt4.jus.br. Identificador: E001.4424.9194.4452.



ACÓRDÃO
0001401-15.2012.5.04.0022 RO

Fl. 23

reclamada ao pagamento de adicional de insalubridade em grau médio, calculado sobre o salário mínimo, com reflexos em horas extras, férias com 1/3, 13ºs salários e FGTS com 40%.

SALÁRIO "IN NATURA".

A reclamante considera comprovado pela prova testemunhal que a alimentação foi fornecida por meio de cartão magnético, no qual era disponibilizado um crédito mensal, cujo desconto a esse título, realizado a cada mês, era irrisório, até mesmo como uma forma de mascarar sua natureza salarial, tendo-se como gratuito o fornecimento do benefício. Invoca a aplicação da Súmula 241 do TST. Destaca que a reclamada não comprovou nos autos a sua adesão ao PAT, o que reforça a tese de que os valores pagos a título de alimentação e combustível tem natureza remuneratória.

Ao exame.

O benefício do auxílio alimentação decorre de negociação coletiva com a seguinte redação: "AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO. A EMPRESA manterá a concessão do Auxílio Alimentação aos seus empregados na forma de créditos no cartão refeição e/ou alimentação, fornecidos pelas EMPRESAS administradoras de sistemas de refeição convênio, credenciadas junto ao Programa de Alimentação do Trabalho - PAT. (...) PARÁGRAFO QUINTO - Os valores pagos a título de vale-refeição/alimentação, não serão incorporados à remuneração e nem serão considerados salário para qualquer efeito" (normas coletivas de 2009-2011 - fls. 11-18).

Apesar de ser um requisito da norma coletiva, a inscrição no PAT não foi invocada como fundamento pela reclamante na petição inicial, tendo-se por



ACÓRDÃO
0001401-15.2012.5.04.0022 RO

Fl. 24

incontroverso o cumprimento deste requisito.

Enfim, decorrendo o benefício do ajuste coletivo conforme cláusula transcrita, não há falar em natureza salarial da parcela e sua integração nos demais direitos trabalhistas, devendo ser prestigiada a negociação coletiva e autonomia das vontades coletivas.

Nesse sentido já julgou esta 5ª Turma, conforme os termos do RO 0001297-47.2012.5.04.0014 da lavra do Deso. Clóvis Fernando Schuch Santos:

"Com efeito, não se dúvida, no presente caso, que os valores percebidos pela autora a título de alimentação decorrem de previsão em normas coletivas, nas quais resta expressamente disposto que tal benefício não se incorpora à remuneração para quaisquer fins, a exemplo disso a cláusula 21ª, parágrafo 6º (fl. 159).

Portanto, como bem fundamentou o Juízo de origem sob pena de ofensa ao princípio da autonomia da vontade coletiva, insculpido no artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal, preservo a natureza indenizatória imputada ao benefício em questão e nada defiro no tocante. (fl. 368)

Com relação ao valor concedido à autora a título de combustível deve-se aplicar o mesmo raciocínio, uma vez que este também resulta de previsão constante em norma coletiva a qual o atribuiu natureza indenizatória, motivo pelo qual não há nada a deferir". (TRT da 04ª Região, 5a. Turma, 0001297-47.2012.5.04.0014 RO, em 05/12/2013, Desembargador Clóvis Fernando Schuch Santos - Relator. Participaram do julgamento: Desembargadora Rejane Souza Pedra, Juíza Convocada Brígida Joaquina Charão Barcelos Toschi)

Destarte, nega-se provimento ao recurso ordinário da reclamante, neste



ACÓRDÃO
0001401-15.2012.5.04.0022 RO

Fl. 25

particular.

DESEMBARGADOR CLÓVIS FERNANDO SCHUCH SANTOS:

Acompanho o voto do Exmo. Desembargador Relator Leonardo Meurer Brasil.

DESEMBARGADORA BRÍGIDA JOAQUINA CHARÃO BARCELOS TOSCHI:

DESEMBARGADORA BRÍGIDA JOAQUINA CHARÃO BARCELOS TOSCHI:

AUMENTO DA MÉDIA REMUNERATÓRIA.

Peço vênia para divergir do voto condutor em relação aos reflexos decorrentes do aumento da média remuneratória mensal.

Entendo que os reflexos das horas extras nos repousos semanais remunerados devem ser considerados de forma apartada, e somente após efetuada tal integração deve ser procedido o cálculo dos reflexos nas demais parcelas salariais, em razão do aumento da média remuneratória mensal, não havendo que se falar em "bis in idem" ou em enriquecimento sem causa do reclamante.

Dessa forma, após efetuado o cálculo das horas extras devidas, estas deverão refletir nos repousos semanais remunerados, apurando-se, então o montante devido. Feito isso, para cálculo das demais parcelas em que há a remuneração paga como base de cálculo (férias, 13º salário, aviso prévio e FGTS), calcula-se a média no período de apuração, separadamente entre



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO

0001401-15.2012.5.04.0022 RO

FI. 26

as horas extras e as integrações nos repousos, para efetivamente constatar-se qual a efetiva média a ser refletida.

Com isso, não há como ocorrer pagamento em duplicidade, pois, inicialmente apurado o valor dos efetivos repousos, calculado sobre as horas extras laboradas na jornada normal, que não compreende os dias destinados ao descanso, não ocorrerá novo cômputo nem tampouco cálculo circular.

Assim, no aspecto, nego provimento ao recurso ordinário.

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADOR LEONARDO MEURER BRASIL (RELATOR)

DESEMBARGADOR CLÓVIS FERNANDO SCHUCH SANTOS

DESEMBARGADORA BRÍGIDA JOAQUINA CHARÃO BARCELOS

TOSCHI

Documento digitalmente assinado, nos termos da Lei 11.419/2006, pelo Exmo. Desembargador Leonardo Meurer Brasil.

Confira a autenticidade do documento no endereço: www.trt4.jus.br. Identificador: E001.4424.9194.4452.