



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região

Recurso Ordinário Trabalhista 0000316-53.2023.5.12.0032

Relator: CARLOS ALBERTO PEREIRA DE CASTRO

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 02/02/2024

Valor da causa: R\$ 97.750,00

Partes:

RECORRENTE: LEANDRO REVI DE LIMA

ADVOGADO: DIEGO DA SILVEIRA

RECORRENTE: QUANTITY SERVICOS E COMERCIO DE PRODUTOS PARA SAUDE S.A.

ADVOGADO: REJANE DA SILVA SANCHEZ

ADVOGADO: CLAITON THIAGO BECKER

RECORRIDO: LEANDRO REVI DE LIMA

ADVOGADO: DIEGO DA SILVEIRA

RECORRIDO: QUANTITY SERVICOS E COMERCIO DE PRODUTOS PARA SAUDE S.A.

ADVOGADO: REJANE DA SILVA SANCHEZ

ADVOGADO: CLAITON THIAGO BECKER



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO
1ª VARA DO TRABALHO SÃO JOSÉ
ATOrd 0000316-53.2023.5.12.0032
RECLAMANTE: LEANDRO REVI DE LIMA
RECLAMADO: QUANTITY SERVICOS E COMERCIO DE PRODUTOS PARA
SAUDE S.A.

!

RELATÓRIO:

LEANDRO REVI DE LIMA ajuíza reclamação trabalhista contra **QUANTITY SERVIÇOS E COMÉRCIO DE PRODUTOS PARA SAÚDE S.A.** com a narrativa de vários direitos sonegados. Fez, ao final, os respectivos pedidos. Foi dado à causa o valor de R\$ 97.750,00. A reclamante juntou documentos com a Inicial.

A reclamada apresentou Contestação escrita com documentos. Nega ter sonegado direito da reclamante.

O reclamante se manifestou.

A prova oral foi colhida.

A instrução processual foi encerrada. As razões finais foram apresentadas.

Rejeitadas as tentativas de conciliação.

Os autos então vieram conclusos para Sentença.

II

FUNDAMENTAÇÃO:

1 - JUSTIÇA GRATUITA:

Defiro ao reclamante o pedido em destaque, nos termos dos § 3º e 4º do artigo 790 da CLT, já que ele se declarou pobre e estava desempregado no momento do ajuizamento desta ação (vide CTPS).

2 - DIREITO INTERTEMPORAL:

As regras de direito material previstas na Lei 13.467/2017 têm aplicabilidade imediata aos contratos então vigentes, caso do reclamante, como leciona o Ministro do TST Maurício Godinho Delgado:

"a aderência contratual tende a ser apenas relativa no tocante às normas jurídicas. É que as normas não se incrustam nos contratos empregatícios de modo permanente, ao menos quando referentes a prestações de trato sucessivo. Ao

contrário, tais normas produzem efeitos contratuais essencialmente apenas enquanto vigorantes na ordem jurídica. Extinta a norma, extinguem-se seus efeitos no contexto do contrato de trabalho. Tem a norma, desse modo, o poder/atributo da revogação, com efeitos imediatos - poder/atributo esse que não se estende às cláusulas contratuais.

O critério da aderência contratual relativa (ou limitada) é claro com respeito às normas heterônomas estatais (vide alterações da legislação salarial, por exemplo). As prestações contratuais já consolidadas não se afetam, porém as novas prestações sucessivas submetem-se à nova lei. Prevalece, pois, quanto às regras oriundas de diploma legal, o critério da aderência limitada por revogação (lei federal, é claro)." (8. DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 12ª edição. São Paulo, LTR: 2013. P. 232-233)

O STF há tempos decide de forma reiterada que não há direito adquirido a regime jurídico. O Ministro Gilmar Mendes tratou disso em uma das suas obras:

"a não incidência inicial da contribuição sobre os proventos dos inativos não assegurava aos aposentados imunidade em relação à contribuição, e o fato de não se ter estabelecido a tributação até então não legitimava, do ponto de vista do direito adquirido, a preservação indefinida desse status.

(...)

No que concerne ao direito dos servidores públicos, é pacífica a orientação doutrinária e jurisprudencial no sentido de que não se pode invocar direito adquirido para reivindicar a continuidade de um modelo jurídico referente ao sistema de remuneração, férias, licença ou enquadramento ou outro qualquer benefício, exatamente por não se poder invocar direito adquirido a um dado estatuto jurídico."

