



PODER JUDICIÁRIO

PROCESSO nº 0100728-84.2021.5.01.0511 (ROT)

**RECORRENTE: CRISTIANE CANDIDA DA SILVA DAS NEVES,
ATACADAO S.A. , MARCELO KROEFF**

**RECORRIDO: CRISTIANE CANDIDA DA SILVA DAS NEVES,
ATACADAO S.A.**

RELATORA: GISELLE BONDIM LOPES RIBEIRO

EMENTA

CARGO DE CHEFIA. ENQUADRAMENTO NO ART. 62, INCISO II, DA CLT. A simples nomenclatura do cargo como sendo de chefia, sem que o empregado efetivamente possua poderes de gestão ou especial confiança do empregador, é insuficiente para atrair a aplicação do art. 62, inciso II da CLT, não estando ele dispensado do efetivo controle de jornada, o que torna devidas as horas extras pretendidas, ante a ausência dos controles de frequência respectivos.

RELATÓRIO

Trata-se de recursos ordinários interpostos pela Autora e pela Ré (fls. 771/785 e 789/805, respectivamente), e pelo advogado da Autora (fls. 786/787) que se insurgem contra sentença da 01ª Vara do Trabalho de Nova Friburgo, proferida pela juíza **Joana de Mattos Colares** às fls. 756/769, que julgou procedentes em parte os pedidos formulados.

A Autora pretende a reforma da sentença para que sejam julgados procedentes os pedidos de adicional de periculosidade, adicional de transferência, majoração dos honorários advocatícios e retificação dos juros de mora.

A Ré pretende a reforma da sentença, a fim de que seja julgado improcedente o pedido de horas extras.

O Advogado da Autora pretende a reforma da sentença, a fim de que seja julgado procedente o pedido de majoração dos honorários advocatícios.

Comprovam-se custas e depósito recursal às fls. 806/831.

Advogados da Autora e da Ré regularmente constituídos nos autos.

A Autora e a Ré apresentam contrarrazões às fls. 835/844 e 848/856, respectivamente. A primeira suscita preliminar de não conhecimento do recurso da Ré, por deserção e, no mérito, pugnam, reciprocamente, pelo não provimento dos recursos.

Éo relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Conhecimento

Deixa-se de conhecer do recurso do advogado da Autora, por ausência de interesse recursal. Isso porque, a pretensão do causídico é a majoração dos honorários advocatícios aos quais a Ré foi condenada a pagar, pretensão esta já constante do recurso interposto pela própria Autora, através, obviamente, do mesmo representante legal.

Nesse sentido, desnecessária a interposição de recurso autônomo pelo advogado, ante à impossibilidade prática de haver julgamentos conflitantes entre ambos os recursos, já que a pretensão é a mesma.

Situação diversa - a autorizar o conhecimento do recurso do patrono - seria aquela em que, inexistindo recurso da parte Autora, ou inexistindo recurso tangenciando o mesmo tema, ele interpusesse recurso por iniciativa própria, para defender interesses pessoais.

Contudo, como dito, já há no recurso da Autora pedido de majoração dos honorários advocatícios, o que torna supérflua a interposição de recurso próprio, na medida em que o resultado do julgamento daquele, fatalmente será o mesmo do julgamento deste.

Outrossim, a Autora suscita preliminar de não conhecimento do recurso da Ré, por deserção, ao argumento de que o seguro-garantia judicial por ela utilizado para garantir o Juízo, não atende aos requisitos legais, notadamente em relação ao prazo de

cobertura e os valores assegurados.

Não lhe assiste razão.

O seguro-garantia judicial utilizado pela Ré, em substituição ao depósito recursal, atende perfeitamente os requisitos previstos no Ato Conjunto CSJT nº 01/2019, previstos seu no art. 3º.

Com efeito, o artigo em comento estabelece que a apólice deve ter um prazo mínimo de vigência, de três anos, sendo certo que a presente tem prazo de cinco anos, de 16/09/2022 a 19/09/2027 (fl. 807).

Outrossim, o Ato Conjunto que o seguro deve cobrir o valor segurado, com os acréscimos legais (juros e mora), além de 30% a mais, sobre o valor segurado.

