



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

Recurso Ordinário - Rito Sumaríssimo **1000443-97.2024.5.02.0005**

Relator: BEATRIZ HELENA MIGUEL JIACOMINI

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 08/07/2024

Valor da causa: R\$ 36.034,35

Partes:

RECORRENTE: TIERRI APARECIDO SANTIAGO DOS SANTOS

ADVOGADO: MARIO RANGEL CAMARA

RECORRENTE: COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS - CPTM

ADVOGADO: DEBORA NOBRE

RECORRIDO: TIERRI APARECIDO SANTIAGO DOS SANTOS

ADVOGADO: MARIO RANGEL CAMARA

RECORRIDO: COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS - CPTM

ADVOGADO: DEBORA NOBRE



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

PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO TRT/SP Nº 1000443-97.2024.5.02.0005

RECURSO ORDINÁRIO EM RITO SUMARÍSSIMO

RECORRENTES: TIERRI APARECIDO SANTIAGO DOS SANTOS; COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS - CPTM

RECORRIDOS: OS MESMOS

ORIGEM: 55ª Vara do Trabalho de São Paulo

RELATORA: BEATRIZ HELENA MIGUEL JIACOMINI

EMENTA

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ALTERAÇÃO DE TURNO. ATO DE REPRESÁLIA. O Aditivo ao ACT 2021/2022 assegura a manutenção no turno diurno ao empregado que se manifestar formalmente. No caso, não houve manifestação formal do reclamante nesse sentido. Desse modo, verifica-se que ao manter o autor no turno diurno, sem a sua prévia manifestação formal, a reclamada não observou o disposto no Aditivo ao Acordo Coletivo, razão pela qual declaro inválido o referido procedimento, devendo ser garantido ao demandante a opção de manutenção no turno diurno previsto no referido aditivo. Não se trata de poder diretivo do empregador. Assim, reconheço o direito do reclamante de participar da lista para o trabalho no turno noturno, conforme previsto no Aditivo ao Acordo Coletivo de Trabalho. Ante o exposto, conclui-se que a conduta da reclamada configura ato retaliatório pelo ajuizamento do processo nº 1001013-45.2021.5.02.0084. O direito de ação é assegurado pelo artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. Portanto, caracterizada a violação da integridade moral do reclamante. Devida a indenização por dano moral a material. Recurso conhecido e parcialmente provido.

RELATÓRIO

Dispensado, nos termos do artigo 852-I da CLT.

VOTO



Conhecimento

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Fundamentação

RECURSO DO RECLAMANTE

A - Ato discriminatório em razão de ajuizamento de ação trabalhista.

Indenização por danos morais e materiais.

Insiste o recorrente ser devida indenização por dano moral decorrente de ato discriminatório por parte da reclamada em face do obreiro, que havia ajuizado ação trabalhista (processo 1001013-45.2021.5.02.0084) e como represália, foi retirado da jornada de trabalho noturna bem como impedido de inserir seu nome na lista de espera para o labor na jornada noturna.

Na inicial o reclamante alega que sofreu ato discriminatório por parte da reclamada em evidente e injusta reprimenda pelo fato de ter exercido seu regular e legítimo direito de ação, (processo nº 1001013-45.2021.5.02.0084), na qual pleiteou o reconhecimento judicial da jornada especial de seis horas por sempre ter laborado em turnos ininterruptos de revezamento. Afirma que a atitude da reclamada em evidente caráter de punição, ao não deixá-lo participar do ranking do trabalho em período noturno, não só discriminou o reclamante em relação aos demais colegas como também lhe subtraiu parte da renda mensal causando-lhe enormes transtornos para sua sobrevivência pessoal bem como familiar. Aduz viger na reclamada a regra da escolha popular entre os próprios obreiros para participarem ou não do turno noturno, sendo faculdade de cada um dos trabalhadores inserir seu nome em lista para poder ser escalado no turno noturno, com permanência de no mínimo seis meses. Portanto, conforme norma coletiva, a opção do trabalho noturno não se trata de benefício da reclamada, mas de um direito do obreiro.

Em contestação, a reclamada alega que no processo nº 1001013-45.2021.5.02.0084, o reclamante deixou clara sua discordância com o procedimento da empresa de alternar o turno nos moldes do pactuado em Aditivo de Acordo Coletivo, pretendendo o reconhecimento da jornada de 06 horas bem como por alegar que o método utilizado pela empresa, de troca de turno, lhe causava maior desgaste a sua saúde. Nega que tenha ocorrido qualquer tipo de punição, perseguição ou discriminação por parte da reclamada.