(MENDES, Gilmar Ferreira, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 12ª edição. São Paulo, Saraiva: 2017. p. 378-379).

Transcrevo ainda julgado esclarecedor do STF a respeito da matéria:

"21. Também aponta para a situação de aplicabilidade imediata de novas disposições legais que alteram lei anterior jurisprudência do STF, relatada pelo saudoso Ministro Teori Zavascki, no RE 211.304. Nesta jurisprudência se faz a distinção de não aplicação imediata da lei nova em relação à situação definida por ato jurídico perfeito fruto da autonomia de vontade (contrato firmado pelas partes nos termos da lei vigente à época), com a situação dos direitos estabelecidos institucional ou estatutariamente por normas abstratas e gerais, de natureza cogente, 'em cujo âmbito os direitos somente podem ser considerados adquiridos quando inteiramente formado o suporte fático previsto na lei como necessário à sua incidência'. Nesse sentido, cumpre reproduzir a jurisprudência mencionada:

'A aplicação da cláusula constitucional que assegura, em face da lei nova, a preservação do direito adquirido e do ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, XXXVI) impõe distinguir duas diferentes espécies de situações jurídicas: (a) as situações jurídicas individuais, que são formadas por ato de vontade (especialmente os contratos), cuja celebração, quando legítima, já lhes outorga a condição de ato jurídico perfeito, inibindo, desde então, a incidência de modificações legislativas supervenientes; e(b) as situações jurídicas institucionais ou estatutárias, que são formadas segundo normas gerais e abstratas, de natureza cogente, em cujo âmbito os direitos somente podem ser considerados adquiridos quando inteiramente formado o suporte fático previsto na lei como necessário à sua incidência. Nessas situações, as normas supervenientes, embora não comportem aplicação retroativa, podem ter aplicação imediata.(...) As disposições do art. 21 da Lei

9.069/1995, resultante da conversão da MP 542/1994, formam um dos mais importantes conjuntos de preceitos normativos do Plano Real, um dos seus pilares essenciais, justamente o que fixa os critérios para a transposição das obrigações monetárias, inclusive contratuais, do antigo para o novo sistema monetário. São, portanto, preceitos de ordem pública e seu conteúdo, por não ser suscetível de disposição por atos de vontade, têm natureza estatutária, vinculando de forma necessariamente semelhante a todos os destinatários. Dada essa natureza institucional (estatutária), não há inconstitucionalidade na sua aplicação imediata (que não se confunde com aplicação retroativa) para disciplinar as cláusulas de correção monetária de contratos em curso". (RE 211.304, DJE de 3-8-2015).

Assim, as regras de Direito material da Lei 13.467/11 são aplicáveis aos fatos ocorridos no contrato do reclamante a partir de 11-11-2017.

3 - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL:

Extingo este processo com resolução do mérito em relação aos pedidos cuja pretensão se tornou exercitável antes de 30-3-2018, ante a prescrição quinquenal parcial trabalhista.

4 - - DADOS CONTRATUAIS BÁSICOS:

De acordo com o TRCT, o reclamante foi admitido em 4-9-2017 e em 1º-4-2021 foi dispensada sem justa causa e sem prévio aviso, com aviso indenizado.

5 – PROVA EMPRESTADA:

Conforme anotado na última ata, as partes usaram, como prova emprestada, todos os depoimentos colhidos no processo 0000309-64.2023.5.12.0031, que foram complementados pelos depoimentos colhidos no presente processo.

6 – ENQUADRAMENTO COMO OPERADOR DE TELEMARKETING / DIFERENÇAS SALARIAIS:

O reclamante diz que foi operador de telemarketing até 31-1-2019, tanto é que, conforme alega, sua jornada era de 6h, como manda a lei (artigo 227 da CLT e Item 5.3 do Anexo II da NR-17). Como operador de telemarketing, o reclamante diz ter tido vários direitos sonegados, a exemplo do piso convencional, 2 pausas de 10 minutos cada e intervalo mínimo de descanso de 20 minutos.

A reclamada diz que o reclamante não foi operador de telemarketing, mas sim analista de vendas, já que tinha várias outras tarefas além dos atendimentos pelo telefone, a exemplo de tarefas administrativas, recebimento de documentos e emissão de orçamentos, por isso, não lhe cabem os direitos apontados como violados.

