



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região

Recurso Ordinário Trabalhista

0021073-78.2022.5.04.0403

Relator: CLOVIS FERNANDO SCHUCH SANTOS

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 12/11/2024

Valor da causa: R\$ 76.000,00

Partes:

RECORRENTE: DAVIDSON DEUS

ADVOGADO: MARIANA BARBOZA BREHM

ADVOGADO: LAIS MEZZOMO ZONATTO

RECORRIDO: COMERCIAL ZAFFARI LTDA

ADVOGADO: CAROLINA FAVERO FELINI

ADVOGADO: DANIELLI CRISTINE SEGALIN

ADVOGADO: FRANCINE CANSI



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

Identificação

PROCESSO nº 0021073-78.2022.5.04.0403 (ROT)
RECORRENTE: DAVIDSON DEUS
RECORRIDO: COMERCIAL ZAFFARI LTDA
RELATOR: CLOVIS FERNANDO SCHUCH SANTOS

EMENTA

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Presentes os requisitos ensejadores da indenização pecuniária por dano moral, ação ou omissão do empregador, o dano sofrido pela parte autora e o nexo causal, é cabível a indenização correspondente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: **à unanimidade de votos, negar provimento ao recurso ordinário da parte ré. À unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso adesivo da parte autora para condenar a parte ré ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com acréscimo de correção monetária a contar da prolação do presente acórdão e de juros a partir do ajuizamento da ação, na forma do que estabelecem o artigo 883 da CLT e a Súmula 439 do TST. Valor da condenação majorado de R\$ 33.521,00, para R\$ 39.000,00, com custas majoradas de R\$ 670,42 para R\$ 780,00, para os fins legais.**

Intime-se.

Porto Alegre, 17 de março de 2025 (segunda-feira).

RELATÓRIO



Inconformada com a sentença (ID. bb74562), a parte ré interpõe recurso ordinário (ID. c1c5b9c) e a parte autora interpõe recurso adesivo (ID. f773e16).

A parte autora requer a reforma da sentença quanto à: 1 dano moral; 2 intervalo intrajornada.

A parte ré requer a reforma da sentença quanto à: 1 acúmulo de função; 2 horas extras; 3 descontos indevidos; 4 FGTS e demais reflexos; 5 honorários advocatícios.

Com contrarrazões apenas pela parte ré (ID. 0123e1c).

Os autos são remetidos a este Tribunal para julgamento.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

1. RECURSO ORDINÁRIO DA PARTE RÉ

1.1 ACÚMULO DE FUNÇÃO

Irresignada com a condenação ao pagamento de adicional por acúmulo de função, recorre a parte ré. Sustenta que as atividades realizadas pela parte autora eram inerentes ao cargo para o qual foi contratada. Diz que possui quadro de empregados específico para a função de operador de empilhadeira, a qual inclusive exige formação específica, conforme se observa do depoimento pessoal da recorrente. Alega que o depoimento prestado pela testemunha além de não se mostrar capaz de autorizar o entendimento de que havia acúmulo de função, possui restrições não observadas pela sentença. Aduz que, observados os períodos contratuais da parte autora e da testemunha, este depoimento poderia comprovar no máximo 3 meses de trabalho, não podendo ser admitido o adicional para toda a contratualidade. Neste sentido, sustenta que a condenação deve ser, no mínimo, limitada ao lapso temporal em que a prova possui idoneidade, na medida em que a testemunha suas atividades junto à recorrente, somente em 21-10-2021. Assim, afirma que a parte autora não desincumbe do ônus de demonstrar a ocorrência de acréscimo de função, no decorrer da contratualidade, na forma disposta nos artigos 818, I, da CLT e 373, I, do CPC. Nega comprovação da novação objetiva do contrato, não havendo ofensa às disposições do art. 468 da CLT. Argumenta que a circunstância de a parte autora utilizar esses equipamentos durante a sua jornada de trabalho, para desempenhar as atribuições de sua responsabilidade, caso houvesse prova robusta, não caracterizaria acúmulo de funções, salientando que a empilhadeira era mera ferramenta de trabalho, a serviço das atribuições inerentes às funções por ele exercidas, cuja atividade principal era a reposição de mercadorias. Diz que operar empilhadeira/paleta elétrica para reposição de mercadoria, quando e se



necessário, está contida nas atribuições da parte autora. Assevera que fato de a parte autora realizar outras tarefas em caráter eventual dentro de seu horário de trabalho, o que não implica uma demanda de esforço maior, não lhe dá direito ao reconhecimento de um "plus" salarial, ainda por que na função que desempenhava por vezes era necessária a utilização de empilhadeira, o que fazia em caráter eventual e extremamente esporádico. Aduz não haver previsão legal para o recebimento de adicional por desvio ou acúmulo de funções em CCT. Diz que se trata de condição tacitamente ajustada, integrando-se no sinalagma do contrato individual de trabalho em face do qual houve pagamento de salário mensal destinado a contraprestar todas as tarefas desenvolvidas pelo empregado, não se configurando, portanto, a hipótese prevista no artigo 9º da CLT. Invoca o parágrafo único do art. 456 da CLT. Postula a reforma da sentença para afastar a condenação ou, sucessivamente, para fixar sua incidência a partir de 21-10-2021, em percentual de 10% (não 30%).

Examina-se.

A matéria foi assim apreciada, em sentença (ID.bb74562, fls. 636-637 do PDF; grifado no original, sublinhei)

"1. ACÚMULO DE FUNÇÃO. PLUS SALARIAL.

