



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

Recurso Ordinário Trabalhista

1001633-70.2023.5.02.0057

Relator: MARIA JOSE BIGHETTI ORDONO

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 06/09/2024

Valor da causa: R\$ 76.518,46

Partes:

RECORRENTE: ANGELA FREITAS DA SILVA

ADVOGADO: ALEX AMARAL PEREIRA DA SILVA

RECORRIDO: INVENTURE RESTAURANTES LTDA

ADVOGADO: RAQUEL NASSIF MACHADO PANEQUE



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

**PROCESSO TRT/SP Nº 1001633-70.2023.5.02.0057- 1ª TURMA
RECURSO ORDINÁRIO**

RECORRENTE: ANGELA FREITAS DA SILVA

RECORRIDO: INVENTURE RESTAURANTES LTDA.

ORIGEM: 57ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PROVA CONVINCENTE E ADEQUADA. NECESSIDADE. O dano moral é aquele que coloca o ofendido em situações humilhantes e constrangedoras, perante o seu grupo social e familiar, ocorrendo na esfera subjetiva e alcançando aspectos ligados à personalidade, sendo do autor o ônus da prova do ato ilícito ou culposo do agente, o nexo causal e o prejuízo. Não tendo a reclamante produzido prova convincente e adequada acerca do prejuízo moral sofrido, não se desincumbiu do ônus que a ela competia, nos termos do art. 818, I, da CLT e art. 373, I do CPC, resultando indevida a reparação buscada. Recurso da reclamante a que se nega provimento no tema.

RELATÓRIO

Adoto o relatório da r. sentença de ID. c6c23ae, que julgou IMPROCEDENTE a ação.

Recurso ordinário interposto pela reclamante de ID. 81ee9cb, pugnando pela reforma com a condenação da reclamada no pagamento de diferenças salariais por acúmulo de função; adicional de insalubridade e reflexos, reversão da condenação no pagamento de honorários periciais. Pretende o reconhecimento da nulidade de seu pedido de demissão e o deferimento de indenização por danos morais.



Contrarrazões da reclamada de ID. 219ccc.

Relatados.

VOTO

Conhecimento

Recurso ordinário da reclamante: Tempestivo, eis que a sentença foi publicada em 08.08.2024 e interposto o recurso em 15.08.2024. Representação regular de ID. 3a8067d e sem necessidade de preparo, eis que concedidos à autora os benefícios da justiça gratuita.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, **conheço** do recurso ordinário interposto pela reclamante, bem como das contrarrazões apresentadas pela ré a tempo e modo.

Mérito

1. Acúmulo de função

Alega a reclamante que foi provado nos autos o acúmulo de funções e reconhecido inclusive na r. sentença de origem. Assevera que não deve ser considerado normal as práticas das empresas de fast food, que exigem que um mesmo empregado execute qualquer atividade. Aduz que as atividades eram diariamente delimitadas, mas a autora informa que no mesmo dia podia realizar duas ou mais atividades e o rodízio não era bem definido, mas seu depoimento foi ignorado.

Pois bem.

Na inicial a autora legou que foi contratada para a função de atendente de loja, mas acumulou funções como caixa, auxiliar de serviços gerais, repositor de mercadorias e auxiliar de cozinha sem receber qualquer acréscimo salarial.

A r. sentença de origem indeferiu o pedido sob os seguintes fundamentos:

É sabido que empresas na modalidade fast food como a reclamada todas estas atribuições são inerentes ao Atendente de Loja, ou seja, é inerente ao cargo a que foi contratada.

Ademais, o exercício de todas estas funções eram em sistema de rodízio, ou seja, não eram exercidas cumulativamente, mas sim alternativamente.

Ainda, há que se ponderar, de um lado, o art. 456 da CLT que autoriza ao empregador exigir do empregado várias atribuições, de outro, o art. 4º da CLT que diz considera



serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição, aguardando ou executando ordens, de modo que o tempo em que o empregado está à disposição do empregador pode este lhe exigir outras atividades, sob pena de ociosidade.

A organização da empresa e a distribuição das tarefas e atividades a serem desenvolvidas pelo empregado são prerrogativas do empregador, decorrendo diretamente do poder de direção e comando e, não havendo quadro de carreira organizado, implantação de cargos e salários, ou mesmo em norma coletiva dispondo em contrário, entende-se que o empregado se obrigou a executar todas as tarefas que lhe foram atribuídas pelo empregador, desde que compatíveis com sua condição pessoal, consoante o parágrafo único do art. 456 da CLT, *in verbis*:

Art. 456 - A prova do contrato individual do trabalho será feita pelas anotações constantes da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou por instrumento escrito e suprida por todos os meios permitidos em direito.