Posta a controvérsia, vejo que o trabalho de telemarketing é definido no Item 1.1.2 do Anexo II da NR-17:

"(...) aquele cuja comunicação com interlocutores clientes e usuários é realizada à distância por intermédio da voz e/ou mensagens eletrônicas, com a utilização simultânea de equipamentos de audição/escuta e fala telefônica e sistemas informatizados ou manuais de processamento de dados".

Depois de analisar os autos, concluí que o reclamante merece, sim, ser enquadrada como operadora de telemarketing, pela soma dos seguintes elementos:

- o trabalho central do reclamante era o atendimento de ligações telefônicas de clientes da reclamada, o que ele fazia com uso de "headset" (aqueles microfones presos à cabeça) em frente a uma tela de computador, como esclarecido pela primeira testemunha e pelo LTCAT;

- com "headset" e em frente a uma tela de computador, o reclamante ficava logado num sistema, apto a receber as ligações, exceto quando dava algum comando no sistema com o registro de alguma pausa (para banheiro), período em que ficava "offline", inapta a receber ligações, como explicado nos depoimentos colhidos em audiência e mostrado no relatório do marcador 57, que traz cada período do reclamante "offline" e a respectiva justificativa, a exemplo de "WC" (banheiro). Essa dinâmica é própria dos operadores de telemarketing, que, como trabalham basicamente recebendo ligações de clientes numa verdadeira central telefônica, precisam registrar no sistema cada momento "offline", cada pausa, cada período em que não estiverem aptos a receber ligações telefônicas, sua tarefa primordial;

- é verdade que havia outras tarefas além de atender ligações telefônicas, a exemplo de emissão de inserção de listas no sistema e confecção de orçamento, tarefas que, de acordo com a primeira testemunha, eram feitas nos períodos com pouco volume de ligações, mas logadas no sistema, ou seja, poderiam receber ligação a qualquer momento enquanto faziam as outras atividades, o que é

negado pela segunda testemunha, que informa que as tarefas diferentes de atender ligações eram feitas “offline”, com registro de pausa no sistema, o que impedia o recebimento de ligações telefônicas. O relatório do marcador 57 tira a dúvida: não há registro de pausas de ligações para realização de outras tarefas, ou seja, o reclamante, enquanto lançava lista no sistema, por exemplo, continuava “online”, apta a receber ligações telefônicas, podendo receber, qualquer momento, uma ligação, o que reforça que sua tarefa principal era o recebimento de ligações, tal qual um operador de telemarketing;

- o reclamante foi contratado para trabalhar 6h diárias, “coincidentemente” a jornada legal dos operadores de telemarketing;

- no seu contrato de trabalho consta a CBO 422305, que diz respeito ao operador de telemarketing.

Destarte, por tudo o que foi dito, tenho que o reclamante, até 31-1-2019, mereceu ser enquadrado como operador de telemarketing, na forma do Item 1.1.2 do Anexo II da NR-17, o que, dentre outros direitos, dava-lhe a jornada reduzida de 6h, na forma do artigo 227 da CLT e Item 5.3 do Anexo II da NR-17.

Com isso, surge o primeiro direito violado: como a jornada reduzida de 6h era um imperativo legal, não uma opção contratual pura e simples, o reclamante deveria receber o piso convencional “cheio”, não o proporcional à jornada reduzida de 6h, como pago pela reclamada, uma exceção à OJ 358 da SDI-I do TST, na linha que tem sido seguida pelo TST:

*“AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO
EM RECURSO DE REVISTA. REGIDO PELA LEI 13.467/2017. 1.
RESCISÃO INDIRETA. SALÁRIO INFERIOR AO MÍNIMO LEGAL.*

DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS. OPERADOR DE TELEMARKETING . PROPORCIONALIDADE SALARIAL QUE NÃO SE APLICA À CATEGORIA DETENTORA DE JORNADA DIFERENCIADA. TRANSCENDÊNCIA NÃO RECONHECIDA NA DECISÃO AGRAVADA. 1. O Tribunal Regional, após análise das provas dos autos, registrou que restou comprovado o pagamento de salário em importe inferior ao mínimo legal. 2. Com efeito, o artigo 483 da CLT, ao estabelecer as hipóteses autorizadoras da rescisão indireta do contrato de trabalho, ressalta o rigor excessivo no tratamento dispensado ao obreiro pelo empregador, o descumprimento das obrigações contratuais, bem como a conduta patronal no sentido de praticar, ainda que por meio de prepostos, ato lesivo da honra e da boa fama contra o empregado ou pessoas de sua família. 3. Esta Corte Superior tem entendimento no sentido de que o pagamento de salário inferior ao mínimo legal configura falta grave suficiente para ensejar o reconhecimento da rescisão indireta do contrato de trabalho, nos termos do artigo 483, 'd', da CLT. 4. Frise-se que o fato de o Reclamante atuar como operador de telemarketing e, portanto, submeter-se a jornada de 6 horas diárias, não autoriza o pagamento proporcional do salário mínimo. Nesse aspecto, o TST tem firme jurisprudência no sentido de que não há falar em proporcionalidade no pagamento de salário dos operadores de telemarketing , porquanto não se trata de contratação para cumprimento de jornada reduzida, mas atendimento à norma legal que reconhece o direito à categoria de uma jornada diferenciada. Nesse contexto, não afastados os fundamentos da decisão agravada, nenhum reparo merece a decisão. Agravo não provido, com acréscimo de fundamentação.' (Ag-AIRR-321-14.2021.5.20.0003, 5ª Turma, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 18/08/2023).

"AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. 1. DIFERENÇA SALARIAL. ATENDENTE DE TELEMARKETING. JORNADA ESPECIAL DEFINIDA EM LEI. INAPLICABILIDADE DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 358 DA SBDI-1 DO TST. ÓBICE DO ART. 896, C, DA CLT . 2. DESCONTOS INDEVIDOS. RESTITUIÇÃO. ÓBICE DA SÚMULA Nº 126 DO TST . 3. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA LEI

5.584/1970 E REQUISITOS DAS SÚMULAS 219 E 329 DO TST. ÓBICE DO ART. 896, § 1º-A, I, DA CLT . DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR QUE DENEGA SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO DESACERTO DA DECISÃO DENEGATÓRIA. AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA. CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO. I. Fundamentos da decisão agravada não desconstituídos, mantendo-se a intrascendência, por não atender aos parâmetros legais (político, jurídico, social e econômico). II. No caso dos autos, quanto ao tema 1) 'DIFERENÇA SALARIAL. ATENDENTE DE TELEMARKETING. JORNADA ESPECIAL DEFINIDA EM LEI. INAPLICABILIDADE DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 358 DA SBDI-1 DO TST', a agravante alega a inobservância da OJ nº 358 da SBDI-1 do TST. Ocorre que, no caso em questão, conforme consta do acórdão regional, trata-se de serviço de telemarketing, em que há previsão em lei de jornada especial em função da penosidade dos serviços exercidos. Nesse sentido, a Corte Regional consignou: 'Extrai-se da cláusula 3ª, do Acordo Coletivo de Trabalho 2019, colacionado pela Demandada, a previsão do menor piso salarial a ser adotado pela empresa, na importância de R\$998,00, equivalente ao valor do salário-mínimo vigente à época, admitindo-se a aplicação proporcional do piso apenas para jornadas inferiores a 180 horas/mês. Por outro lado, tem-se que os atendentes de telemarketing gozam de jornada especial em função da penosidade dos serviços exercidos, tanto é assim que lhe são conferidas pausas não dedutíveis do horário de labor (...). Desse modo, não há que se falar em proporcionalização do salário à mencionada jornada especial, sendo inaplicável, o teor da OJ nº 358, do in casu TST, que trata da contratação de labor em jornada reduzida'. Nesse sentido, não se vislumbra violação a dispositivo legal e constitucional, aplicando-se o óbice do art. 896, 'c', da CLT. Registra-se ser inaplicável, ao caso, a OJ nº 358, do TST, que trata de contratação de labor em jornada reduzida; em relação ao tema 2)." (Ag-AIRR-747-17.2021.5.20.0006, 4ª Turma, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 14/10/2022).

"AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. OPERADOR DE TELEMARKETING. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ARTIGO 227 DA CLT.

