



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

Ação Trabalhista - Rito Ordinário 0020232-02.2020.5.04.0291

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 04/06/2020

Valor da causa: R\$ 214.047,62

Partes:

RECLAMANTE: MARCOS VINICIUS DE ANDRADE

ADVOGADO: LUCAS BAUMHART DOS SANTOS

RECLAMADO: CONECTA EMPREENDIMENTOS LTDA

ADVOGADO: PAULO LEONARDO SOARES ROCHA

ADVOGADO: ARIANE MOREIRA DA SILVA

ADVOGADO: ANDERSON NUNES CARDOSO

ADVOGADO: CLAUDIO MAIA COSTA FERREIRA

RECLAMADO: RGE SUL DISTRIBUIDORA DE ENERGIA S.A.

ADVOGADO: PAULA FERREIRA MATOS

ADVOGADO: LUCAS PINHEIRO BAUER

PERITO: PAULO BERNARDO AVERBECK



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

Identificação

PROCESSO nº 0020232-02.2020.5.04.0291 (ROT)

RECORRENTE: MARCOS VINICIUS DE ANDRADE, CONECTA EMPREENDIMENTOS LTDA

RECORRIDO: MARCOS VINICIUS DE ANDRADE, RGE SUL DISTRIBUIDORA DE ENERGIA S. A. , CONECTA EMPREENDIMENTOS LTDA

RELATOR: MARIA MADALENA TELESKA

EMENTA

AUSÊNCIA DE BANHEIRO E DE LOCAL APROPRIADO PARA AS REFEIÇÕES. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DEVIDA. Submetido o trabalhador a condições precárias para se alimentar e fazer suas necessidades fisiológicas, fica configurado o dano extrapatrimonial, por ofensa à dignidade da pessoa humana, fundamento constitucional erigido no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso ordinário do autor para acrescer à condenação o pagamento de: indenização por danos morais, no valor de 5.000,00 (cinco mil reais), com atualização pela Súmula 439 do TST; indenização pela lavagem de uniforme, no importe de R\$ 30,00 (trinta reais) mensais; para absolvê-lo da condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, assim como para fixar nos honorários de sucumbência devidos aos seus procuradores em 15% sobre o valor bruto da condenação, que vier a ser apurado em liquidação de sentença. Por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário da segunda acionada, Conecta Empreendimentos LTDA. Valor da condenação arbitrado em R\$ 10.000,00, que se acresce para R\$ 15.000,00, com custas de R\$ 300,00, pelas reclamadas.

Intime-se.

Porto Alegre, 24 de agosto de 2022 (quarta-feira).



RELATÓRIO

Inconformados com a sentença de ID 672d3ba, complementada pela decisão dos embargos de declaração (ID 81f0915), recorrem o reclamante e a segunda demandada.

O autor apresenta recurso ordinário (ID. 5711559). Busca a reforma do julgado quanto ao reconhecimento do vínculo de emprego com a tomadora dos serviços; indenização pela lavagem de uniforme; indenização por danos morais; acúmulo de função; horas extras; intervalo intrajornada; sobreaviso; honorários.

A segunda acionada, Conecta Empreendimentos LTDA, via recurso adesivo (ID. e7150e8), pede a alteração da sentença relativamente à validade dos cartões de ponto - da inexistência de diferenças a título de horas extraordinárias - cartões de ponto faltantes - apuração pela média - Súmula 338 do TST.

Os litigantes apresentam as respectivas contrarrazões.

Feito sem a intervenção do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

PRELIMINARMENTE.

DO CONHECIMENTO.

Tempestivo o recurso ordinário interposto pelo reclamante (ID. 5711559), assinado por procurador com instrumento de mandato (ID. 28642a1 - Pág. 1).

Recurso adesivo da Conecta Empreendimentos LTDA ajuizado no prazo legal (ID. e7150e8), firmado por advogado substabelecido nos autos (ID. 90bf391 - Pág. 1). Efetuado o pagamento das custas (ID. 585ae77 - Págs. 1 e 2). O recolhimento do depósito recursal foi efetivado mediante apólice de seguro garantia, a qual preenche os requisitos do Ato Conjunto do TST, CSJT e CGJT de nº 1/2019 (ID. 6347757 - Pág. 1 e ss).

Preenchidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade de ambos os apelos.

NO MÉRITO.



DADOS DO CONTRATO.

O autor foi contratado pela primeira ré, Conecta, em 11 de janeiro de 2016, para exercer a função de Oficial Eletricista "LV" (Linha Viva). O contrato de trabalho foi extinto em 10 de junho de 2019, a pedido do empregado (CTPS ID. 3ab7313 - Pág. 3)

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE.

1. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO COM A TOMADORA.