O reclamante afirma que, embora tenha sido contratado como repositor no setor dos biscoitos, arroz e bebidas, após o período de experiência passou a acumular a função de operador de empilhadeira e paleteira. Busca o pagamento de acréscimo salarial, em valor correspondente a 30% do salário base percebido, no mínimo, e seus reflexos no aviso-prévio, férias com 1/3, 13º salário, horas extras, FGTS com 40% e no adicional noturno.

Em contestação, a reclamada nega acúmulo da função de operador de empilhadeira sustentando possuir quadro de colaboradores específicos para a função, a qual inclusive exige formação específica. Admite que: "Ainda que tenha operado a empilhadeira, há previsão e o mesmo era habilitado para tanto, no entanto, esclarece que a reclamada possui paleteiras elétricas e empilhadeira elétrica, SE ocorreu, foi de forma esporádica, sem habitualidade, na necessidade de reposição de eventual mercadoria, e com devida necessidade e urgência no abastecimento, a fim de facilitar o desempenho do labor". Reivindica a improcedência.

Análise.

O acúmulo de função ocorre quando o empregado além de executar a função contratada desempenha outra(s), que exija(m) maior qualificação técnica ou demande maior responsabilidade. Nesse caso, como deve haver comutatividade entre o trabalho prestado e o salário percebido, sob pena de locupletamento indevido do empregador, o empregado faz jus à contraprestação salarial pelo acúmulo de função, mediante acréscimo salarial.

Ademais, é possível falar em um plus salarial quando ocorre novação objetiva do contrato de trabalho, mediante a exigência de trabalho qualitativamente diverso daquele para o qual o empregado inicialmente se obrigara, e melhor remunerado.



No caso dos autos, conforme o reclamante alega e a testemunha ouvida em juízo confirma, além das atribuições típicas de repositor de mercadorias, por determinação da reclamada ele passou operar empilhadeira e paleteira. Vejamos:

DEPOIMENTO DA 1ª TESTEMUNHA CONVIDADA

*PELA PARTE AUTORA: Lopez Azas, (...) Pela parte reclamante: Que foi contratado para fazer abastecimento de mercadorias, **que o reclamante era operador de empilhadeira**; se todos os repositores faziam isso, disse que só o reclamante; que o depoente foi contratado por Carlos Alberto, confirma que entregou o currículo pra ele; que tinha dia que Carlos Alberto chamava o reclamante para trabalhar para dirigir a paleteira; (...) (destacamos)*

Operar empilhadeira e paleteira é atividade que exige qualificação específica, de modo que sua contraprestação é diversa daquela de repositor. A reclamada, em defesa, admite a necessidade de conhecimento especial. O fato de o reclamante não ter curso à época, só agrava a conduta da reclamada, que o colocou na função sem observância da regulamentação própria, mas não afasta o fato em si.

O exercício das atribuições de operador de empilhadeira e paleteira foge às obrigações inerentes ao cargo contratual de repositor e exige maior responsabilidade e conhecimentos técnicos quando comparado ao cargo contratual. Logo, a novação contratual operada pela reclamada importou em quebra da comutatividade contratual e ensejar o pagamento de um acréscimo salarial.

Defiro, pois, o pagamento de acréscimo salarial na ordem de 30% do salário-base mensal, com reflexos, nos limites do pedido, em férias com acréscimo de 1/3 constitucional, gratificação natalina, adicional noturno e aviso-prévio indenizado.

Reflexos em horas extras, FGTS e indenização compensatória de 40% serão analisados em tópico específico."

Examinados os autos, entendo que a matéria foi muito bem elucidada pelo juízo de origem, com valoração adequada dos subsídios probatórios existentes nos autos, não comportando reforma no particular, sendo mantida a sentença, no tópico, em seus próprios fundamentos.

Em acréscimo, destaco que a parte ré sequer enfrenta os fundamentos do *decisum*, por exemplo, de que "*Operar empilhadeira e paleteira é atividade que exige qualificação específica*", tanto que a própria parte ré "*admite a necessidade de conhecimento especial*", assim como, que "*fato de o reclamante não ter curso à época, só agrava a conduta da reclamada, que o colocou na função sem observância da regulamentação própria*".

Além disso, cumpre destacar que, em defesa, a parte ré refutou a pretensão, aduzindo (1) que possui quadro funcional específico para a função (a qual, inclusive, exige formação específica); (2) que a operação de empilhadeira, se ocorreu, foi eventual e em situação de emergência; (3) que a parte autora era habilitada para a esta função. Não há, portanto, qualquer alegação no sentido de que essa eventualidade tenha ocorrido somente a partir de certo período. Dessarte, entende-se que o fato de que a



testemunha tenha laborado junto com a parte autora por apenas 3 meses não obsta o deferimento do "plus" salarial ao longo de toda a contratualidade.

Os demais argumentos recursais já foram analisados na sentença e rebatidos, de modo que a mera insistência na argumentação não se reveste do caráter de "recurso". Ficam afastadas todos os demais argumentos da parte ré por serem insuficientes a alterar a conclusão que chegou esta decisão.

Provimento negado.