Em manifestação sobre a defesa e documentos, o reclamante alega que a reclamada confessa a retirada do reclamante do sistema de ranking e afirma que no processo 1001013-45.2021.5.02.0084, não há pedido de supressão de jornada noturna.



O reclamante dispensou a produção de provas orais, Id 30a821d, tendo sido declarada encerrada a instrução processual, Id eabbbd5.

Incumbe ao reclamante a prova de fato constitutivo de seu direito, artigo 818, I, da CLT.

Destaca-se o alegado em contestação, Id b88d655 (fl. 195):

No entanto, definitivamente essa não é e nunca foi a postura da CPTM, muito pelo contrário, repita-se que nenhum dos seus empregados que possuem ação judicial sofrem qualquer reprimenda por parte da Reclamada, tanto é que continuam trabalhando normalmente sem qualquer alteração injustificada.

E no caso do Autor não foi diferente. Como demonstrado anteriormente houve expressa manifestação de sua parte impugnando a jornada praticada pela empresa inclusive com alegação de prejuízo, e mais requerimento expresso de reconhecimento de nulidade dos Aditivos de Acordo Coletivos celebrado entre as partes.

Essa foi a única e exclusiva razão, Excelência, pela qual a Reclamada manteve a escala do Autor em período diurno, e não em razão das fantasiosas alegações suscitadas na inicial.

Não se verifica qualquer ilegalidade na conduta da Reclamada, muito menos perseguição, discriminação ou tentativa de penalização.

O art. 468 da CLT permite alterações das condições de trabalho desde que haja mútuo consentimento e sejam benéficas ao empregado.

E no caso debatido nos autos houve expressa manifestação por parte do Autor de que a alteração de turnos para o período noturno lhe seria prejudicial.

(...)

E não bastasse a expressa manifestação do Autor discordando da jornada praticada na CPTM, não haveria como considerar a retirada do empregado do sistema de revezamento, excluindo a possibilidade de labor no turno noturno, como prejudicial.

A jurisprudência do TST é uniforme no sentido de que as alterações que impliquem em benefício ao trabalhador são tidas como lícitas, sobretudo no que se refere na retirada do empregado do labor em período noturno, como se destaca:

(...)

Ou seja, se a alteração é benéfica, esta não poderia ser considerada ilícita, muito mesmo sofrer ingerência do Judiciário, uma vez que, reitera-se, o controle do contrato de trabalho é inerente ao poder diretivo, que é exclusivo da empregadora.

Veja-se, não há qualquer fundamento fático ou legal de que a conduta prática pela Reclamada seria com o intuito persecutório ou ainda, que tal fato se caracterizaria como discriminatório e que o Reclamante teria sido alvo de represália." (g.n.)

A reclamada afirma que manteve a escala do autor em período diurno porque houve expressa manifestação do reclamante, no processo 1001013-45.2021.5.02.0084, em que impugna a jornada praticada pela reclamada.



Dispõe o Aditivo ao ACT 2021/2022, Id 9a79a92, sobre a troca de turnos:

"DA TROCA DE TURNOS

A partir da manutenção dos empregados que desempenham duas atividades nos atuais turnos, serão fixados os respectivos Turnos de Trabalho, com a formulação de listagens por linha ou par de linha, contendo a sequência de empregados que participarão do rodízio entre os turnos diurno (matutino e vespertino) e o noturno, observadas as habilitações indispensáveis para atuação no posto de trabalho.

A sequência dos empregados que participarão do rodízio, agrupados por cargos distintos, obedecerá as atribuições semelhantes e ao critério abaixo, que serve também como desempate:

- Tempo no cargo ou função;

- Tempo de empresa (havendo empate prevalece a centena da Matrícula que for menor)

Período de Troca de Turnos (com rodízio do turno noturno para o turno diurno):

- A cada 6 (seis) meses corridos, abrangendo 100% do efetivo noturno a cada troca;

- A troca de turno ocorrerá nos meses de janeiro e julho.

Será assegurado ao empregado, que se manifestar formalmente, a garantia de manutenção no turno diurno (matutino ou vespertino) atual. O empregado que trabalho no turno diurno e abrir mão da sua posição no ranking noturno voltará para o final da listagem.

Como regra, o empregado retornará, preferencialmente, para a linha ou par de linha e turno de origem (matutino ou vespertino), do qual saiu para o turno noturno.

O empregado que atualmente trabalha no turno noturno será alocado no final da listagem, e seu retorno ao mesmo somente ocorrerá após o envolvimento de todo o contingente previsto nas listagens." (g.n.)