No caso em tela, o seguro garante o depósito recursal, que na data da interposição do recurso era de R\$ 12.296,38, que acrescido de 30% chega ao montante de R\$ 15.985,29, que é justamente o valor segurado (fl. 807).

Por fim, há previsão de renovação automática do seguro (fl. 819)

Assim sendo, por satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, analisam-se os recursos, exceto o do advogado da Autora.

Recurso da Autora

Adicional de periculosidade

A Autora pugna seja reformada a sentença, a fim de que seja julgado procedente o pedido de adicional de periculosidade, ao argumento de que trabalhava em local de perigo, em razão do contato habitual com líquidos inflamantes, notadamente quando recebia os caminhões que transportavam óleo diesel e GLP, que guarneciam o supermercado.

Requer, ainda, caso seja mantida a improcedência do pedido, que

seja a Autora isentada do pagamento dos honorários periciais, por ser beneficiária de gratuidade de justiça.

Assiste-lhe razão apenas quanto aos honorários periciais.

A comprovação do exercício de atividades perigosas, em Juízo, de modo a assegurar ao empregado o pagamento do adicional respectivo, depende da produção de prova pericial, que confirme ser devido o adicional postulado, prova esta que, no caso em tela, não socorreu às pretensões da Autora.

Isso porque o laudo pericial apresentado nos autos - cuja perfeição técnica não foi desconstituída por outras provas em sentido contrário - concluiu que as atividades exercidas pela Autora não eram perigosas.

Transcrevem-se alguns trechos do laudo em comento:

2. É possível afirmar que a autora laborava em área de risco e que faz jus ao pagamento do adicional de periculosidade? Favor apontar o enquadramento legal. Resposta: Não , a autora não laborava em área de risco , suas atividades não tem enquadramento na NR 16 - Atividades e operações perigosas (...) 6. Quantos são os colaboradores operadores de empilhadeira e qual a frequência de operação de cada colaborador? Resposta: Não há enquadramento de atividades como periculosa a luz da NR 16 - Atividades e operações perigosas para os operadores de empilhadeira em qualquer tipo de ciclo de operação. (...) 12. O reclamante em algum momento adentrava as bacias de contenção dos tanques de armazenamento de combustíveis líquidos? Resposta: Não. 13. Caso positivo, favor identificar e detalhar o aspecto motivador e frequência de exposição ao eventual enquadramento da condição perigosa, bem como apresentar a fundamentação técnica e legal que suporte o referido enquadramento. Resposta: A autora não laborava em área de risco , suas atividades não tem enquadramento na NR 16 - Atividades e operações perigosas. (...) **4. CONCLUSÕES Como verificado na resposta ao quesito um (01) do rol da reclamante (Quais as atividades desenvolvidas pela reclamante) , e que foram 19 atividades listadas na função de Supervisora Administrativa e 17 atividades como supervisora operacional , e também pelo conversado, verificado e fotografado in loco não existe enquadramento em nenhuma das atividades exercidas pela autora sejam nas listadas anteriormente seja nas que foram relatadas em complemento a estas , fosse como supervisora administrativa fosse como supervisora operacional e que tivessem enquadramento na NR 16 - ATIVIDADES E OPERAÇÕES PERIGOSAS, fosse em relação ao óleo diesel que se estoca em tanque de 1.550 litros vide fotos 8 e 9 , seja em relação aos três (03) botijões de 400 quilos cada de gás natural , foto 11 ou ainda com referencia aos cilindros de GLP da única empilhadeira movida por este combustível fotos 13 e 14 . (...) Desta forma entende o perito não fazer jus a autora ao seu pleito de adicional de periculosidade".**

Cumpra ressaltar, ademais, que para além das conclusões do laudo, a própria Autora admitiu, em depoimento pessoal, que somente recebia os caminhões que transportavam líquidos inflamáveis a cada quinze dias, a demonstrar que o contato com os agentes perigosos era eventual e esporádico. Transcreve-se:

"... havia um tanque no óleo diesel e fica suspenso em uma alvenaria, ficava a dois metros dessa construção; **Em Friburgo o tanque era coberto, mas acompanhava a cada 15 dias em Itaboraí e São Gonçalo em área aberta; o técnico ou auxiliar só participavam se houvesse problema no recebimento;** quem fazia a abertura do tanque e todo procedimento era a empresa fornecedora..." (grifamos)

Portanto, não comprovado o labor em condições perigosas, incabível o adicional pretendido.