PAGAMENTO DE SALÁRIO PROPORCIONAL À JORNADA DE SEIS HORAS. DIFERENÇAS SALARIAIS DEVIDAS. Aos empregados que exercem a função de operador de telemarketing ou de call center aplica-se, por analogia, a jornada reduzida prevista no art. 227 da CLT, por ser medida que garante a saúde do trabalhador, conforme dispõe o Anexo II da NR nº 17. Contudo, o reconhecimento da duração do trabalho reduzida de seis horas diárias e trinta e seis semanais não ampara o pagamento do salário mínimo proporcional ao tempo trabalhado. Isso porque a duração máxima permitida pelo ordenamento jurídico para o exercício das mencionadas atividades equivale àquela referente aos demais empregados que trabalham oito horas diárias e quarenta e quatro semanais. Constituindo, pois, norma de observância obrigatória que visa à proteção da saúde do trabalhador, correta a decisão regional que reconheceu a jornada especial em comento sem prejuízo do recebimento do salário integral. Precedentes. Incidem, no caso, o disposto no artigo 896, § 4º, da CLT e o teor da Súmula nº 333 do TST. Agravo a que se nega provimento.” (Ag-AIRR - 692-66.2011.5.06.0019, Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, DEJT 15/04/2016).

“RECURSO DE REVISTA. OPERADOR DE TELEMARKETING. PAGAMENTO DE SALÁRIO PROPORCIONAL ÀS HORAS TRABALHADAS EM RAZÃO DE A EMPRESA CONSIDERAR COMO NORMAL A JORNADA DE 44 HORAS SEMANAIS. JORNADA NORMAL REGULAMENTADA DE 36 HORAS SEMANAIS EFETIVAMENTE CUMPRIDA. DIFERENÇAS SALARIAIS DEVIDAS. Extrai-se do acórdão regional que a empregada exercia a atividade de atendimento de telemarketing. O Tribunal Regional consignou não haver demonstração nos autos de que a autora não estivesse submetida a trabalho em regime de tempo parcial (artigo 58-A da CLT) ou a cumprimento de jornada reduzida (Orientação Jurisprudencial 358 da SBDI-1 do TST) e que ‘as normas coletivas firmadas entre o SINTAPPI/PE - Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Assessoramento, Perícia, Pesquisa e Informação no Estado de Pernambuco e o SESCAP/PE - Sindicato das Empresas de Serviços Contábeis e das Empresas de Assessoramento, Perícias, Informações e Pesquisas do Estado de Pernambuco estabelecem jornada de trabalho especial de 6 (seis) horas para operadores de

teleatendimento (telemarketing), em conformidade com NR-17 do Ministério do Trabalho, com vistas a prevenir sobrecarga psíquica e muscular nos trabalhadores' (fl. 983). Concluiu que a empregada estava submetida a uma jornada especial 'em razão de condições mais desgastantes a que estão submetidos os atendentes de telemarketing, não podendo ser ampliada pelo empregador, e considerada lícita' (fl. 983). A jurisprudência desta Corte vem se firmando no mesmo sentido, aplicando o artigo 277 da CLT. Precedentes . Ademais, a jornada das pessoas que exerçam atividade de teleatendimento/telemarketing, em centrais de atendimento telefônico e/ou centrais de relacionamento com clientes, já foi, inclusive, objeto de redução pelo Ministério do Trabalho, conforme prevê o item 5.3 do Anexo II da NR-17. Logo, se o empregado cumpre a jornada específica fixada pela regulamentação do Ministério de Trabalho e Emprego como sendo a carga normal para a sua atividade, não há falar em dividir o seu salário em razão da jornada de 44 horas semanais para perceber proporcionalmente à jornada de 36 horas semanais porque aquele é devido integralmente em razão desta (36 horas) e não daquela (44 horas) jornada. Recurso de revista não conhecido (...)." (RR - 1024-72.2011.5.06.0006, 3ª Turma, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 26/02/2016).

"AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DIFERENÇAS SALARIAIS. OPERADOR DE TELEMARKETING. PISO SALARIAL PREVISTO EM NORMA COLETIVA. JORNADA ESPECIAL DE 6 HORAS DIÁRIAS. PAGAMENTO DE SALÁRIO PROPORCIONAL À JORNADA CUMPRIDA. CONTRARIEDADE À ORIENTAÇÃO JURISPRUENCIAL Nº 358 DA SBDI-1. NÃO CONFIGURAÇÃO. O Tribunal Regional afastou a possibilidade de pagamento de salário proporcional em relação àqueles trabalhadores que exercem a jornada laboral de 8 horas diárias e 44 semanais, não se vislumbrando contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 358 da SBDI-1, porquanto, a hipótese dos autos é de jornada especial prevista na Norma Regulamentadora n. 17 do Ministério do Trabalho, que trata do tempo de trabalho de quem exerce a atividade de tele atendimento /telemarketing, e em norma coletiva. Não merece reparos a decisão. Agravo não provido." (Ag-AIRR - 764-31.2012.5.06.0015,

Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann, Data de Julgamento: 25 /11/2015, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/12/2015)

Acolho, pois, o pedido de diferença entre o salário pago mensalmente e o piso (máximo, pois a reclamante não era “office-boy”, empacotadora ou faxineira) previsto em cada CCT juntada, até 31-1-2019, com reflexo em 13º, férias mais 1/3, aviso, horas extras e FGTS + 40%. Os reflexos em horas extras refletirão no RSR, 13º, férias mais 1/3, aviso, horas extras e FGTS + 40%. Os reflexos em 13º e férias gozadas mais 1/3 (verbas salariais) e no aviso (Súmula 305 do TST) refletirão no FGTS + 40%. Os reflexos no RSR seguirão as diretrizes fixadas pelo Pleno do TST no julgamento do Tema Repetitivo nº 9 (IRR-10169-57.2013.5.05.0024).

7 – PAUSAS E INTERVALO:

Como operador de telemarketing, o reclamante, até 31-1-2019, dentro da sua jornada legal de 6h, tinha direito a 2 pausas diárias de 10 minutos cada, além do intervalo para refeição e descanso de 20 minutos, conforme, respectivamente, alínea “b” do Item 5.4.1 e Item 5.4.2, ambos do Anexo II da NR-17, direitos que ele aponta como sonegados.

No mais, o reclamante diz que habitualmente excedia a jornada legal de 6h, dias em que, conforme Item IV da Súmula 437 do TST, seu intervalo mínimo deveria ser de 1h, não de 20 minutos.

A reclamada diz que:

- o reclamante não era operadora de telemarketing, tese já derrubada;

- havia liberdade para fazer pausas, o que supriria as pretendidas 2 pausas de 10 minutos;

- o intervalo era de 15 minutos, como dito na Inicial (o que afasta a controvérsia sobre o assunto), pois a extrapolação à jornada de 6h era eventual.

Postas as controvérsias básicas, verifico inicialmente que, como bem apontado pelo reclamante, os cartões de ponto juntados só vão até novembro de 2019, sem que a reclamada desse qualquer justificativa para tanto.

É notório que a reclamada, uma S.A., tem muito mais de 20 empregados, e assim, deveria ter juntado cartões de ponto de todo o período da reclamante, sob pena de presumir verdadeiro que a jornada, os intervalos e as pausas ocorriam na forma da Inicial.

Quanto às 2 pausas de 10 minutos, os cartões de ponto nada mostram. O relatório do marcador 57 mostra pausas de banheiro (“WC”) e café (“Café Automático”). Por amostragem, é fácil verificar que não havia, todos os dias, 2 pausas de, ao menos, 10 minutos cada.

Destarte, por analogia ao artigo 71 da CLT, acolho o pagamento do tempo faltante para completar as 2 pausas diárias de 10 minutos cada, mais adicional legal de 50% (o adicional convencional de 70% só cabe às horas extras, que

não se confundem com tempo de pausa previsto na NR-17), até 31-1-2019. Só o tempo faltante deve ser pago, na forma do § 4º do artigo 71 da CLT, usado por analogia. No relatório do marcador 55, devem ser identificadas, a cada dia, as 2 maiores pausas para café ou banheiro. Feito isso, deve ser apurado, em cada uma delas, quantos minutos faltaram para completar 10 minutos. Para pausas iguais ou maiores que 10 minutos, nada será pago em relação a ela. Para os períodos sem relatório de pausas, deve ser considerado que não houve pausa alguma, na forma da Súmula 338 do TST.

Quanto ao intervalo, a reclamada entendia devidos 15 minutos diários, como alegado na Inicial, o que, até 31-1-2019, está errado, pois, como operador de telemarketing, o reclamante tinha direito a 20 minutos diários, como já explicado.

Destarte, cabe mandar pagar, nos dias com jornada maior que 4h e não superior a 6h, os minutos que faltaram para completar o intervalo mínimo de 20 minutos previsto na NR-17, mais adicional legal de 50% (o adicional convencional de 70% só cabe às horas extras, que não se confundem com tempo de intervalo previsto na NR-17), até 31-1-2019. Só o tempo faltante deve ser pago, na forma do § 4º do artigo 71 da CLT, usado por analogia. Deve prevalecer o tempo marcado no ponto, por falta de contraprova em contrário.