Verifica-se do acima transcrito que é assegurada a manutenção no turno diurno ao empregado que se manifestar formalmente. No caso, não houve manifestação formal do reclamante nesse sentido. A reclamada manteve o autor no turno diurno por presunção de que o reclamante pretendia a manutenção apenas do turno diurno devido ao processo nº 1001013-45.2021.5.02.0084 em que impugna a jornada praticada pela reclamada. No entanto, naquela ação o autor não se refere ao horário noturno, mas à forma de revezamento de turnos.

Desse modo, verifica-se que ao manter o autor no turno diurno, sem a sua prévia manifestação formal, a reclamada não observou o disposto no Aditivo ao Acordo Coletivo, razão pela qual declaro inválido o referido procedimento, devendo ser garantido ao demandante a opção de manutenção no turno diurno previsto no Aditivo ao Acordo Coletivo. Não se trata de poder diretivo do empregador.

Assim, reconheço o direito do reclamante de participar da lista para o trabalho no turno noturno, conforme previsto no Aditivo ao Acordo Coletivo de Trabalho.



Ante o exposto, conclui-se que a conduta da reclamada configura ato retaliatório pelo ajuizamento do processo nº 1001013-45.2021.5.02.0084. O direito de ação é assegurado pelo artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Portanto, caracterizada a violação da integridade moral do reclamante.

Dou parcial provimento para reconhecer o direito do reclamante de participar da lista para o trabalho no turno noturno, conforme previsto no Aditivo ao Acordo Coletivo de Trabalho e condenar a reclamada ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R\$ 5.000,00, a ser atualizado na forma da Súmula 439 do C. TST.

Por consequência, devida a pretensão de indenização correspondente ao adicional noturno suprimido referente ao período em que o autor deveria ter trabalhado no período noturno (01/2024 a 06/2024), conforme previsto em convenção coletiva, que ora arbitro em R\$ 9.000,00.

Reformo parcialmente.

B - Correção monetária e juros.

Na sessão plenária do dia 20/12/2020, o STF decidiu que é inconstitucional a aplicação da TR para atualização dos créditos trabalhistas ao julgar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 58 e 59, ajuizadas, respectivamente, pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif) e pela Confederação Nacional da Tecnologia da Informação e Comunicação (Contic) e outras duas entidades de classe, e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 5867 e 6021, da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra).

E decidiu também que, até que o Poder Legislativo delibere sobre a questão, devem ser aplicados o Índice Nacional de Preço ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), na fase pré-judicial, e, a partir da citação, a taxa Selic, índices de correção monetária vigentes para as condenações cíveis em geral, conforme o dispositivo abaixo transcrito:

"Ante o exposto, julgo parcialmente procedentes as ações diretas de inconstitucionalidade e as ações declaratórias de constitucionalidade, para conferir interpretação conforme a Constituição ao artigo 879, §7º, e ao artigo 899, §4º, da CLT, na redação dada pela Lei 13.467, de 2017. Nesse sentido, há de se considerar que à atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial e à correção dos depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho deverão ser aplicados, até que sobrevenha solução legislativa, os mesmos índices de correção monetária e de juros vigentes para as hipóteses de condenações cíveis em geral, quais sejam a incidência do IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir da citação, a incidência da taxa Selic (artigo 406 do Código Civil)" (julgado em 18/12/20, vencidos os ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio).



Os embargos de declaração opostos pela AGU em face dos Acórdãos proferidos nas referidas ações foram parcialmente acolhidos tão somente para sanar o erro material constante da decisão de julgamento e do resumo do acórdão, de modo a estabelecer a incidência do IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir do ajuizamento da ação, a incidência da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil), sem conferir efeitos infringentes (Acórdão publicado no DJE de 09/12/2021).

Portanto, a partir dessa decisão, os critérios de juros e correção monetária deverão ser os fixados pelo C. STF, não havendo mais possibilidade de discussão sobre a matéria. No entanto, essa C. Turma entende que, juntamente com a aplicação do IPCA na fase pré-judicial, deverão ser aplicados os mesmos índices de correção monetária e de juros vigentes para as hipóteses de condenações cíveis em geral (artigo 406 do Código Civil), e após distribuição da ação, correção pela taxa SELIC, sem a incidência de juros, visto que embutidos no cálculo do indexador.

C - Honorários advocatícios sucumbenciais.

Diante da reversão do julgado, entendo serem devidos honorários sucumbenciais ao patrono da reclamante em 5% sobre o valor da liquidação da sentença.

RECURDO DA RECLAMADA

Justiça gratuita.

Argumenta a recorrente que faz prova de que o reclamante recebe valor superior a 40% do teto do regime previdenciário, razão pela qual deve ser afastada a justiça gratuita.