Entretanto, não deve a Autora arcar com os honorários periciais.

Isso porque a Autora é beneficiária da gratuidade de justiça, de sorte que diante da declaração de inconstitucionalidade pelo E. STF do art. 790-B, caput, da CLT, e seu § 4º (ADIN nº 5.766), indevida a imposição de honorários à acionante.

Ante o exposto, concede-se parcial provimento ao recurso, para excluir da condenação da Autora, o pagamento de honorários periciais, os quais deverão ser devolvidos a ela, uma vez que foram adiantados, devendo o perito habilitar-se para recebimento dos seus honorários, nos termos do Ato nº 88/2011, deste E. TRT/RJ.

Adicional de transferência

A Autora também pretende a reforma da sentença, a fim de que lhe seja pago o adicional de transferência, em razão das transferências que foram efetivadas quando ela, contratada em São Pedro da Aldeia, teve de se mudar para Itaboraí (novembro/2017), São Gonçalo (junho/2018) e Nova Friburgo (outubro/2020).

Não lhe assiste razão.

O adicional de transferência previsto no art. 469, da CLT, é devido quando o empregado é transferido do seu domicílio, em caráter temporário, e com a sua anuência, a pedido do empregador, importando no pagamento de 25% sobre os salários que o

empregado recebia naquela localidade.

Contudo, a documentação juntada aos autos pela Ré demonstra que as transferências ocorreram em caráter definitivo (fls. 135/144), bem como que a Autora concordou com as transferências, além de ter recebido ajuda de custo de R\$12.000,00, em cada uma delas, para custear a mudança.

Atente-se que a transferência de Itaboraí para São Gonçalo sequer importou em mudança de domicílio, visto que a distância entre as duas cidades é de pouco mais de 20 quilômetros.

E sequer pode ser falar em mudanças sucessivas, pois a Autora mudou-se de São Gonçalo para Nova Friburgo após 3 anos de trabalho.

Ante o exposto, nega-se provimento.

Honorários advocatícios

A Autora requer, ainda, a majoração dos honorários advocatícios, para que seja arbitrado o percentual máximo previsto em lei, qual seja, 15% sobre o valor da causa.

Assiste-lhe parcial razão.

Em que pese o valor arbitrado pela sentença, a título de honorários advocatícios, pelo percentual mínimo previsto em lei, de 5% sobre o valor da causa, não seja proporcional à complexidade da causa, tampouco ao trabalho despendido pelos advogados da Autora, também não é o caso de arbitrar os honorários no patamar máximo.

Assim sendo, diante da média complexidade de causa e da necessidade atuação em segundo grau, concede-se parcial provimento ao recurso, para majorar os honorários advocatícios devidos pela Ré, para 10% sobre o valor da causa.

Juros de mora

A Autora requer, ainda, a reforma da sentença, a fim de que sejam retificados os critérios de cálculo dos juros de mora na fase pré-processual, para que incida como índice de correção monetária o IPCA-E - como já definido na sentença - com a incidência de juros de mora de 1% ao mês, nos termos do art. 39, da Lei 8.177/91, os quais foram excluídos dos critérios de cálculo.

Tem razão.

O próprio STF, bem como o E. TST, têm deixado claro, acerca dos parâmetros estabelecidos nas ADCs 58 e 59, que na fase pré-processual a correção monetária se dá pelo IPCA-E, e os juros de mora serão equivalente à TR, com base no art. 39, da Lei 8.177/91, enquanto que juros e correção monetária serão calculados com base na Taxa SELIC, na fase processual.