1.2 HORAS EXTRAS. REGULARIDADE DO REGIME COMPENSATÓRIO

A parte ré alega que a sentença interpreta equivocadamente a prova dos autos. Diz que a mesma idoneidade reconhecida em relação aos registros de jornada juntados deve ser atribuída ao regime compensatório adotado. Nega que a compensação adotada seja Banco de Horas e alega que a parte autora recebeu informação exauriente quanto às horas compensadas, contendo demonstração de todas as horas extras realizadas, pagas e compensadas. Afirma que o acesso ao cartão ponto, pela parte autora, era constante e sem qualquer restrição de informação, e ocorre por meio de aplicativo, a que todos os empregados possuem acesso. Diz que a informação é instantânea e o acesso ilimitado, de modo que havia, além da conferência diária, também acesso à informação mensal, com demonstração de horas totais realizadas, horas extras, noturnas, bem como as horas que foram compensadas dentro do mês laborado. Colaciona imagem do espelho de ponto relativo ao período de 26-01-2022 a 14-02-2022. Reitera que não se trata de Banco de horas, mas de Regime Compensatório, tal como disposto no art. 58-A, §5º da CLT, que transcreve. Sustenta que não há nulidade do regime de compensação pela suposta ausência de informação quanto às horas compensadas durante o mês, nos termos do artigo 58-A, § 5º, da CLT, que estabelece que as horas suplementares da jornada de trabalho normal poderão ser compensadas diretamente até a semana imediatamente posterior à da sua execução. Postula a reforma da sentença, para ser validado o regime compensatório adotado e afastada a condenação ao pagamento de horas extras.

A matéria foi assim analisada, na sentença (ID. bb74562, fls. 637-641 do PDF; destaques acrescentados):

"2. DURAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO:

2.1 HORAS EXTRAS.

O reclamante alega que a jornada não foi corretamente registrada e tampouco remunerada. Advoga pela nulidade do regime compensatório pela prática habitual de horas extras. Requer o pagamento de horas extras.

A reclamada alega, em contestação, que a jornada trabalhada foi devidamente registrada e que as horas extras foram gozadas ou pagas de acordo com o banco de horas adotado.

Análise.



A reclamada apresentou os cartões de ponto do reclamante, satisfazendo sua obrigação legal - ex vi do artigo 74 da CLT. Não há prova nos autos contundente que invalide a presunção de veracidade dos registros eletrônicos de início e fim da jornada, cujo ônus ao reclamante competia - inciso I do artigo 818 da CLT. O exame dos cartões de ponto revela registro, praticamente diário, de horas extras. Assim, tais documentos serão considerados para análise do pedido envolvendo duração do trabalho.

A Constituição Federal/88 elegeu como um dos principais direitos sociais do trabalhador a limitação da jornada de trabalho. Desta forma, o Constituinte limitou em 8h diárias e 44h semanais a duração do trabalho, assim como facultou a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho (artigo 7º, inciso XIII).

Para o labor extraordinário, o Constituinte estipulou um pagamento superior em, no mínimo, 50% ao trabalho normal (inciso XVI do artigo 7º da CF), salvo disposição mais benéfica prevista em norma coletiva.

É incontroversa a adoção de sistema de compensação de jornada nominado banco de horas.

A norma coletiva da categoria (ID. 7f87638) traz disposição a respeito:

CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEGUNDA - PRORROGAÇÃO E COMPENSAÇÃO DE HORAS

A duração normal do trabalho dos empregados integrantes da categoria profissional conveniente poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de duas horas diárias.

Parágrafo Primeiro:

Poderá ser dispensado o acréscimo de salário, inclusive nas atividades insalubres, independentemente de autorização a que se refere o art. 60 da CLT, se o excesso de horas em um dia, limitado a 30 horas mensais, for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, até o mês subsequente.

Parágrafo Segundo:

As horas extras limitadas a 30 horas mensais, poderão ser compensadas até o mês subsequente em que foram realizadas. As horas extras excedentes a 30 (trinta) mensais terão que ser pagas junto com a folha de pagamento do mês. As empresas que por ventura tenham o fechamento da folha de pagamento diferente do mês calendário, vale como mês de trinta dias o período de fechamento da folha.

Parágrafo Terceiro:

As empresas só poderão usar o "banco de horas" de que trata a cláusula e seus parágrafos se mantiver livro de registro de ponto ou cartão ponto ou planilha de acompanhamento das jornadas de trabalho, das prorrogações e compensações. No caso de utilizar planilha, e somente neste caso, deverá ser entregue cópia da mesma ao trabalhador junto com o "envelope" de pagamento. (sublinhamos)



Inexiste demonstração de sistema de crédito e débito e saldo (positivo/negativo) do banco de horas, de modo a permitir ao trabalhador a sua fiscalização e a transparência que o regime requer. Os lançamentos nos cartões de ponto apresentados pela reclamada não satisfazem tal exigência, pois de difícil compreensão e controle pelo empregado.

Tal falta denuncia ter a reclamada inobservado integralmente a norma coletiva instituidora, que determina que a empresa deve ter cartão ponto ou planilha de acompanhamento das jornadas de trabalho, das prorrogações e compensações, deflagrando a nulidade do banco de horas.

O presente entendimento coaduna-se com o seguinte precedente do TRT da 4ª Região:

JORNADA DE TRABALHO. REGIME COMPENSATÓRIO. BANCO DE HORAS. Havendo prestação de labor em horas excedentes a 10 diárias, inexistindo nos espelhos de ponto a demonstração do saldo diário de débitos e créditos de horas a permitir a correta fiscalização pelo empregado serem insalubres as atividades do empregado e não ter a reclamada observado a regra do artigo 60 da CLT, inválido é o regime de compensação adotado entre as partes, sendo devidas as horas extras excedentes à 8ª diária e à 44ª semanal. Recurso do reclamante provido. (TRT 4ª Região. 1ª Turma. 0000774-08.2012.5.04.0023 RO, Desembargadora Iris Lima De Moraes) (destacamos)

Ademais, como demonstrou o reclamante em réplica, nem todas as horas em prorrogação de jornada foram computadas para fins de compensação /pagamento, a exemplo do dia 22/07/2020 (Id. 09dbffb - pag. 149 do PDF).