Sustenta o reclamante que requereu o reconhecimento do vínculo de emprego com a RGE, primeira acionada, tendo em vista trabalhar exclusivamente para a empresa, executando serviços na rede, com liberação para intervenção exclusivamente pela tomadora. Sinala que a contratação foi realizada pela Conecta, sendo as férias marcadas pela contratante, havendo técnicos que coordenavam a distribuição de serviços. Destaca que os técnicos da RGE regularmente participavam e coordenam as suas atividades, dando ordens diretas ao recorrente, bem como realizavam a fiscalização de qualidade e segurança, o que é confirmado pelo depoimento de sua testemunha. Assim sendo, requer seja reformada a sentença e reconhecido o vínculo de emprego com a tomadora; o pagamento de 42 meses de bônus alimentação; PLR, bem como o reembolso da política de viagem, disposta no acordo coletivo da tomadora.

O contrato firmado entre as reclamadas tem por objeto a execução de obras e a prestação de serviços, conforme descrito e detalhados nos Anexos F - Equipe de Construção e Manutenção; Anexo G - Operação Logística, os quais contêm termos e condições específicas de cada atividade ("Anexos de Atividades") - ID. 80baf9b. Como se observa do acima referido, o próprio contrato de prestação de serviços está enquadrado na atividade fim da RGE. Natural, assim, supervisão e a fiscalização da contratante em relação às tarefas do autor.

Entretanto, o STF pacificou a matéria ao julgar a ADPF nº 324, e o Recurso Extraordinário nº 958.252, com repercussão geral reconhecida em 30.08.2018, pois decidiu pela licitude da terceirização em todas as etapas do processo produtivo, seja da atividade-meio ou atividade-fim, mantida a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços como decidido na origem. Por pertinente, transcreve-se o teor da tese de repercussão geral nº 725:

É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.

Assim, descabe o reconhecimento do vínculo de emprego com a tomadora.

Recurso negado.



2. INDENIZAÇÃO PELA LAVAGEM DE UNIFORME.

O autor aduz que seu uniforme não era de tecido comum, sendo de característica antichama, não podendo ser lavado juntamente com as outras roupas, devido às especificações apresentadas pelo fornecedor, bem como do próprio empregador, com restrições de uso de produtos para limpeza, bem como para secagem, necessitando cuidados especiais, sendo sempre lavado separadamente das demais roupas, gerando gastos ao reclamante que deveriam ser custeados pelo empregador, por ser o detentor dos riscos, bem como dos custos da atividade.

Transcreve-se a etiqueta do equipamento:

Não remova esta etiqueta

Leia com atenção antes de usar

Esta vestimenta atende aos requisitos e desempenhos especificados pelas normas: OSHA 29 CRF 1910.269e. ASTM F - 1506-02ª e ISSO 116612

CUIDADOS COM A VESTIMENTA

Lave esta vestimenta separadamente

Lave cores claras e escuras separadamente

Feche todos os sistemas de fechamento (botões, velcros ou zíperes) antes de lavar e secar a vestimenta.

Pré-lave as manchas de graxa e/ou gordura.

A remoção de manchas de graxa e/ou gordura pode exigir lavagem à seco.

Lave em lavadora com água quente (máx 160°F/71°C)

Não centrifugue excessivamente a vestimenta.

Não utilize branqueadores clorados nem mesmo detergentes com cloro pois podem alterar a cor da vestimenta.

Seque em secadora em baixa temperatura (máx 160°F/71°C)

Não seque excessivamente a vestimenta.

Não utilize amaciante.

Quando utilizar o serviço de lavanderias profissionais, assegure-se que as instruções do fabricante serão lidas e respeitadas.

Armazene a vestimenta protegida da luz. Não secar a vestimenta ao sol.



Efetivamente, diante das características do equipamento utilizado, tem-se que o uniforme utilizado necessitava de lavagem especial, com a utilização de produtos diferenciados aos de uso comum (água quente, uso de secadora, lavagem a seco, etc).

Adota-se o entendimento vertido na Súmula 98 deste Regional:

LAVAGEM DE UNIFORME. INDENIZAÇÃO.

O empregado faz jus à indenização correspondente aos gastos realizados com a lavagem do uniforme quando esta necessitar de produtos ou procedimentos diferenciados em relação às roupas de uso comum.

A responsabilização do empregado pela lavagem periódica do uniforme, transfere para ele uma parcela dos encargos do empreendimento, cujo ônus incumbe à empregadora, sendo inarredável o direito do autor de ser ressarcido dos gastos com a limpeza do uniforme, tendo em vista que os custos do negócio devem ser suportados integralmente pela empresa (art. 2º da CLT).

No que diz respeito ao valor da indenização, atendendo ao princípio da razoabilidade e aos valores usualmente utilizados nesta Justiça Especializada, arbitra-se medianamente o valor mensal de R\$ 30,00 (trinta reais).

Dá-se provimento parcial ao recurso para condenar a reclamada ao pagamento de indenização pela lavagem de uniforme, no importe de R\$ 30,00 (trinta reais) mensais.

3. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

Insurge-se o autor contra a sentença que indeferiu o pedido de indenização por danos morais, decorrente da instalação de câmera de monitoramento no banheiro/vestiário, bem como por falta de fornecimento de banheiros e local adequado para alimentação. Diz que o fato de ser prestado serviço em atividade externa, não é impeditivo para que a empresa forneça banheiros, ainda mais pelo longo prazo que o empregado permanecia trabalhando no mesmo local. Reitera que a conduta da recorrida, em não prover condições mínimas de higiene e saúde ao recorrente é ilícita, violando a sua esfera íntima, causando sofrimento e constrangimento ao trabalhador. Por vezes, as equipes trabalhavam no mesmo local por mais de um dia, o que possibilitava a instalação de um local de condições mínimas de higiene para os empregados para fazer suas necessidades fisiológicas. Destaca que, seguidamente, tinha que almoçar no caminhão, fazendo com que se alimentasse em um ambiente conturbado e sem o mínimo esperado para um local de alimentação. Sinala que era orientado a levar alimento, pois não havia locais para compra de alimentos, tendo de comer comida fria, retirar partes azedas e estragadas em virtude do calor em algumas oportunidades, em vista não ser disponibilizado qualquer dispositivo para refrigerar e aquecer o alimento, o que seria minimamente aceitável. Relata que por diversas vezes se alimentou na cabine do caminhão,



enquanto se deslocava de um trabalho para o outro. Lembra que trabalhou em áreas afastadas de qualquer estabelecimento, que possibilitasse o deslocamento caminhando até banheiros, tendo de urinar entre a cabine e a carroceria do caminhão, bem como defecar no mato ou terrenos baldios. No que tange à câmera, afirma que foi posicionada diretamente no banheiro, em relação aos bancos onde os empregados realizavam a troca de uniforme, ficando com sua intimidade exposta por ato ilícito da reclamada, segundo fotos que indica. Pede seja reformada a decisão e condenada a empresa ao pagamento de danos morais por ofensa de natureza gravíssima, diante da instalação de câmera de monitoramento no banheiro /vestiário, bem como pelo não fornecimento de banheiros e local de alimentação durante suas atividades laborais.

A reparação do dano moral está garantida na Constituição Federal, art. 5º, V e X, bem como no Código Civil, no art. 186. Os incisos V e X, referidos, asseguram a todo 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.

De início, refiro que a câmera não foi fixada dentro dos banheiros, mas na porta de entrada, segundo confessa o reclamante em seu depoimento: *o banheiro tem um câmera que filma a porta de entrada do banheiro, ignorando para que existe; a referida câmera está instalada fora do banheiro, direcionada para a porta do banheiro* (ata ID. fe81b80). Embora esse procedimento não seja recomendado, entende-se que não é passível de gerar dano moral passível de indenização, mas apenas um mero desconforto.

Com relação à inexistência de banheiros quanto dos serviços externos, esta é incontroversa, na medida em que a Conecta alega em sua defesa que:

Primeiramente, necessário referir que o ramo de atividade da Reclamada faz com que seus colaboradores necessitem trabalhar em serviço externo e itinerante em vias públicas. Que todos os trabalhadores por ocasião da contratação tomam ciência das condições de trabalho que irão enfrentar e que esta decorre da natureza dos serviços que irão realizar.

Desta forma, a condição relacionada a ausência de banheiro no local de trabalho decorre da natureza dos serviços externos em constante deslocamento nos mais diversos pontos das vias públicas e não de ato ilícito ou má fé da Reclamada.

As equipes ao chegarem no local onde os serviços devem ser executados procuram estacionar próximo a estabelecimentos públicos e comerciais, postos de gasolina, bares e similares. (

ID. c4d1520 - Pág. 5)

Nesse contexto, evidenciado nos autos que as reclamadas não se preocuparam em garantir um ambiente de trabalho sadio para os seus empregados, violando, inclusive, o direito à dignidade do trabalhador. A impossibilidade/restrição do uso do banheiro durante a jornada de trabalho, bem como a submissão do



trabalhador a condições precárias para alimentação são abusivas, competindo às rés indenizarem o autor por danos morais. Do mesmo texto da defesa acima transcrito, tem-se que, igualmente, inexistia local adequado para refeições durante os serviços externos, que, via de regra, eram feitas dentro dos caminhões, sem qualquer equipamento de cozinha. Tem-se, pois, que o reclamante esteve submetido à condições precárias e degradantes devido à inexistência de instalações sanitárias e de local apropriado para as refeições.

Resta caracterizado o dano moral, já que a intimidade, a honra, a vida privada e a imagem das pessoas são direitos fundamentais invioláveis, protegidos constitucionalmente, conforme dispõe o inciso X do art. 5º da Constituição Federal. Demonstrado o dano moral sofrido, bem como o ato ilícito cometido, o autor faz jus à reparação.