E nos dias com jornada superior a 6h? Houve direito ao intervalo de 1h nos dias com jornada superior a 6h, na linha do Item IV da Súmula 437 do TST? Jornadas acima de 6h eram habituais?

A reclamante usa as horas extras pagas nos contracheques para tentar mostrar que havia trabalho habitual além da 6ª hora diária.

Da análise dos contracheques, vejo que, de março de 2018 (marco prescricional) e janeiro de 2019 (limite do pedido), foram pagas, em média, por

volta de 10 horas extras por mês, o que, a meu ver, caracteriza a habitualidade necessária a estender o intervalo para 1h, na forma do Item IV da Súmula 437 do TST.

Destarte, cabe mandar pagar o tempo faltante para completar o intervalo de 1h nos dias com jornada superior a 6h, até 31-1-2019, mais percentual de 50%, pela mesma fundamentação adotada para deferir o tempo faltante para completar o intervalo de 20 minutos (nos dias com jornada igual ou inferior a 6h).

8 - ALIMENTAÇÃO:

As CCTs preveem o fornecimento gratuito de lanches nos dias com horas extras, direito que o reclamante diz ter sido descumprido.

A reclamada diz que havia refeitório com lanche gratuito, o que atenderia ao comando da CCT.

Dito isso, vejo que os cartões de ponto registram no cabeçalho a jornada padrão das 9h às 15h15, que ocorria na prática, mesclada com a jornada das 8h às 14h15, em média, ou seja, suas horas extras, quando existentes, ocorriam, respectivamente, a partir das 15h15 ou 14h15, aproximadamente.

A primeira testemunha diz que à tarde era servido café com pães, geleias, margarina, leite e, nas quintas-feiras, bolo, mas somente a partir das 15h, horário em que, quando terminava por volta das 14h15, o reclamante não estava mais trabalhando nem mesmo quando fazia hora extra, ou seja, não poderia se servir do café da tarde.

Destarte, a prova oral confirmou que o reclamante, quando fazia hora extra a partir das 15h15 (aproximadamente), tinha à sua disposição alimentação gratuita.

Ressalto não ser razoável exigir que o reclamante terminasse sua jornada por volta das 14h15 e esperasse o café da tarde ser servido às 15h. A alimentação deve estar disponível durante a jornada extra do empregado, o que não era o caso da reclamante quando encerrava por volta das 14h15.

O reclamante pede o valor de R\$ 15,00 por lanche não fornecido, valor que me parece razoável, compatível com o que é cobrado no mercado desta região, e assim, defiro a indenização de R\$ 15,00 por dia com hora extra além do limite do § 1º do artigo 58 da CLT, apenas nos dias com horas extras com término da jornada depois das 15h.

9 – RSR:

O reclamante diz que o RSR sobre a premiação era pago de forma fraudulenta, simulada, pois, na verdade, a reclamada destacava uma parte da premiação e a nomeava fraudulentamente como RSR sobre premiação. Se fossem R\$ 1.000,00 de premiação, em vez de a reclamada pagar os R\$ 1.000,00 + o RSR sobre esses R\$ 1.000,00, pagava, por exemplo, R\$ 700,00 de premiação e R\$ 300,00 de RSR sobre a premiação.

A reclamada nega a fraude.

A tese do reclamante merece ser acolhida, pelo seguinte:

- primeiro, a reclamada não explicou, mês a mês, como chegou ao valor pago a título de premiação, ônus que lhe cabia, pois a quem paga não cabe apenas provar o pagamento, mas também como chegou ao cálculo do valor pago. Em setembro de 2019, por exemplo, a reclamada pagou R\$ 2.917,91 de premiação. Como a reclamada chegou a esse valor? Qual a produtividade do reclamante naquele mês? Porque foram pagos R\$ 2.917,91, não R\$ 4.000,00, por exemplo? A reclamada não explicou. Não há também relatório de produtividade que possibilite auditar o cálculo do valor pago, o que é essencial quando o empregado aponta erros/fraudes no valor apurado e pago;

- no processo 0000169-64.2022.5.12.0031, a fraude ora debatida ficou reconhecida na sentença de primeiro grau, mantida pelo TRT, já com trânsito em julgado, com base, inclusive, na confissão real do preposto, que, ao depor naquele processo, confessara que parte da premiação era “desmembrada” e paga como RSR sobre a premiação, uma lamentável desonestidade praticada em série pela reclamada.