Destarte, declaro a invalidade do regime de compensação pelo sistema banco de horas e defiro o pagamento de horas extras, assim consideradas aquelas horas que excedem a jornada contratual, com reflexos, nos limites do pedido, em repouso semanal remunerado e feriados, férias acrescidas de 1/3 constitucional, gratificação natalina e aviso-prévio indenizado.

Reflexos em FGTS e indenização compensatória de 40% serão analisados em tópico específico.

Demais critérios para apuração das horas extras e pagamento:

- *apuração conforme espelhos-ponto apresentados, devendo ser desprezados os dias que não houve trabalho, seja por faltas injustificadas, licenças, afastamentos por doença, férias, etc., e observado o quanto estipulado no artigo 58, §1º, da CLT e Súmula 366 do Tribunal Superior do Trabalho;*
- *a contagem das horas extras deve observar o quanto prescrito no artigo 58, §1º, da CLT, e Súmula 366 do TST, de forma que pode ser desprezada a variação de 5 minutos ao início e 5 minutos ao final a jornada, e, quando excedido o limite diário de 10 minutos, deverão ser computados todos os minutos trabalhados no dia;*
- *observância da hora reduzida noturna (§1º do artigo 73 da CLT), quando for o caso;*
- *divisor 220, considerando a jornada semanal de 44 horas;*
- *adicional legal de 50%, para os dias úteis, ou 100%, para domingos e feriados, desde que não compensados, ou adicional convencional, se mais favorável à parte trabalhadora;*



- base de cálculo, respeita a evolução salarial, composta de todas as parcelas remuneratórias (Súmula 264 do TST), inclusive o plus salarial deferido, além de, quando for o caso, adicional de insalubridade (OJ 47, SDI-1, do Tribunal Superior do Trabalho), adicional noturno (OJ 97, SDI-1, do Tribunal Superior do Trabalho), adicional de periculosidade (Súmula 132, II, do TST), adicional por tempo de serviço (Súmula 203 do TST);

- indefere-se repercussão em demais parcelas pelo aumento da média remuneratória dos reflexos em repouso semanal remunerado pela observância do entendimento vertido na OJ nº 394 da SDI-1 do C. TST, com redação anterior ao julgamento do Tema 9 dos Recursos de Revista Repetitivos do TST, tanto em face da segurança jurídica quanto, por disciplina judiciária, pela modulação dos efeitos da referida decisão às horas extras laboradas contar de 20/03/2023."

Analisa-se.

A parte autora trabalhou para a parte ré de 2-6-2020 a 14-2-2022, na função de Repositor (FRE, Id. e7e5c3e, fl. 100 do PDF; TRCT, ID. bd1d0fa, fl. 165 do PDF).

A parte ré junta aos autos controles eletrônicos de horário da contratualidade (ID. b6e7285), considerados válidos pela sentença, em razão da ausência de prova hábil a afastar a presunção de veracidade dos registros eletrônicos de início e fim da jornada. Não há insurgência recursal no aspecto.

No que se refere ao regime compensatório, observa-se que a cláusula trigésima da CCT 2021/2023 (ID. 7f87638, fl. 529 do PDF) estabelece o seguinte:

CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEGUNDA - PRORROGAÇÃO E COMPENSAÇÃO DE HORAS

A duração normal do trabalho dos empregados integrantes da categoria profissional conveniente poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de duas horas diárias.

Parágrafo Primeiro:

Poderá ser dispensado o acréscimo de salário, inclusive nas atividades insalubres, independentemente de autorização a que se refere o art. 60 da CLT, se o excesso de horas em um dia, limitado a 30 horas mensais, for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, até o mês subsequente.

Parágrafo Segundo:

As horas extras limitadas a 30 horas mensais, poderão ser compensadas até o mês subsequente em que foram realizadas. As horas extras excedentes a 30 (trinta) mensais terão que ser pagas junto com a folha de pagamento do mês. As empresas que por ventura tenham o fechamento da folha de pagamento diferente do mês calendário, vale como mês de trinta dias o período de fechamento da folha.

Parágrafo Terceiro:



As empresas só poderão usar o "banco de horas" de que trata à clausula e seus parágrafos se mantiver livro de registro de ponto ou cartão ponto ou planilha de acompanhamento das jornadas de trabalho, das prorrogações e compensações. No caso de utilizar planilha, e somente neste caso, deverá ser entregue cópia da mesma ao trabalhador junto com o "envelope" de pagamento. (sublinhamos)

Verifica-se que a norma coletiva invocada pela parte ré sequer menciona o art. 59-A, §5º da CLT e, além disso, estabelece expressamente os requisitos para uso válido deste "banco de horas".

Entretanto, independentemente da forma específica da compensação levada a efeito na prática ("banco de horas" ou "regime compensatório" na forma do art. 59-A, §5º da CLT, a parte ré não logrou demonstrar que atendia as exigências fixadas no parágrafo terceiro da cláusula 32ª da CCT.