Esta Relatora já decidiu da mesma forma nos autos de nº 0021034-74.2016.5.04.0732 e de nº 0020655-52.2018.5.04.0801.

Nesse mesmo sentido, são os julgados deste Tribunal:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DESRESPEITO A NORMAS DE SAÚDE, SEGURANÇA E HIGIENE DO TRABALHO. AUSÊNCIA DE INSTALAÇÕES SANITÁRIAS E DE LOCAL APROPRIADO PARA AS REFEIÇÕES. A inexistência de instalações sanitárias e local adequado para a realização das refeições, evidencia a ocorrência de trabalho em condições degradantes, em flagrante desrespeito às disposições insertas na NR nº 24, o que impõe a condenação do demandado ao pagamento de indenização por danos morais. (TRT da 4ª Região, 7ª Turma, 0021377-44.2017.5.04.0018 ROT, em 18/03/2021, Juiz Convocado Joe Ernando Deszuta - Relator)

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONDIÇÕES INADEQUADAS DO AMBIENTE DE TRABALHO. O dano moral decorre da violação aos direitos da personalidade, como a honra, a imagem e a privacidade. O dever de indenizar exige a comprovação do dano e do nexo de causalidade entre este e a conduta do ofensor, bem como, quando não se tratar de responsabilidade objetiva, de que agiu com dolo ou culpa. Caso em que a reclamada não assegurou condições mínimas sanitárias e de higiene pessoal no local de trabalho, violando a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, o que confere direito à indenização por dano moral. (TRT da 4ª Região, 1ª Turma, 0020475-38.2015.5.04.0026 ROT, em 01/08/2019, Desembargador Fabiano Holz Beserra)

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DE SANITÁRIOS. TRATAMENTO HUMILHANTE E DESRESPEITOSO. A submissão do trabalhador a situações constrangedoras, como a ausência de banheiros durante as viagens, compelindo o empregado a realizar suas necessidades fisiológicas em local inapropriado, configura ato ilícito caracterizador de danos à esfera extrapatrimonial do obreiro. Hipótese em que a conduta empresarial abusiva fere, indubitavelmente, a esfera íntima do empregado, alcançando sua dignidade e intimidade, impondo-se, assim, a condenação da empregadora ao pagamento de indenização por danos morais. (TRT da 4ª Região, 2ª Turma, 0021077-07.2016.5.04.0701 ROT, em 19/09/2018, Marcelo Jose Ferlin D" Ambroso)



No tocante ao valor a ser arbitrado para a indenização, é certo que o dano moral é de árdua mensuração, exigindo do Julgador uma atividade intelectual de caráter subjetivo e a consideração de uma série de circunstâncias que possa ser extraída da relação jurídica das partes. À falta de regra específica, entende-se que a indenização deve ser fixada tomando-se em consideração a gravidade e repercussão da ofensa, a condição econômica e o grau do dolo ou culpa do ofensor, a pessoa do ofendido e, por fim, a intensidade do sofrimento que lhe foi causado. A indenização, portanto, deve ser fixada em termos que se mostrem razoáveis e compatíveis com a realidade que cercou a relação das partes.

Dito isso, atenta a critérios de razoabilidade e considerando as peculiaridades do caso concreto e o binômio compensação da vítima/punição da ofensora, entende-se por fixar a indenização por danos em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com atualização pela Súmula 439 do TST.

Pelo provimento parcial, nos termos supra.

4. ACÚMULO DE FUNÇÃO.

Insurge-se o reclamante contra a sentença que indeferiu o pedido de acúmulo de função, por exercer as atividades de eletricista de linha viva e de motorista. Alega que foi contratado para ser eletricista de linha viva e não motorista. Não pode, pois, ser penalizado com acréscimo de trabalho, ainda mais por atividades não relacionadas ao cargo ou função para a qual fora contratado, não devendo ser admitido que a recorrida deixe de contratar um número maior de empregados, distribuindo as tarefas aos empregados como forma de suprir suas carências de falta de mão de obra. Pede a condenação das demandadas ao pagamento de diferenças salariais por acúmulo de funções, equivalente a 30%, o qual deve ser calculado com base no salário contratual, acrescido dos reflexos.

De pronto, destaca-se que inexistente previsão no ordenamento jurídico pátrio de salário por atividade, motivo pelo qual, salvo ajuste em contrário, a execução cumulativa de tarefas, em uma mesma jornada, para um único empregador, não justifica a exigência de pagamento de remuneração distinta para cada atribuição do empregado. Isso é o que deflui da norma estabelecida no parágrafo único do art. 456 da CLT: *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.*

Sintetizando, para o empregado fazer jus ao pagamento de acréscimo salarial, é necessária a demonstração do exercício de funções de maior complexidade e/ou responsabilidade do que aquelas para as quais fora contratado. Em consequência, não gera direito a acréscimo salarial, exceto se a tarefa exigida tenha previsão legal, normativa ou contratual de salário diferenciado.