Nesse sentido, vejam-se os seguintes arestos:

"Tendo a autoridade reclamada determinado a incidência de IPCA-e (índice de correção monetária) e dos juros previstos no **caput do art. 39 da Lei nº 8.177/91** para atualização de créditos decorrentes de condenação tendo como referência o período que antecede a propositura da reclamação trabalhista; e a taxa SELIC para o período posterior à citação na ação trabalhista, tem-se a observância estrita do julgado na ADC nº 58 e dos parâmetros legais incidentes à espécie, não havendo que se falar em desrespeito à autoridade do STF ou usurpação de competência da Corte. Ante o exposto, **nego seguimento** à presente reclamação constitucional (RISTF, art. 21, § 1º)". (Reclamação nº 47.929 - Decisão Monocrática - Min. Rel. Dias Toffoli - 29/06/2021, grifou-se)

"AGRAVOS EM AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE E DO RECLAMADO - TEMA COMUM - ATUALIZAÇÃO DE DÉBITO JUDICIAL TRABALHISTA - FASE PRÉ-PROCESSUAL - INCIDÊNCIA DE JUROS - ART. 39 DA LEI 8.177/91 - MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DO STF NA ADC 58 - COISA JULGADA - DESPROVIMENTO.

1. O STF, ao deslindar o tema da ADC 58 quanto à atualização dos débitos judiciais trabalhistas, fixou tese no sentido da aplicação do IPCA-E como índice de correção monetária para o período pré-processual e a taxa Selic para o período processual.

2. No caso dos juros de mora, a legislação trabalhista também distingue os períodos (Lei 8.177/91), sendo que o caput do art. 39 da lei trata do período pré-processual ("compreendido entre a data de vencimento da obrigação e o seu efetivo pagamento") e o seu § 1º do período judicial ("contados do

ajuizamento da reclamatória").

3. Antes da Lei 13.467/17 (CLT, art. 879, § 7º), à míngua de norma trabalhista específica, lançava-se mão do caput do art. 39 da Lei 8.177/91 para se fixar a TR como índice de correção monetária dos débitos judiciais trabalhistas, enquanto os juros de mora seriam de 1% ao mês, com base no § 1º do mesmo dispositivo legal. Ora, interpretação dada ao comando legal se justificava apenas enquanto não havia norma legal específica. Com a reforma trabalhista de 2017, a questão da correção monetária dos débitos trabalhistas passou a ter disciplina legal própria, razão pela qual a literalidade do art. 39, caput, da Lei 8.177/91 deve ser respeitada, porque trata específica e claramente de juros de mora e da fase pré-processual. E como apenas o § 1º do art. 39 da Lei 8.177/91 (quanto aos juros) e o § 7º do art. 879 da CLT (quanto à correção monetária) foram afastados pelo STF na ADC 58, não há como deixar de reconhecer que o ordenamento jurídico trabalhista vigente contempla juros de mora também para a fase pré-processual.

4. Assim, não procede a pretensão patronal ao não cômputo de juros de mora pelo período anterior ao ajuizamento da reclamatória, se houve direito trabalhista não pago pela empresa, uma vez que o art. 883 da CLT trata apenas do período processual (e sem definir percentual ou índice) e o § 1º do art.39 da Lei 8.177/91 foi afastado pelo STF na ADC 58, quando adotou para o período processual a Taxa Selic, que já contempla os juros de mora.

5. De igual sorte, não procede a pretensão obreira no sentido de se observar os parâmetros fixados pelo STF na ADC 58 somente a partir de 11/11/17, tampouco de se reconhecer o julgamento extra petita e a coisa julgada em relação aos tópicos do acórdão regional não impugnados pelo Reclamado em seu recurso de revista, uma vez que a hipótese dos autos não trata de processo transitado em julgado com definição dos critérios de juros e correção monetária, tendo o despacho agravado registrado o alcance da decisão da Suprema Corte em controle concentrado de constitucionalidade das leis. Agravos desprovidos".

(Ag-RR-1103-30.2017.5.10.0006, 4ª Turma, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, DEJT 18/06/2021).

Portanto, essa é a interpretação a ser seguida a partir da aplicação das ADCs 58 e 59.