Além disso, mediante exame perfunctório dos registros de jornada juntados, constata-se o trabalho em mais de 44 horas semanais, por exemplo entre 27-6 e 4-7 de 2020, assim como, de onze dias consecutivos de trabalho sem a concessão de qualquer DSR, como entre 3-6 e 13-6-2020 (ID. 09dbffb, fl. 148 do PDF), em flagrante ofensa à Súmula nº 127 desta Corte Regional.

Não é demais observar que a prevalência do negociado sobre o legislado somente se verifica quando o negociado é cumprido, o que não ocorreu no presente caso.

Dessarte, conclui-se que a sentença não comporta reforma.

Provimento negado.

1.3 DESCONTOS INDEVIDOS

A parte ré insurge-se em face da condenação à restituição de valores descontados em folha, aduzindo que os descontos foram realizados de forma regular. Afirma que a parte autora sempre utilizou o cartão fornecido, beneficiando-se da facilidade proporcionada pela recorrente, com realização de compras, inclusive. Afirma que o cartão é um benefício e uma facilidade que fornece aos seus empregados, sendo realizada por adesão, e sem nenhuma obrigatoriedade, muito menos imposição. Diz que a parte autora poderia ter solicitado o bloqueio a qualquer tempo, o que jamais foi realizado, permanecendo o cartão ativo e em pleno uso, durante toda a contratualidade. Alega que a pretensão de restituição implica flagrante enriquecimento ilícito. Postula a reforma.

Analise.

A matéria foi assim decidida, em sentença (ID. bb74562, fls. 642-643 do PDF; destaques acrescidos):

"3. DESCONTOS INDEVIDOS.



O reclamante alega sofrer indevidamente desconto de aproximadamente R\$ 278,00 pela utilização de cartão disponibilizado pela reclamada para compras e por ele não utilizado.

A reclamada afirma que o reclamante sempre utilizou do cartão (um benefício e uma facilidade fornecida por ela aos seus colaboradores) para compras de uso próprio, entretanto, "buscando o enriquecimento ilícito sustenta uma informação inverídica a fim de beneficiar-se, pleiteando vantagem indevida". Pugna a improcedência da devolução do importe descontado a tal título.

Analiso.

É incontroverso que o reclamante, como benefício, recebeu cartão para compras na reclamada e posterior desconto em folha de pagamento.

Muito embora o reclamante tenha autorizado o desconto de compras por ele efetivadas (documento de Id. 3354593) em seu salário, a reclamada não se desincumbiu de apresentar o relatório de uso de tal cartão, possibilitando a sua conferência com o valor descontado em folha de pagamento. Como exemplo, o desconto efetivado na folha de 11 /2020.

Desta forma, tenho por devidos os descontos e defiro a restituição dos valores sob a rubrica "Adto Salario - Compras")."

Examinados os autos, entendo que a matéria foi muito bem elucidada pelo juízo de origem, com valoração adequada dos subsídios probatórios existentes nos autos, não comportando reforma no particular, sendo mantida a sentença, no tópico, em seus próprios fundamentos.

Em acréscimo, destaco que a parte ré sequer enfrenta o fundamento do *decisum* no sentido de que "*não se desincumbiu de apresentar o relatório de uso de tal cartão, possibilitando a sua conferência com o valor descontado em folha de pagamento*", limitando-se a reiterar de forma genérica as alegações defensivas.

Os argumentos recursais já foram analisados na sentença e rebatidos, de modo que a mera insistência na argumentação não se reveste do caráter de "recurso". Ficam afastadas todos os demais argumentos da parte ré por serem insuficientes a alterar a conclusão que chegou esta decisão.

Provimento negado.

1.4 FGTS E DEMAIS REFLEXOS

Mantida as condenações impostas na origem, inclusive quanto ao pagamento de horas extras, nada há para ser deferido no aspecto.

Provimento negado.

1.5 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS



A parte ré, por fim, confiando na reforma da sentença, aduz ser impositiva a redistribuição do ônus da sucumbência, devendo a parte autora ser condenada ao respectivo pagamento, nos termos do artigo 85, do CPC e 791-A da CLT. Sucessivamente, requer sejam redimensionados os honorários, uma vez que extremamente elevados, e em desacordo com o decaimento experimentado pela recorrente.

Examina-se.

Em relação aos honorários advocatícios sobre parcelas de cunho trabalhista, tendo a ação sido ajuizada após 11-11-2017, início da vigência da Lei nº 13.467/2017, são devidos honorários de sucumbência.

Neste sentido, a Instrução Normativa nº 41 do TST, no que se refere aos honorários sucumbenciais:

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

"

É aplicável, portanto, o disposto no art. 791-A da CLT, quanto aos honorários sucumbenciais, nos seguintes termos:

"Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa".

Nos casos de sucumbência da parte ré, ela será condenada a pagar o percentual de 15% sobre o valor bruto da condenação, a título de honorários sucumbenciais em favor dos procuradores da parte autora, em relação aos pedidos julgados total ou parcialmente procedentes. O entendimento da Turma é o de que a parte autora seja condenada ao pagamento de honorários equivalentes a 5% do valor dos pedidos totalmente improcedentes.