Assim, para que seja reconhecido o direito às diferenças salariais, é necessário que a realidade laborativa indique que o empregado tenha agregado outras funções não compatíveis com sua condição pessoal ou com o contrato.

O reclamante declara em depoimento pessoal que *realizou as mesmas atividades desde o início do contrato, tal como seu colega de equipe*. Sua testemunha também referiu que *sempre realizou as mesmas atividades desde o início do contrato; no período em que trabalhou com o reclamante, o reclamante executou sempre as mesmas atividades*.

Nesse contexto, diante o teor da prova oral, não é possível concluir pela ocorrência de novação contratual, sobretudo considerando-se as atividades descritas pelo próprio autor em depoimento pessoal, as quais não se demonstram diversas daquelas exercidas desde o início do contrato, mais complexas, ou incompatíveis com a sua condição pessoal.

Por conta disso, entende-se que o empregado se obrigou a executar todas as atividades compatíveis com a sua condição pessoal, designadas pelo empregador desde a admissão, no exercício do *jus variandi*, dentre as quais se incluem as que supostamente foram exercidas em acúmulo de função. Conforme já mencionado incide, na espécie, a previsão do artigo 456, § único, da CLT.

Provimento negado.

5. INTERVALO INTRAJORNADA.

O demandante alega que por diversas vezes teve de interromper seu horário destinado à alimentação e descanso para retornar ao trabalho, suprimindo em média 30 minutos de intervalo, sendo sempre acima da tolerância de 10 minutos aceita no ordenamento jurídico, impossibilitando que gozasse da totalidade de seu descanso, restando em desacordo com as normas jurídicas e a jurisprudência vigentes na época dos fatos. Afirmar que trabalhavam em obras, finalizando o trabalho, na grande maioria das vezes, após às 12h00, iniciando diversas vezes os serviços programados às 13h00, em desligamentos. Ademais, o recorrente trabalhava em várias cidades, tendo de deslocar para realização de serviços com horários sempre programados, tendo de realizar somente lanches no percurso entre uma atividade e outra, ou comendo na cabine do caminhão. Sinala que a reclamada orientava que marcassem as folhas ponto com intervalos distintos, seguindo as mesmas premissas das anotações de final de turno, nunca permitindo que anotassem as horas extras conforme fossem executadas. Considerando o prazo que o recorrente trabalhou para a reclamada, 23 meses, e que ocorria a supressão do intervalo de almoço em média de 4 vezes na semana, com a média de 30 minutos suprimidos, pede seja a ré condenada a pagar o total de 656 horas, acrescidas de 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.



Na mesma linha da sentença, do *exame dos registros de horário carreados, não verifica o Juízo prejuízo ao intervalo intrajornada, o que tampouco é demonstrado pelo reclamante, ainda que por amostragem, ônus que lhe competia, a teor do disposto no artigo 818, I, da CLT, e do qual não se desincumbiu*. Nota-se que o depoimento do autor é contrário ao que demonstram os registros de horário, pois ele afirmou em seu depoimento que *o depoente usufruía 01 hora de intervalo de almoço umas 02 ou 03 vezes por semana, o restante era em torno de meia hora; o intervalo anotado em horários bastante variados era exigência da reclamada que não permitia sempre o registro no mesmo horário* (grifei, ata ID fe81b80).

O depoimento da testemunha do autor, Sr. Bruno, não é convincente quanto ao prejuízo do gozo do intervalo em debate, pois disse que *o depoente usufruía intervalo de 01 hora ao que recorda, ignorando aspectos relativos ao intervalo do reclamante* (ata ID fe81b80).

Nego provimento ao recurso.

6. SOBREAVISO.

O autor assevera que permanecia em constante regime de sobreaviso, em estado de alerta sempre que houvesse a possibilidade da ocorrência de serviços emergenciais, como temporais e ventos fortes, todavia, sem receber o adicional de 1/3 do salário, mesmo sendo chamado por diversas vezes e não estando na escala de sobreaviso. Sinala que ficava nesse regime aos finais de semana, das 22h00 de sexta-feira até às 07h00 de segunda-feira, pelo menos duas vezes por mês. Por diversas vezes foi acionado por seu superior imediato, requerendo que voltasse para trabalhar. Mesmo quando não contatado, era orientado a aguardar o chamado do empregador a qualquer momento. Pugna pela reforma da decisão para que seja a recorrida condenada ao pagamento de horas de sobreaviso mensais, correspondente a 1/3 do salário básico do reclamante, bem como os reflexos.