Parágrafo único - À falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal.

Nesse compasso, diferenças salariais por acúmulo de função dependem de fundamento legal, normativo ou contratual que não se verificam no caso concreto, logo, correta a sentença.

Ademais, as atribuições mencionadas na inicial não são especializadas ou demandam cargo diferenciado para sua realização, ao contrário, são inerentes ao cargo da autora que foi contratada como atendente de loja, e segundo seu contrato de trabalho (itens 1.2 e 1.3 de ID. fd4deaa), a ela coube a dedicação "aos serviços de limpeza, auxílio na produção, atendimento a clientes, entre outras atividades", podendo "ser a qualquer tempo, alteradas, reduzidas ou ampliadas pela EMPRESA, bem como poderá ser designada ao EMPREGADO qualquer outra nova atribuição compatível, ainda que não constante do presente Contrato".

Portanto, as atribuições citadas pela obreira integram a função por ela desempenhada, desde a contratação, eis que expressamente discriminadas no contrato de trabalho por ela firmado, não havendo qualquer acúmulo de função a ser reconhecido, posto que inalteradas as condições contratadas.

Assim, além da expressa previsão em contrato de trabalho, a as respectivas atividades e atribuições foram exercidas desde a admissão e, por consequência lógica, evidente a inexistência de aumento das atribuições ao longo do contrato de trabalho, inviabilizando o seu pleito.



Convém salientar, ainda que a própria autora reconhece que como atendente:

"ficava no caixa, cuidava da fritadeira, tirava o lixo para fora, limpava a loja; Que não tinha um rodízio pré-definido mas sim cada dia ficava numa atribuição mas que em algum determinado momento adquiriu alergia com os produtos da limpeza então foi destinada ao caixa mas que ainda assim no fechamento do expediente fazia a limpeza da loja"(...); " Que todos os atendentes faziam essas mesmas coisas, pois era rotativo" (ID. 43d7cc4).

Em suma, uma vez que as atividades executadas eram compatíveis com a condição pessoal e a função exercida pela reclamante na loja, eis que todos os atendentes executavam as mesmas atribuições previstas em contrato, escoreita a sentença ao indeferir a pretensão autoral.

Mantenho.

2. Adicional de insalubridade e reflexos. Honorários periciais

Alega a reclamante ser devido o adicional de insalubridade e reflexos, uma vez que diariamente adentrava não interior da câmara fria sem a utilização de EPIs, havendo apenas o de uso coletivo, portanto, em total desconformidade com a norma regulamentadora. Assevera que a autora permanecia no interior da câmara fria 01 hora e 20 minutos, tempo considerável. Aduz que o laudo pericial confirmou o ingresso da autora na câmara fria e reconheceu o trabalho em condições insalubres, mas foi ignorado pela origem. Pretende a reforma da r. decisão de origem com o deferimento do pedido e a reversão da condenação no pagamento dos honorários periciais, pois sucumbente no objeto da perícia.

Realizada a prova técnica, com laudo juntado sob ID. 9d49671 e esclarecimentos de ID. 6e76fef, concluiu o Sr. Perito após análise das condições de trabalho da reclamante, a presença de insalubridade em grau médio pelo contato com o agente frio, sem a devida proteção térmica, uma vez que a reclamada não provou o fornecimento de equipamentos individuais necessários para a neutralização do agente insalubre.

A origem desconsiderou as conclusões periciais em razão do depoimento da autora que reconheceu adentrar na câmara fria em média duas vezes por dia para ensacar frango, mas que na verdade eram ensacados fora da câmara fria e não dentro dela.

Pois bem.



A aferição de condições insalubres e perigosas, por força do art. 195 da CLT, deve ser realizada por meio de prova técnica; a despeito disso, nos termos do art. 479 do CPC, o juiz não está adstrito à conclusão do laudo pericial, podendo firmar convencimento em sentido diverso, desde que devidamente fundamentado.

Há, de qualquer modo, uma presunção *juris tantum* de veracidade dos subsídios fáticos e técnicos trazidos pelo vistor, já que se trata de profissional qualificado e de confiança do Juízo. Daí porque somente se tem por afastada a presunção de veracidade quando forem trazidos elementos de convicção de maior peso, a serem examinados no caso concreto.