Sendo a parte autora beneficiária de Justiça Gratuita, cumpre registrar que na AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - **ADI 5766**, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por maioria, a inconstitucionalidade do artigo 790-B, caput e parágrafo 4º, e artigo 791-A, parágrafo 4º, ambos da CLT (os quais estabeleciam a necessidade de pagamento de honorários periciais e advocatícios pela parte autora quando sucumbente, mesmo que fosse beneficiária da Justiça Gratuita). Observo que o STF, ao rejeitar os embargos de declaração naqueles autos, acresce os fundamentos de que o resultado final da ADI deve ser compreendido nos limites do pedido formulado pelo Procurador Geral da República. *Ipsis verbis*:

(...) "Veja-se que, em relação aos arts. 790-B, caput e § 4º, e 79-A, § 4º, da CLT, parcela da Ação Direta em relação a qual a compreensão majoritária da CORTE foi pela



PROCEDÊNCIA, há perfeita congruência com os pedido formulado pelo Procurador-Geral da República (doc. 1, pág. 7172), assim redigido: Requer que, ao final, seja julgado procedente o pedido, para declarar inconstitucionalidade das seguintes normas, todas introduzidas pela Lei 13.467, de 13 de julho de 2017: a) da expressão "ainda que beneficiária da justiça gratuita", do caput, e do § 4 o do art. 790-B da CLT; b) da expressão "desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa," do § 4 o do art. 791-A da CLT; c) da expressão "ainda que beneficiário da justiça gratuita," do § 2 o do art. 844 da CLT. Requer que, ao final, seja julgado procedente o pedido, para declarar inconstitucionalidade das seguintes normas, todas introduzidas pela Lei 13.467, de 13 de julho de 2017: a) da expressão "ainda que beneficiária da justiça gratuita", do caput, e do § 4 o do art. 790-B da CLT; b) da expressão "desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa," do § 4 o do art. 791-A da CLT; c) da expressão "ainda que beneficiário da justiça gratuita," do § 2 o do art. 844 da CLT.

Assim, seria estranho ao objeto do julgamento tratar a constitucionalidade do texto restante do caput do art. 790-B e do § 4º do art. 791-A, da CLT. Mesmo os Ministros que votaram pela procedência total - Ministros EDSON FACHIN, RICARDO LEWANDOWSKI e ROSA WEBER - declararam a inconstitucionalidade desses dispositivos na mesma extensão que consta da conclusão do acórdão. (...)"

A jurisprudência do TST acompanha o entendimento de que os honorários de advogado sucumbenciais devidos pela parte beneficiária da justiça gratuita ficam sob condição suspensiva de exigibilidade.

Sendo assim, a parte autora é responsável pelo pagamento de honorários sucumbenciais, no percentual de 5% sobre o valor indicado para os pedidos integralmente improcedentes, mantida a suspensão da exigibilidade, devendo a parte credora, em até dois anos, comprovar não mais subsistir a condição de vulnerabilidade econômica da parte autora.

No caso, a sentença deferiu o pagamento de honorários de sucumbência aos procuradores da parte ré, tendo-os fixado em 15%, a incidir sobre os pedidos julgados improcedentes e considerando o valor atribuído atualizado, declarando, contudo, suspensa a exigibilidade da cobrança da parcela, na forma da decisão proferida, no âmbito do Pleno desta Corte Regional nos autos 0020068-88.2018.5.04.0232, assim como, da ADI 5766.

A decisão de origem, portanto, está em consonância com o entendimento desta Turma, devidamente indicado neste tópico.

Nada há para ser reformado, portanto.

Provimento negado.

2. RECURSO ADESIVO DA PARTE AUTORA

2.1 INTERVALO INTRAJORNADA



A parte autora alega que foi reconhecido pela sentença que laborava como operador de empilhadeira em acúmulo de funções, aduzindo que a prova testemunhal é contundente ao afirmar que os operadores de empilhadeira faziam apenas 30 minutos de intervalo. Entende demonstrado de forma cabal a inobservância do intervalo legal de 1h. Afirma que a CLT, em seu artigo 71, § 4º, estabelece que a não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo implica o pagamento, de natureza indenizatória, do período suprimido com acréscimo de 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho. Argumenta que a concessão parcial do intervalo intrajornada não pode ser considerada mera irregularidade administrativa, mas sim uma violação direta aos direitos fundamentais do trabalhador, que afeta sua saúde e segurança no ambiente de trabalho. Postula a reforma da sentença, para condenar a parte ré ao pagamento do período suprimido com horas extras, com os devidos reflexos.

Analisa-se.

A matéria foi assim analisada, em sentença (ID. bb74562, fls. 641-642 do PDF; destaques acrescentados)

"2.2 INTERVALO INTRAJORNADA.

Pelo menos duas vezes por semana, por excesso de trabalho, o reclamante sustenta que não conseguia fruir da pausa intervalar. Postula o pagamento do período com adicional de horas extras.

A reclamada diz que "o reclamante SEMPRE pôde usufruir dos intervalos para descanso e alimentação referidos no art. 71, § 1º da CLT, que estão corretamente anotados em seus registros de jornada".

Analiso.

O § 1º do artigo 71 da CLT dispõe que quando a duração da jornada de trabalho ultrapassar 4 (quatro) horas mas não exceder de 6 (seis) horas será obrigatório um intervalo de 15 (quinze) minutos para repouso e alimentação.

Ultrapassado tal limite, disciplina o caput do citado artigo que o intervalo para repouso e alimentação será, no mínimo, de uma hora e, no máximo, de duas, salvo o pactuado em acordo ou convenção coletiva.