O sobreaviso, legalmente previsto para os ferroviários, em conformidade com o art. 244, § 2º, da CLT, mas estendido pela jurisprudência e doutrina - por analogia - para as demais categorias profissionais, caracteriza-se quando ocorre cerceamento, por determinação do empregador, do repouso ou da liberdade do trabalhador em utilizar seu tempo de folga como desejar. Os empregados de sobreaviso normalmente ficam em suas residências à disposição do empregador, que os chama no momento oportuno. Em tais casos, organiza-se uma escala, que não poderá ser superior a 24 horas. Referidas horas, consideradas como à disposição do empregador, são remuneradas na base de um terço do salário normal. Evidentemente, quando os empregados de sobreaviso são convocados para a prestação de serviços, devem perceber integralmente o salário das horas trabalhadas. Assim, para ficar caracterizado o sobreaviso, deve ficar comprovado, que o trabalhador ficou impedido na sua liberdade de gozar as horas de folga como bem lhe aprouvesse, e que tal impedimento foi causado por determinação de seu empregador. A respeito da matéria, ainda, a jurisprudência sedimentada na Súmula 428 do TST:



SOBREAVISO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º, DA CLT

I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.

II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

O próprio autor explica em seu depoimento que *a escala de linha viva não ficava de sobreaviso; portavam um telefone que deveria ser atendido, chamado para atender emergências; durante o contrato do depoente, permaneceu com o telefone de sobreaviso por 01 ano e meio; o sobreaviso funcionava para o atendimento emergencial;*" (ata ID fe81b80). Sua testemunha, Sr. Bruno, acrescentou que *"durante todo o contrato do depoente não houve escala de sobreaviso, visto que a Conecta contratou mais equipes e específicas para cobrir o sobreaviso, o mesmo tendo acontecido com o reclamante no mesmo período; o pessoal que ficava no sobreaviso ficava com celular; o depoente nunca ficou com celular; não tem certeza, mas lhe parece que o reclamante, num período em foi encarregado, portou celular, então por conta da função de encarregado e não por conta de sobreaviso* (ata ID fe81b80).

Com efeito, compartilha-se do entendimento vertido na origem, de que não há provas de que o autor necessitasse permanecer submetido ao controle patronal, aguardando chamado da reclamada. Tampouco são comprovadas as próprias chamadas, assim como a existência de escalas.

Não está caracterizado, pois, o exercício de atividade em regime de sobreaviso.

Apelo não provido.

7. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Consoante o Juízo de origem, *deferem-se honorários de sucumbência à parte autora (05%) e à parte demandada (10%, para cada uma), vedada a compensação entre os mesmos (art. 791-A, § 3º, da CLT).*

O autor pede a absolvição, pois não tem como realizar o pagamento de honorários, tendo em vista sua condição de hipossuficiência. Também requer seja reformada a sentença para sejam majorados os honorários devidos aos seus advogados.

O demandante litiga ao abrigo da justiça gratuita, consoante o item 11 da sentença.

No que diz respeito aos honorários sucumbenciais devidos pelos beneficiários da justiça gratuita, Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766, *por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta, para declarar*



inconstitucionais os arts. 790-B, caput e § 4º, e 791-A, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>).

Assim, absolve-se o autor da condenação em honorários sucumbenciais.

Esta Turma julgadora já vinha decidindo, antes mesmo da denominada reforma trabalhista, que o percentual devido pelos empregadores é de 15% sobre o valor bruto da condenação, a ser apurado em liquidação de sentença. Esse entendimento entra respaldo na Súmula 37 deste TRT, assim como no artigo 791-A da CLT:

Súmula nº 37 - HONORÁRIOS DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. BASE DE CÁLCULO.

Os honorários de assistência judiciária são calculados sobre o valor bruto da condenação.

Art. 791-A. 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.

Dou provimento ao recurso ordinário do reclamante para fixar nos honorários sucumbenciais devidos aos seus procuradores em 15% sobre o valor bruto da condenação, que vier a ser apurado em liquidação de sentença. Absolve-se o autor da condenação ao pagamento de honorários scumbenciais aos procuradores da ré.

RECURSO DO RECLAMANTE E RECURSO ADESIVO DA CONECTA.

HORAS EXTRAS.

O reclamante em longa argumentação, alega que em pouquíssimas vezes a empresa deixou passar a marcação original, restando demonstrado que trabalhava muito além do entardecer, conforme anotações, chegando a trabalhar até às 21h57min em uma oportunidade e em muitas, até às 21h. Conforme afirmado em audiência pela testemunha e pelo recorrente, a recorrida passou a adotar o procedimento de não permitir a anotação correta dos horários de final de turno, após um período que trabalhou na empresa, o que fica evidente na verificação das folhas ponto, restando com anotações acima de 1 hora e 12 minutos somente até dezembro de 2016. Assevera que a orientação da recorrida foi alterada novamente em 2018, impossibilitando que anotassem após 1 hora e 12 minutos de horas extras realizadas, o que ocorreu por 108 oportunidades, com a mesma precisão, o que é minimamente intrigante. Sinala que as papeletas eram assinaladas pelos empregados e entregue no início da jornada do dia posterior, com orientação de que não fosse anotado o horário exato de entrada e saída, 08h30min e 18h18min, nem mesmo que colocassem o mesmo horário entre os colega de equipe, mesmo que começassem e terminassem a jornada exatamente no mesmo horário, sempre assinalando com 1 ou 2 minutos de diferença. Dessa forma, fica evidente que