Entendo que, para fins de caracterização da insalubridade para empregados que trabalham expostos ao agente frio em câmaras frias, a avaliação é qualitativa e não quantitativa, não importando o tempo de exposição ao agente frio, mas o seu contato, uma vez que a Norma Regulamentadora nº 15, Anexo 09, não fixa limite de tolerância de tempo de exposição ao agente. Assim, a eliminação ou neutralização da nocividade do contato do trabalhador com este agente nocivo deve ser feita pelo uso de equipamentos de proteção individual hábeis fornecidos pela empregadora ao trabalhador, cuja obrigação lhe é imposta pelo art. 191, inciso II da CLT.

Aliás conforme disposto no item 6.6.1 da NR-6, cabe ao empregador fornecer os equipamentos adequados (assim entendidos aqueles aprovados pelo órgão responsável), bem como registrar o fornecimento/entrega ao trabalhador. A exigência de prova documental também se justifica ante a necessidade de se observar a qualidade dos itens fornecidos, uma vez que apenas se prestam para neutralizar ou afastar o agente insalubre aqueles previamente aprovados. Assim, uma vez que a submissão do empregado ao risco, sem proteção adequada, enseja a percepção do adicional de insalubridade, prevalecem as conclusões do laudo pericial produzido nesta demanda.

No caso dos autos, a regularidade no fornecimento dos equipamentos de proteção individual por parte da empregadora não foi reconhecida pelo Sr. Perito, pois conforme esclareceu na resposta às impugnações da reclamada:

"cabe esclarecer que, apesar de solicitado à parte reclamada, não houve a apresentação dos registros de fornecimento de EPI à reclamante, tampouco os respectivos números dos Certificados de Aprovação (CA) dos mesmos, não havendo documentos comprobatórios de entrega de EPI's à reclamante acostados aos autos, inviabilizando a verificação e constatação do fornecimento de EPI's aprovados pelo MTE, bem como da proteção do usuário e neutralização da exposição da reclamante ao agente físico frio.

Aliado ao exposto, a reclamante declarou que utilizava apenas a japonsa térmica para adentrar na câmara fria, não tendo havido a utilização dos demais EPIs para proteção do usuário contra o agente físico frio nos acessos para coleta de produtos nas câmaras refrigeradas' (ID. 6e76fef).

Cumprе salientar que no depoimento a autora ainda esclareceu:



"Que entrava nas câmaras frias para pegar os frangos Que precisava pegar de 5 em 5 pacotes que como a reclamante não tinha muita experiência ficava 30 minutos a cada vez que a senhora entrava; Que com o tempo foi pegando mais agilidade e diminuindo o tempo de exposição no frio que por isso inclusive foi destinada ao caixa que pediu demissão em razão de choque térmico porque ao mesmo tempo que ingressava as câmaras frias precisava ficar na frente da loja que era muito quente e que com isso tinha muita enxaqueca e o neurologista disse que era em razão do choque térmico e que também em razão da alergia nas mãos motivaram sua saída". (ID. 43d7cc4).

Deste modo, a entrada da trabalhadora duas vezes por dia na câmara fria permanecendo por períodos intermitentes que somados totalizam 1 hora diária, com acessos para coleta de mercadorias e sua armazenagem, em atividade constante, não pode ser considerada eventual, e ainda sem a devida proteção mediante o uso de equipamentos de proteção adequados, configura a atividade como insalubre pela exposição ao agente frio, como assim concluiu o Sr. Perito em seu laudo.

Aliás, o Sr. Perito enfatiza que para a realização da atividade da autora, demandaria:

"a adoção de vestimentas adequadas para proteção completa do usuário contra o frio, exigindo equipamentos como a japonsa térmica, calça térmica, luvas térmicas, botas de proteção contra o frio (ou meias térmicas) e gorro tipo balaclava, dentre outros, possibilitando identificar que, devido à frequência diária e habitual, com a permanência prolongada no interior da câmara fria, a reclamante não esteve adequadamente vestida e protegida para exposição ao agente físico frio, haja vista que mesmo tendo havido utilização de japonsa térmica, a japonsa não proporciona proteção térmica para mãos (que entram em contato direto com as embalagens dos produtos congelados), cabeça, membros inferiores e pés, não havendo comprovação da abrangência completa da proteção da reclamante contra o agente físico frio".