Destarte, declaro que, de fevereiro de 2019 em diante, o valor da premiação do reclamante mês a mês é a soma das rubricas “Premiação” e “DSR Premiação”, sem o pagamento real do DSR/RSR sobre a premiação.

Acolho, pois, o pagamento do RSR (inclui feriados) sobre a premiação de fevereiro de 2019 em diante, a ser calculado sobre as rubricas “Premiação” e “DSR Premiação”, com reflexos em aviso, 13º, férias mais 1/3 e FGTS + 40%. Os reflexos no RSR seguirão as diretrizes fixadas pelo Pleno do TST no julgamento do Tema Repetitivo nº 9 (IRR-10169-57.2013.5.05.0024).

10 - MULTAS CONVENCIONAIS:

O reclamante diz que foram descumpridas as cláusulas 3ª (CCT 2017/2018, 2018/2019, 2019/2020, 2020/2021 e 2021/2022), 35ª (CCT 2021/2022) e 36ª (CCT 2017/2018, 2018/2019, 2019/2020, 2020/2021), e assim, pede o pagamento de 1 multa convencional de 20% do piso por cláusula violada.

A cláusula 3ª trata do piso, que, realmente, não era pago corretamente, como já decidido, e assim, acolho o pagamento de 1 multa de 20% do piso por CCT juntada.

A cláusula 35ª da CCT 2021/2022 e 36ª (demais CCTs) tratam da alimentação em dia de hora extra, que, realmente, não era fornecida, como já decidido, e assim, acolho o pagamento de 1 multa de 20% do piso por CCT juntada.

11 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS:

Condeno a reclamada a pagar honorários ao advogado da reclamante no percentual de 15% (nos termos dos Incisos do § 2º do artigo 791-A da CLT), observada a Súmula 31 deste TRT.

Como o reclamante não sucumbiu integralmente em algum dos pedidos, não pagará honorários de sucumbência.

12 – JUROS E ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA:

Os juros e atualização seguirão a ADC 58.

13 – RECOLHIMENTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS:

No que couberem, os recolhimentos previdenciários sobre as verbas acima deferidas devem seguir a Lei 8.212/91, incluindo a adoção do regime de competência e a atribuição, à reclamante, do pagamento da cota que cabe ao empregado, mas os encargos decorrentes dos recolhimentos em atraso cabem à reclamada, que deu causa à mora.

No que couberem, os recolhimentos fiscais deverão observar a Instrução Normativa RFB 1127, de 08 de fevereiro de 2011, e, no que não for incompatível, a Súmula 368 do TST. Ressalto que sobre os juros não incide imposto de renda, na forma da OJ 400 da SDI-1 do TST.

III

DISPOSITIVO:

Ante o exposto, extingo este processo com resolução do mérito em relação aos pedidos cuja pretensão se tornou exercitável antes de 30-3-2018; e **ACOLHO EM PARTE** os demais pedidos feitos por **LEANDRO REVI DE LIMA** contra

QUANTITY SERVIÇOS E COMÉRCIO DE PRODUTOS PARA SAÚDE S.A., para **CONDENAR** a reclamada a pagar, no prazo legal, as verbas deferidas na Fundamentação.

A justiça gratuita foi deferida à reclamante.

Determino a expedição de Ofício ao MPT, com cópia desta sentença e link de acesso ao depoimento do preposto da reclamada no processo 0000169-64.2022.5.12.0031 (quando ele confessou a fraude), para que tome ciência da prática da reclamada de simular o pagamento de RSR sobre a premiação.

Devem ser excluídos da conta os períodos de afastamento do reclamante, a exemplo de férias, o que será apurado na fase de liquidação.

Os cálculos posicionados em 30-3-2023 não podem ultrapassar os valores postos na Inicial, conforme decidido por este TRT, com efeito vinculante, no IRDR 323/20.

As custas serão pagas pela reclamada, no importe de **R\$ 600,00**, calculadas sobre **R\$ 30.000,00**, valor da condenação arbitrado só para esse fim.

Intimem as partes.

SAO JOSE/SC, 16 de novembro de 2023.



Assinado eletronicamente por: FABIO AUGUSTO DADALT - Juntado em: 16/11/2023 12:09:06 - 46f21e5
<https://pje.trt12.jus.br/pjekz/validacao/23091114435864100000058414854?instancia=1>
Número do processo: 0000316-53.2023.5.12.0032
Número do documento: 23091114435864100000058414854