O §2º do artigo 74 da CLT estabelece como dever da empregadora proceder a pré-assinalação do tempo do intervalo para descanso e refeição. Vejamos: "§ 2º - Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso". (grifei)

No caso dos autos, a pausa em questão era devidamente registrada pelo trabalhador. Não há prova nos autos que infirme a veracidade do gozo efetivo do tempo registrado e nem o reclamante aponta ter usufruído de menos de uma hora - mínimo legal.

Indefiro o pagamento do intervalo intrajornada, conforme pedido deduzido à letra "c" do rol de pretensões da petição inicial."



A sentença não comporta reforma, no aspecto, sendo mantida em seus próprios termos e fundamentos, ora adotados como razões de decidir.

Em acréscimo, observa-se que, na petição inicial, a parte autora alega que, em "*razão do excesso de serviço*", "*pelo menos duas vezes por semana*", "*não conseguia fruir de integralmente do intervalo intrajornada*", de modo que a parte ré deveria ser condenada a pagar "*integralmente (1 hora) com adicional de horas extras, tendo natureza salarial, consoante previsões dos incisos I e III da Súmula nº 437 do E. TST*".

Tais alegações, contudo, tal como observado corretamente na sentença, não foram comprovadas. Frisa-se que a parte autora sequer se insurge contra a validação dos registros de horários apresentados pela parte ré.

Por outro lado, ante o exposto, a pretensão de deferimento "*do período suprimido com horas extras*" é inovatória.

Provimento negado.

2.2 DANO MORAL

A parte autora recorre do indeferimento do pedido de danos morais. Inicialmente, destaca a barreira linguística ao prestar depoimento, tendo em vista que a testemunha, assim como a parte autora, é de origem haitiana. Alega que a testemunha confirmou que havia discriminação e tratamento diferenciado em relação aos trabalhadores haitianos, o que configura dano moral *in re ipsa*. Invoca os artigos 1º, III, 5º, III e 7º, XXX da CR. Postula a reforma da sentença para condenar a parte ré ao pagamento de indenização por danos morais, aduzindo que a discriminação sofrida não apenas violou seus direitos constitucionais, mas também causou-lhe sofrimento e humilhação, justificando a reparação por danos morais.

Analisa-se.

Inicialmente, cabe ressaltar que os incisos V e X do artigo 5º da Constituição da República asseguram a todo e qualquer cidadão o direito à reparação dos danos morais porventura sofridos, assim entendidos aqueles respeitantes à esfera de personalidade do sujeito, mais especificamente os decorrentes de ofensa à sua honra, imagem e/ou intimidade. Trata-se de decorrência natural do princípio geral do respeito à dignidade da pessoa humana, erigido a fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro (artigo 1º, inciso III, da Constituição da República).

O direito à reparação por dano moral está disciplinado no artigo 186 do Código Civil:



"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Ainda, de acordo com o art. 927 do Código Civil:

"Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

Portanto, por dano moral entende-se todo sofrimento humano que atinge os direitos da personalidade, da honra e imagem, ou seja, aquele sofrimento decorrente de lesão de direito estranho ao patrimônio. Quando relacionado ao contrato de trabalho - na esfera do trabalhador - é aquele que atinge a sua capacidade laborativa, que deriva da reputação conquistada no mercado, profissionalismo, dedicação, produção, assiduidade, capacidade, considerando-se ato lesivo à sua moral todo aquele que afete o indivíduo para a vida profissional, decorrente de eventuais abusos cometidos pelo empregador, quer por sua ação ou omissão.

Ao se falar em dano moral, fala-se em atentado a valores extrapatrimoniais de cunho personalíssimo, quais sejam: lesão à honra do indivíduo, seus valores íntimos e sua imagem perante a sociedade, e sua reparação dependerá da ocorrência de três fatores: do ato praticado ou deixado de praticar, do resultado lesivo desse ato em relação à vítima e da relação de causa e efeito, que deve ocorrer entre ambos, o dito nexos causal.

Assim, a obrigação de indenizar fica condicionada à existência de prejuízo suficiente a ensejar reconhecimento de abalo moral. Contudo, o fato alegado como gerador do dano moral deve ser devidamente provado e estabelecido também o nexos causal, ainda que as consequências possam ser presumidas.

Na petição inicial, a parte autora postula a condenação da parte ré ao pagamento de indenização por danos morais, sob os seguintes fundamentos: (a) o gerente Carlos exigia, de cada empregado haitiano, como condição da contratação, o pagamento de R\$ 500,00; (b) Carlos lhe promoveu a operador de empilhadeira e paleteira com a promessa de aumento salarial, mas isso nunca ocorreu; (c) sofria discriminações ou penalizações rotineiramente, por ser haitiano, referindo que houve episódios em que os gerentes o deixavam sozinho para repor as mercadorias em vários corredores, mas que estas tarefas, em suas folgas ou férias, eram realizadas por três ou quatro empregados brasileiros; (d) cerca de três ou quatro meses antes da dispensa, os gerentes Fábio e Cassiano, não mais permitiram que a parte autora utilizasse a empilhadeira e paleteira elétrica, tendo que utilizar somente a paleteira manual, o que lhe gerava grande esforço físico (ID. d4adf49, fls. 5 e 6 do PDF).

No recurso, contudo, limita a pretensão à alegação de que havia discriminação e tratamento diferenciado em relação aos trabalhadores haitianos. Assim, a matéria será analisada somente sob este prisma.