Ante o exposto, concede-se provimento ao recurso, para determinar a incidência de juros de mora equivalentes à TRD, nos termos do art. 39, da Lei 8.177/91, na fase pré-processual.

Recurso da Ré

Horas extras

A Ré pugna seja reformada a sentença, a fim de que seja julgado improcedente o pedido de horas extras, ao argumento de que a Autora exercia função de confiança, com autonomia e poder de direção, percebendo gratificação superior a 40% sobre o salário do cargo efetivo, razão pela qual excetuada do regime de controle de jornada, nos termos do art. 62, inciso II, da CLT.

Não lhe assiste razão.

O exercício de função de confiança, pressupõe que o empregado possua poderes de mando diferenciado, subordinados diretos, poder para contratar e dispensar empregados, dentre outros, o que afinal demonstraria a maior fidúcia dispensada ao empregado, não sendo suficiente para enquadrá-lo na exceção contida no art. 62, inciso II, da CLT, apenas a percepção de gratificação superior a 40% do salário do cargo efetivo ou mesmo a nomenclatura de chefia, gerência ou direção.

Considerando-se tais premissas, a partir da prova testemunhal, verifica-se que a Autora não exercia, efetivamente, funções de chefia, já que não possuía poderes de mando diferenciados, estando subordinada aos seus superiores hierárquicos para poder tomar decisões mais importantes. Transcreve-se:

"... que na filial o gerente comercial é autoridade máxima, tudo depende de autorização dele; supervisores administrativos e operacionais só podem aplicar penalidades com autorização do gerente comercial, só poderiam conversar com empregados; como supervisor quando chegava na filial tinha que se apresentar ao gerente comercial e sair após o último cliente; tem que pedir autorização do gerente comercial para qualquer alteração de horário de trabalho; (...) como supervisor operacional trabalhava de 10 /10:30 às 23/23:30 horas; o supervisor administrativo pegava na abertura de loja 7h e ia embora por volta de 19h; (...) que como supervisor já teve negado pedido de chegar mais tarde pelo gerente; foi negado porque tinha que chegar 10/10:30 horas; domingos e feriados - na filial de campos fechava mais cedo 14h e ficava até 15/15:30; trabalhava metade dos feriados e dois domingos ao mês; chegava 7 horas aos domingos - não tinha folga compensatória; **supervisores não podem demitir/admitir ou promover funcionário; nem aplicar penalidade; quem decidia era o gerente ou RH; já quis demitir alguém e gerente não permitiu, mesmo com desempenho ruim do colaborador; supervisor não pode autorizar pagamentos, nem da caixinha da loja; não participa de elaboração de metas da loja;** supervisores participam de algumas entrevistas de admissão e podem opinar, mas não é necessariamente levado em consideração; (...) **gerente comercial estabelecia o revezamento de domingos e feriados; na ausência do gerente um dos supervisores respondia pela loja, mas tinha que ter o aval e se reportar a ele; entrava m contato por telefone ou whatsapp;** em São Pedro o gerente era Luis Arabe e em Campos era o Ramón; que o depoente assinava nota de recebimento do diesel quando recebia o combustível; **no processo seletivo o RH escolhe currículos; depoente fazia avaliação dos subordinados e fazia reuniões para passar orientações; se empregado não cumprisse normas o depoente comunicava ao gerente geral;** subordinados do supervisor operacional diretos eram os líderes (5 líderes) e do supervisor administrativo 6 líderes subordinados diretos; todos os demais da loja são subordinados indiretos". (Primeira Testemunha da Autora - grifou-se)