Assim sendo, acolho as conclusões periciais e dou provimento ao apelo da reclamante para condenar a reclamada no pagamento do adicional de insalubridade em grau médio (20%), calculado sobre o salário-mínimo e reflexos nas férias crescidas de 1/3, 13º salário e FGTS (8%), uma vez que a rescisão contratual deu-se por iniciativa da autora.

Uma vez sucumbente no objeto da perícia, arcará a reclamada com os honorários periciais arbitrados na origem no valor de R\$ 3.000,00. Esclareço que não há valor a ser suportado pela União como definido na origem, razão pela qual a ré deverá pagá-lo integralmente.

Reformo.

3. Validade do pedido de demissão. Rescisão indireta

Assevera a demandante que deve ser acolhido o pedido de invalidade do pedido de demissão e reconhecida a rescisão indireta de seu contrato de trabalho, pelo não fornecimento pela empregadora dos equipamentos de proteção adequados para neutralizar a nocividade do agente frio,



eis que por conta disso contraiu fortes enxaquecas. Aduz que o laudo pericial confirma a existência de trabalho em condições insalubres sem o pagamento do adicional de insalubridade correspondente o que justifica a invalidação do pedido de demissão e a convalidação da rescisão contratual pela prática de falta grave patronal, com o pagamento das verbas rescisórias correlatas.

A rescisão indireta do contrato de trabalho, ocorre quando o empregador pratica uma falta grave no curso da relação de trabalho, prevista na legislação como justo motivo para o rompimento do vínculo empregatício por parte do empregado, observadas as disposições do art. 483 da CLT.

Não há dúvidas de que o não fornecimento de equipamentos de proteção individual ao empregado que exerce atividade insalubre e o não pagamento do adicional de insalubridade, configura-se descumprimento de obrigação patronal, mas não falta grave para justificar o acolhimento do pedido de rescisão contratual por culpa da empregador, uma vez que o trabalhador pode compelir judicialmente seu empregador a cumprir a obrigação, sem a necessidade de romper o vínculo de emprego.

Ademais, aqui, não é simplesmente um pedido de rescisão indireta do contrato de trabalho, mas, sim, de conversão do pedido de demissão em rescisão indireta do contrato de trabalho. A conversão do pedido de demissão em rescisão contratual indireta exige prova de vício na declaração de vontade externada formalmente pela empregada.

No caso, a reclamante no depoimento reconhece que pediu demissão "em razão de choque térmico porque ao mesmo tempo que ingressava as câmeras frias precisava ficar na frente da loja que era muito quente e que com isso tinha muita enxaqueca e o neurologista disse que era em razão do choque térmico e que também em razão da alergia nas mãos motivaram sua saída" (ID. 43d7cc4).

A reclamante não provou a existência de qualquer vício de consentimento na declaração de rompimento do pacto laboral que firmou, como lhe competia (arts. 818 da CLT e 373, I do CPC), tampouco a condição de saúde retratada no seu depoimento, salientando que o depoimento da parte não faz prova a seu favor, por destinado a obtenção de confissão real.

Inexistindo nos autos provas de vício de consentimento, claro está que permanece hígido o pedido de demissão, assim entendido o ato potestativo do empregado em colocar término ao pacto laboral.

Assim, uma vez que a autora firmou o pedido de demissão, não provou a existência de vício no consentimento e o descumprimento contratual pela empregadora não se constitui



em falta grave a ensejar o reconhecimento da rescisão indireta do contrato, haja vista que a autora poderia ter pleiteado judicialmente o cumprimento da obrigação por parte da sua empregadora, mas optou por pedir demissão, entendendo que não há amparo legal na pretensão de conversão do seu pedido de demissão em rescisão indireta por conta dos motivos apontados e, por conseguinte, indevidas as verbas rescisórias pleiteadas.

Mantenho.

4. Indenização por danos morais

Insiste a recorrente na pretensão de condenação da reclamada no pagamento de indenização por danos morais em razão do não fornecimento de equipamentos de proteção individual e não pagamento do adicional de insalubridade para neutralização dos efeitos nocivos do contato com o agente frio, o que lhe causou enxaquecas e resfriados.

Não lhe assiste razão.

O dano moral é aquele que coloca o ofendido em situações humilhantes e constrangedoras, perante o seu grupo social e familiar, ocorrendo na esfera subjetiva e alcançando aspectos ligados à personalidade. É do autor o ônus da prova do ato ilícito ou culposo do agente, o nexo causal e o prejuízo.