a recorrida não permitia a anotação correta dos horários trabalhados, afirmando que deveriam anotar aos finais de semana as horas trabalhadas após o limite diário, deixando de realizar o pagamento por diversas vezes, tendo em vista trabalharem aos finais de semana, sendo impossibilitado o trabalho aos sábados e domingos para o não recebimento de folga durante a semana, impedindo a cobrança, deixando de realizar o pagamento das horas extras trabalhadas, sendo inclusive afirmado pela testemunha do recorrente. Pugna pela reforma do julgado para que seja a reclamada condenada ao pagamento 10 horas extraordinárias mensais, além das horas extras já pagas, totalizando 420 horas, bem como os reflexos de adicional de periculosidade, 13º salários, férias com 1/3, horas extras, DSR, adicional noturno, FGTS.

A Conecta, em seu recurso adesivo, insurge-se contra a condenação ao pagamento das diferenças das horas extras minuto a minuto, nos termos do art. 58, §1º da CLT e, nos períodos descobertos pelos controles. Diz que, embora o Juízo de origem tenha concluído que os horários dos controles carreados aos autos pela recorrente, refletiam fielmente a jornada laborada pelo recorrido, tendo em vista a ausência de alguns cartões de ponto referente a apenas 14 (quatorze) meses, de um vínculo que perdurou por 3 (anos) anos e 5 (cinco) meses, ou seja, 41 (quarenta e um) meses, o Juízo de origem, em que pese tenha consignado que o autor não se desvencilhou do seu ônus de infirmar os controles de ponto juntados aos autos, bem como a prova testemunhal confirme que o horário médio de término do expediente se dava às 18h, presumiu como verdadeira, para essas lacunas, a jornada de trabalho informada na petição inicial, jornada esta que já havia sido afastada, inclusive, pela prova oral produzida nos autos pelo próprio reclamante. No seu entender, não há como se aplicar a pena de confissão nesse caso, eis que há outros elementos de prova nos autos, como o depoimento prestado pela testemunha arrolada pelo recorrido. Dessa forma, requer seja reformada a sentença para que, ante o reconhecimento da idoneidade dos controles de ponto e não tendo o autor produzido prova capaz de afastar a força probante desses, as horas extras sejam apuradas pela média dos meses anteriores à jornada de trabalho nos períodos de ausência de controle. Sucessivamente, pede seja levado em consideração o referido pela testemunha do autor, Sr. Bruno, sendo considerado o horário de término do expediente às 18h para os meses não acobertados pelos espelhos de ponto.

Como antes referido, autor foi contratado pela primeira ré, Conecta, em 11 de janeiro de 2016, para exercer a função de Oficial Eletricista Linha Viva. O contrato de trabalho foi extinto em 10 de junho de 2019, a pedido do empregado (CTPS ID. 3ab7313 - Pág. 3). Conforme a exordial, foi contratado para laborar em jornada de 8 horas diárias e 44 horas semanais, das 08h30 às 17h148min, de segunda à sexta-feira, compensando o sábado. No entanto trabalhava das 8h30 às 20h30min regularmente, trabalhando aos sábados e, em média, dois domingos por mês.

Os registros de horário são a prova, por excelência, da jornada de trabalho, podendo sua validade ser afastada por outros meios.



Recorde-se a Súmula nº 338 do TST:

JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA.

I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário .

III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir.

No caso, com relação aos horários de entrada e saída, tem-se por fidedignos os registros, por consignarem horários variados, não consistindo em anotações britânicas. Apontam, inclusive, a prestação de horas extras, sendo possível verificar o extrapolamento da jornada em diversas oportunidades, devidamente anotadas. Importante ressaltar, que o autor laborava frequentemente em jornada externa, durante a qual dependia da luz solar para suas atividades de Oficial Eletricista Linha Viva. Nesses dias, portanto, sua jornada não poderia se estender para além do por do sol.

Registra-se que as anotações de início e término de jornada, não restaram infirmadas pela prova oral produzida tendo em vista suas contradições. É o que exsurge dos depoimentos colhidos, muito bem analisados pelo Juízo de origem, nos seguintes termos:

A prova oral supra transcrita não logrou êxito em convencer o Juízo acerca da suposta inautenticidade dos cartões de ponto, ante as contradições havidas entre os relatos e documentos dos autos.

Observe-se que o reclamante afirma que "acaso chegasse às 19h30min, poderia anotar esse horário; acaso chegasse às 20h, tinha que jogar esse horário pra frente porque excederia as 02 horas; essas horas jogadas para frente eram anotadas num outro papel e pagas nem sempre como horas extras".