Trata-se de reclamação trabalhista ajuizada na vigência da Lei nº 13.467 /2017, que entrou em vigor em 11/11/2017. Os parágrafos 3º e 4º do artigo 790 da CLT, alteraram as possibilidades de concessão do benefício da justiça gratuita, in verbis:

"§3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social"

§4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo"

Portanto, depreende-se dos referidos dispositivos legais que a concessão do benefício da justiça gratuita em seara trabalhista passou a exigir o cumprimento de um dos seguintes requisitos: receber salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do RGPS, ou comprovar a insuficiência de recursos para o pagamento das custas processuais.



No caso em tela, o reclamante comprovou não ter condições de arcar com o pagamento das custas através da declaração acostada à petição inicial, Id f6bbed0. Embora o reclamante receba salário superior a 40% do limite máximo dos benefícios do RGPS, verifica-se que ele pleiteou na inicial a justiça gratuita e declara que não tem condições financeiras para arcar com as custas do processo sem prejuízo do seu sustento pessoal e familiar, o que é suficiente para se presumir a insuficiência financeira.

A referida declaração, assinada sob as penas da lei, continua sendo instrumento apto a provar a hipossuficiência do reclamante, nos termos do artigo 99, parágrafo 3º do CPC, que dispõe o seguinte:

Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

.....

"§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural."

Exceto se confrontada com outras provas produzidas pela parte contrária que demonstre realidade oposta à declaração.

No presente caso, a reclamada não comprovou nenhum fato contrário à declaração de hipossuficiência do autor.

A condição de necessitado para fins processuais possui natureza jurídica social e o artigo 790, parágrafo 3º deve ser interpretado em função da proteção social a que se destina, qual seja, evitar a falta de recursos para o sustento próprio e de sua família.

Portanto, entendo satisfeitos os requisitos do artigo 790, parágrafos 3º e 4º da CLT para a concessão da justiça gratuita.

Nego provimento.



DISPOSITIVO

Isto posto, **ACORDAM** os Magistrados da 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região em: **CONHECER** dos recursos ordinários e, no mérito, **NEGA R PROVIMENTO** ao da reclamada e **DAR PROVIMENTO PARCIAL** ao do reclamante para julgar **PROCEDENTE EM PARTE** a ação para reconhecer o direito do reclamante de participar da lista para o trabalho no turno noturno, conforme previsto no Aditivo ao Acordo Coletivo de Trabalho e condenar a reclamada ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R\$ 5.000,00, a ser atualizado na forma da Súmula 439 do C. TST e a indenização correspondente ao adicional noturno suprimido referente ao período em que o autor deveria ter trabalhado no período noturno (01/2024 a 06/2024), conforme previsto em convenção coletiva, que ora arbitro em R\$ 9.000,00, nos termos da fundamentação acima.

Quanto aos juros e correção monetária, devem ser aplicados o quanto decidido pelo STF ao julgar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 58 e 59: aplicação do IPCA na fase pré-judicial, deverão ser aplicados os juros de 1% ao mês previsto na Lei 8.177/91, (os mesmos índices de correção monetária e de juros vigentes para as hipóteses de condenações cíveis em geral), e após distribuição da ação, correção pela taxa SELIC, sem a incidência de juros, visto que embutidos no cálculo do indexador.

Não são devidos recolhimentos previdenciários e fiscais sobre as verbas, objetos da condenação, tendo em vista seu caráter indenizatório.

Diante da reversão do julgado, entendo serem devido honorários sucumbenciais ao patrono da reclamante em 5% sobre o valor da liquidação da sentença.

Custas, em reversão, no importe de R\$ 720,69, pela reclamada, calculadas sobre o valor dado à causa de R\$ 36.034,35.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Presidiu o julgamento o Exmo. Desembargador ANTERO ARANTES MARTINS



Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores BEATRIZ HELENA MIGUEL JIACOMINI, CÉSAR AUGUSTO CALOVI FAGUNDES e WILSON FERNANDES.

Relator (a): a Exma. Desembargadora BEATRIZ HELENA MIGUEL JIACOMINI

Revisor (a): o Exmo. Desembargador CÉSAR AUGUSTO CALOVI FAGUNDES

Integrou a sessão virtual o(a) Ilmo(a) representante do Ministério Público do Trabalho

RESULTADO: POR UNANIMIDADE DE VOTOS

São Paulo, 22 de agosto de 2.024.

Sandro dos Santos Brião

Secretário da 6ª Turma

BEATRIZ HELENA MIGUEL JIACOMINI
Desembargadora Relatora

pmk

VOTOS