A responsabilidade civil requer a presença de dano, nexo de causalidade, além do elemento subjetivo (dolo ou culpa em sentido estrito), nos termos do art. 7º, inciso XXVIII da Constituição Federal e do art. 186 do Código Civil.

No caso dos autos, para comprovar suas alegações a autora não fez prova do alegado prejuízo a sua saúde, valendo acrescentar que o não fornecimento de EPI's e o não pagamento do adicional de insalubridade, per si, não se constitui em ofensa aos direitos de personalidade do empregado, cuja não observância sujeita o empregador ao pagamento do adicional de insalubridade correspondente, o que já foi deferido acima, mas não indenização por danos morais à trabalhadora.

Ademais, a autora, já será especificamente compensado pelo trabalho em ambiente insalubre, sendo que isso, por si só, não gera ofensa a direito da personalidade.

De acordo com a ordem jurídica vigente, o dano patrimonial sofrido pelo trabalhador em função da desobediência à legislação trabalhista é reparado com o pagamento da verba sonegada, acrescida de correção monetária e juros de mora a partir do ajuizamento da ação (CLT, art. 883), como ocorre no caso dos autos, quanto ao adicional de insalubridade. Assim, a condenação em



indenização por danos morais acarreta ao empregador dupla punição, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico.

Não tendo a reclamante produzido prova convincente e adequada acerca do prejuízo moral sofrido, não se desincumbiu do ônus que a ela competia, nos termos do art. 818, I, da CLT e art. 373, I do CPC, resultando indevida a reparação buscada.

Portanto, nada a reparar.

Mantenho.

5. Demais cominações

Quanto à correção monetária e juros, na fase pré-processual incide correção monetária pelo IPCA-E e juros na forma do caput do art. 39 da Lei 8.177/91 (TRD) e a partir do ajuizamento da ação apenas a taxa SELIC, que já engloba correção monetária e juros, tudo nos termos da decisão do E. STF no julgamento das ADCs 58 e 59.

Recolhimentos previdenciários e fiscais nos termos da Súmula nº 368 do C. TST, arcando a autora com a sua quota parte. O empregador deve pagar os tributos sobre o total da condenação, mas pode descontar da empregada a parte que lhe cabe no imposto de renda e na contribuição previdenciária.

Os juros de mora não são parcelas tributáveis, uma vez que, a teor do artigo 404 do Código Civil, são considerados perdas e danos. Aplicável a OJ n.º 400, da SBDI-1 do C. TST. Sendo assim, não incidem sobre eles imposto de renda, independente de terem sido calculados sobre parcelas indenizatórias ou remuneratórias.

Considerando a procedência parcial da ação, invertida a sucumbência, condeno a reclamada ao pagamento de honorários sucumbenciais aos patronos da autora, no importe de 5% do valor que resultar da liquidação da sentença, com a observância do disposto na Orientação Jurisprudencial 348 do C. TST.

Reformo, nestes termos.



Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Desembargador Daniel de Paula Guimarães.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Maria José Bighetti Ordoño, Moisés dos Santos Heitor e Daniel de Paula Guimarães.

Em razão do exposto,

ACORDAM os magistrados da **1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região em:** por unanimidade de votos, **CONHECER** o recurso ordinário interposto pela reclamante e, no mérito, **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL** para, julgando a reclamação trabalhista **PROCEDENTE EM PARTE**, condenar a reclamada a pagar: a) adicional de insalubridade em grau médio com reflexos nas férias crescidas de 1/3, 13º salário e FGTS (8%), b) honorários periciais no importe de R\$ 3.000,00 e c) honorários advocatícios de sucumbência no montante de 5% sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, com a observância do disposto na Orientação Jurisprudencial 348 do C. TST; e, d) estabelecer a observância da correção monetária pelo IPCA-E, e com incidência dos juros legais definidos no art. 39, "caput", da Lei 8.177, de 1991, desde o fato gerador até a véspera do ajuizamento da ação e, a partir de então, somente será aplicada a taxa SELIC; recolhimentos previdenciários e fiscais, na forma da fundamentação, ficando, no mais, mantida a r. sentença de origem, tudo nos termos da fundamentação do voto.

Arbitra-se à condenação o valor de R\$ 20.000,00, com custas a cargo da reclamada no importe de R\$ 400,00.

MARIA JOSÉ BIGHETTI ORDOÑO
Desembargadora Relatora



EJM/mjb

VOTOS