"... a autora não aplicava penalidade; ela pedia autorização do gerente e aplicava penalidades junto com o RH após autorização do gerente; trabalhava no fechamento, de 14h às 22h e às vezes trabalhava na abertura e chegava as 7h; que quando chegava na ré a autora já estava lá ; reclamante saía 20h

aproximadamente; depoente folgava 2 domingos e trabalhava nos outros dias; quando trabalhava domingo tinha folga outro dia da semana; trabalhava em feriados intercalados, e escala era feita pela gerência e tinha folga compensatória; **gerente que determinava folgas dos supervisores, não tiraram folgas compensatórias ao que se recorda; reclamante chegava 7 horas; quem decide sobre contratações e demissões e promoção é o gerente geral junto com o RH;** (...) só via a reclamante almoçando por cerca de 30 minutos; reclamante trabalhava na entrada de loja, ao lado do gerente geral; testemunha ficava na frente de loja; ficavam próximas; (...) gerente não participa das entrevistas de empregados, apenas RH; (...) **presenciou o gerente geral junto com o RH fazendo as escalas, tanto no RH como na frente de caixa; depoente participava de avaliação de empregados com o RH e dava parecer de promoção e demissão;** reclamante também participava quando gerente geral autorizava". (Segunda Testemunha da Autora - grifou-se)

"... a depoente já foi supervisora administrativa e supervisora operacional; **para tomar decisões de demissão, admissão, punição precisava passar pelo RH e pelo gerente comercial (autorização); se fosse chegar atrasada ou faltar avisava por mensagem** mas não precisava de autorização; comunicava que estaria ausente da loja; avisa ao gerente geral que não iria, mas não precisa de autorização para isso..." (testemunha da Ré, grifou-se)

Considerando-se os depoimentos acima transcritos, confirma-se o que foi dito anteriormente, no sentido de que a Autora não detinha poderes de mando nem de gestão, necessariamente exigidos para a configuração do cargo de gerência e chefia, que autoriza a inserção do empregado na exceção do art. 62, inciso II, da CLT.

Embora ela possuísse subordinados, para tomar qualquer decisão mais importante, como dispensar funcionários, precisava do aval do gerente geral, bem como a contratação ou demissão de funcionários passava pela autorização e escolha do RH, o que demonstra, pois, que ela não se enquadra na exceção legal.

Observe-se que até mesmo a testemunha da Ré informa sobre a limitação dos poderes dos supervisores, inclusive estando submetido ao gerente no que concerne a horários.

A partir dos elementos presentes nos autos, verifica-se que, apesar de formalmente o cargo exercido pela Autora ter a roupagem de cargo de confiança, na prática não o era.

O direito do trabalho tem por norte o princípio da verdade material, que implica na busca da realidade dos fatos, não se contendo no aspecto formal.

Evidente que tais profissionais não chefiavam nada, constituindo funcionários como quaisquer outros, sem uma especial confiança do empregador, o que se observa pelo próprio nível remuneratório, pois a Autora recebeu como última remuneração R\$5.376,00, incompatível com um cargo verdadeiramente de confiança em uma grande rede de supermercados transnacional (grupo Carrefour, com capital social de mais de 6 bilhões de reais, fl. 28).

Nesse sentido é assente que não basta o recebimento de gratificação de função não inferior a 40% do salário do cargo para excluir o empregado do controle de jornada, e sim o efetivo exercício das funções de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes ou outros cargos de confiança.

Assim sendo, correta a sentença que condenou a Ré ao pagamento de horas extras à Autora, por todo período em que atuou na função de supervisora.

Ante o exposto, nega-se provimento.

DISPOSITIVO

A C O R D A M os Desembargadores da 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, por unanimidade, conhecer os recursos, exceto o do advogado da Autora, por ausência de interesse recursal, rejeitar a preliminar de não conhecimento do recurso da Ré, por deserção, suscitada pela Autora em contrarrazões e, no mérito, conceder parcial provimento ao recurso da Autora para: **a)** excluir da condenação da Autora, o pagamento de honorários periciais, os quais deverão ser devolvidos a ele, uma vez que foram adiantados, devendo o perito habilitar-se para recebimento dos seus honorários, nos termos do Ato nº 88/2011, deste E. TRT/RJ; **b)** majorar os honorários advocatícios devidos pela Ré, para 10% sobre o valor da causa; **c)** determinar a incidência de juros de mora equivalentes à TRD, nos termos do art. 39, da Lei 8.177/91, na fase pré-processual. E negar provimento ao recurso da Ré.

Rio de Janeiro, 21 de junho de 2023.

GISELLE BONDIM LOPES RIBEIRO
Relatora