Em defesa, a parte ré nega ter havido "*qualquer pressão por parte dos funcionários da Reclamada para com o Reclamante, sendo inverídica as alegações de que sofria com discriminações ou penalizações por ser de nacionalidade haitiana, havendo discriminação na distribuição e equiparação de tarefas em relação aos outros colaboradores*". Afirma que toma todas as providências e, além de realizar treinamentos constantes de equipe, disponibiliza Canal de Ética para quaisquer denúncias no ambiente de trabalho, cujo primeiro contato ocorre na admissão, sendo explicado a todos sobre os canais que a empresa disponibiliza, formas de realizar as denúncias de forma segura e privativa. (ID. c6db5a7, fls. 56 e ss.)

A única testemunha inquirida nos autos (a convite da parte autora), sob a questão envolvendo discriminação e tratamento diferenciado em relação aos trabalhadores haitianos, afirmou o seguinte, em seu depoimento,

"se havia tratamento diferente que os haitianos sofriam pelos supervisores, disse que sim, para os haitianos era muito pesado; que confirma que havia muitos haitianos trabalhando, confirma que o trabalho dos haitianos era mais pesado; que confirma que havia muitos haitianos trabalhando, confirma que o trabalho dos haitianos era mais pesado; sobre como era o tratamento dos chefes, disse que era diferente, havia pessoas que recebiam mais dinheiro e outras menos; se havia discriminação com o haitiano, disse que sim, o depoente saiu, pois o tratamento era muito complicado, era mais pesado para o haitiano, que acredita que era mais pesado pois é negro e estrangeiro, muito complicado, o trabalho era pior;"

A Magistrada de origem rejeitou a pretensão, nos seguintes termos:

*"A prova testemunhal produzida pelo reclamante não confirmou a cobrança pelo gerente Carlos de dinheiro dos haitianos como requisito para contratação. Os documentos anexados pelo reclamante com a petição inicial no máximo confirmam transações envolvendo o gerente com pessoas diversas do reclamante. **Indefiro o pedido de restituição do valor de R\$ 500,00 deduzido à letra "j" do rol de pretensões da petição inicial.***

A questão envolvendo o cargo de operador de empilhadeira foi solucionada em tópico antecedente, mediante recomposição salarial. Não há prova de que o reclamante sofreu dano extrapatrimonial, o que indispensável à indenização buscada."

Destaca-se que a testemunha confirma que "*o trabalho dos haitianos era mais pesado*" e que havia discriminação com os haitianos, explicitando que "*o tratamento era muito complicado*", e "*o trabalho era pior*".

A sentença, ao indeferir a pretensão obreira nada refere quanto a esta alegação.

No caso, entendo demonstrada a ocorrência do dano, havendo o dever de reparação.



A quantificação da reparação do dano moral é matéria controvertida na Justiça do Trabalho, porquanto sua natureza tem de ser, ao mesmo tempo, indenizatória, punitiva e preventiva, isto é, o *quantum* pago ao trabalhador vitimado deve compensar o abalo psicológico sofrido, imputando ao ofensor a obrigação de pagar o valor atribuído a título de indenização por danos morais, buscando evitar que situações análogas se repitam.

A reparação do dano moral, portanto, atende a um duplo aspecto: compensar o lesado pelo prejuízo sofrido e sancionar o lesante (caráter pedagógico).

O bem atingido não possui equivalência em dinheiro. Assim, a compensação de natureza econômica se sujeita ao princípio da razoabilidade. À falta de regra específica, entende-se que a indenização deve ser fixada tomando em consideração a gravidade e repercussão da ofensa, a condição econômica do ofensor, a pessoa do ofendido e, por fim, a intensidade do sofrimento que lhe foi causado.

Levando-se em conta a condição das partes e a gravidade do dano sofrido pelo trabalhador, entendo razoável a fixação do valor devido a título de indenização por dano moral em R\$ 5.000,00.

Dá-se provimento parcial ao recurso adesivo da parte autora para condenar a parte ré ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com acréscimo de correção monetária a contar da prolação do presente acórdão e de juros a partir do ajuizamento da ação, na forma do que estabelecem o artigo 883 da CLT e a Súmula 439 do TST.

3. REQUESTIONAMENTO

Tenho por **prequestionados**, para fins recursais, **todos os dispositivos legais e constitucionais** suscitados pelas partes, mesmo que não expressamente mencionados, assim como as **teses recursais levantadas**, tendo em vista a **adoção de tese explícita** acerca de cada uma das matérias deduzidas, na forma da Súmula nº 297, I, e na Orientação Jurisprudencial nº 118 da SDI-1, ambas do TST.

Nesse sentido, a Orientação Jurisprudencial n. 118 da SDI-I do TST, *in verbis*:

"PREQUESTIONAMENTO. TESE EXPLÍCITA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 297. Havendo tese explícita sobre a matéria, na decisão recorrida, desnecessário contenha nela referência expressa do dispositivo legal para ter-se como prequestionado este".

Acresça-se que **os dispositivos prequestionados foram abordados de forma explícita ou, ante a incompatibilidade da tese adotada no julgamento do recurso, implicitamente**. Aplicam-se, ainda, por força do art. 769 da CLT, os art. 941, § 3º e 1.025 do CPC.

Por fim, **cumpra advertir** as partes acerca da previsão contida no art. 1026, §2º, do CPC, *in verbis*:



"Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa".

CLOVIS FERNANDO SCHUCH SANTOS

Relator

VOTOS

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADOR CLÓVIS FERNANDO SCHUCH SANTOS (RELATOR)

DESEMBARGADOR FRANCISCO ROSSAL DE ARAÚJO

DESEMBARGADOR MARCOS FAGUNDES SALOMÃO