No mesmo sentido, é o depoimento da testemunha Bruno Moraes Pedrosa: "a média de horário de término de expediente do reclamante também era 18h, por vezes o excedendo, o qual também jogava o excesso, quando trabalhava mais do que 02 horas no dia, para o final de semana".

Contudo, do simples exame dos cartões de ponto colacionados, se constata o registro de labor excedente a duas horas diárias em diversas oportunidades, (...).

Outrossim, relevante registrar que tanto o autor como a testemunha Bruno afirmam que o horário do término do expediente das equipes era o mesmo, todavia, Bruno referiu que tal se dava, em média, às 18h (em consonância com os registros de horário consignados), e não "por volta das 19h30min/20h", como disse o reclamante.



No que tange ao início da jornada, resta comprovado que, em que pese chegasse o autor mais cedo ao local de trabalho, o fazia por mera liberalidade, seja "porque gostava de chegar cedo", seja para estacionar seu automóvel dentro das dependências da reclamada Conecta, somente iniciando o efetivo labor nos horários registrados nos cartões de ponto.

Ante o exposto, entendo que a prova oral produzida não é hábil a infirmar os cartões de ponto carregados pela defesa, ônus que competia ao reclamante, nos termos do artigo 818, I, da CLT, e do qual não se desvencilhou.

Logo, eventuais diferenças de horas extras, se deferidas, deverão ser apuradas com base nos registros de horário carregados.

Por outro lado, considerando que a empregadora, Conecta, não trouxe aos autos a integralidade dos cartões de ponto, ônus que lhe competia, fixa-se, com base na jornada declinada na inicial e demais elementos probatórios, que, nos períodos a descoberto, o reclamante laborou das 08h30min às 20h30min, de segundas às sextas-feiras. O intervalo para repouso e alimentação será analisado em item próprio.

Diga-se que eventuais equívocos no julgado em relação às datas, como alegado no recurso do autor, não são capazes de infirmar a conclusão a que chegou a Magistrada de origem. Assume relevância, no caso em exame, o Princípio da Imediação, segundo o qual o Julgador que colheu os depoimentos tem melhores condições de avaliar a qualidade das informações relatadas pelas testemunhas devido ao contato direto com os depoentes. Destaco, nesse sentido, excerto de texto produzido em conjunto por Magistrados desta Justiça do Trabalho da 4ª Região: [...] *é na valorização do julgado de 1º grau que reside o papel principal para a construção de uma nova cultura jurídica de recorribilidade. O que não se pode mais aceitar é a perniciosa cultura de se tentar reduzir o primeiro grau de jurisdição à condição de mera instância de passagem. [...] é recomendável que se privilegie a percepção de quem teve contato direto com as partes, colhendo elementos de convicção que muitas vezes não são passíveis de tradução em palavras ou não se mostram numa análise fria dos elementos presentes nos autos, mas que ajudam sobremaneira em sua valoração.* (CLAUS, Beh-Hur Silveira; LORENZETTI, Ari Pedro; FIOREZE, Ricardo; ARAÚJO, Francisco Rossal; MARTINS COSTA, Ricardo; AMARAL, Márcio Lima do. A função revisora dos tribunais: a questão do método no julgamento dos recursos de natureza ordinária. Porto Alegre: HS Editora, 2009, p. 13 e 16).

Melhor sorte não assiste à reclamada em seu recurso adesivo, porquanto dispõe o artigo 74, § 2º, da CLT, que o empregador tem obrigação de manter o controle da jornada de seus empregados, retratando fielmente a realidade. Assim, era da empresa o ônus de apresentar controles de horário fidedignos, pois detentora do dever de documentação do contrato, em observância do Princípio da Aptidão da Prova. Não o fazendo, prevalece a tese do autor, como entendeu o Juízo de origem, nos períodos a descoberto.

Reiterando, aplica-se ao caso Súmula nº 338 do TST, item I. Aliás, a condenação ao final da jornada até as 20h30min em determinado período, é compatível para os dias em que o autor não ativou em jornada externa. Por todo o acima exposto, descabe também o pedido sucessivo da acionada.



Nego provimento a ambos os recursos.

PREQUESTIONAMENTO.

Apenas para que não se tenha a presente decisão por omissa, cumpre referir que a matéria contida nas disposições constitucionais, legais e entendimentos jurisprudenciais invocados pelas partes, inclusive em contrarrazões, foi devidamente apreciada na elaboração deste julgado. Nesse sentido, a Orientação Jurisprudencial 118 da SDI-I do TST: *PREQUESTIONAMENTO. TESE EXPLÍCITA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 297. Havendo tese explícita sobre a matéria, na decisão recorrida, desnecessário contenha nela referência expressa do dispositivo legal para ter-se como prequestionado este.*

MARIA MADALENA TELESCA

Relator

VOTOS

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADORA MARIA MADALENA TELESCA (RELATORA)

DESEMBARGADOR GILBERTO SOUZA DOS SANTOS

DESEMBARGADOR RICARDO CARVALHO FRAGA

