



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

Recurso Ordinário Trabalhista 0021161-22.2018.5.04.0512

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 05/12/2019

Valor da causa: R\$ 46.131,36

Partes:

RECORRENTE: M DIAS BRANCO S.A. INDUSTRIA E COMERCIO DE ALIMENTOS

ADVOGADO: TERESA PORTO DA SILVEIRA

RECORRIDO: ISABEL ROCHEL DOS SANTOS NUNES

ADVOGADO: JANETE CLAIR MEZZOMO ZONATTO



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

Identificação

PROCESSO nº 0021161-22.2018.5.04.0512 (ROT)
RECORRENTE: M DIAS BRANCO S.A. INDUSTRIA E COMERCIO DE ALIMENTOS
RECORRIDO: ISABEL ROCHEL DOS SANTOS NUNES
RELATOR: MARCELO JOSE FERLIN D'AMBROSO

EMENTA

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Nos termos dos arts. 186 e 927 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, ficando obrigado a repará-lo. Havendo prova da conduta ilícita da empregadora (abuso de poder diretivo), donexo causal com o trabalho prestado em favor da ré e da culpabilidade desta para o fato noticiado, a existência de dano moral é decorrência lógica. Perfeitamente delineados os requisitos para a configuração do dano moral: conduta ilícita, nexocausal e prejuízo/sofrimento moral inegáveis, afigura-se devida a indenização deferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por maioria, vencido o Exmo. Juiz Convocado Carlos Henrique Selbach quanto aos danos morais e honorários advocatícios, **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ**, M DIAS BRANCO S.A. INDUSTRIA E COMERCIO DE ALIMENTOS.

Intime-se.

Porto Alegre, 26 de agosto de 2020 (quarta-feira).

RELATÓRIO



Assinado eletronicamente por: MARCELO JOSE FERLIN D'AMBROSO - 03/09/2020 10:08:23 - 445fff7
<https://pje.trt4.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=20062214000535100000047433892>
Número do processo: 0021161-22.2018.5.04.0512
Número do documento: 20062214000535100000047433892

Da sentença do MM. Juiz, Dr. Silvionei do Carmo, na qual julgadas parcialmente procedentes as postulações da inicial (ID. 932f505), a ré interpõe recurso ordinário, versando sobre jornada de trabalho, horas extras, intervalos interjornada, repouso remunerados do art. 67 da CLT, indenização por danos morais, honorários advocatícios e assistenciais.

Sem contrarrazões, vêm os autos ao Tribunal para julgamento.

Processo não submetido à análise prévia do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

DADOS DA RELAÇÃO LABORAL: trabalhadora admitida em 14/11/2011, na função de embaladora, recebendo por último salário de R\$2.050,00. Contrato de trabalho em vigor. Ação ajuizada em 04/09/2018. Valor da condenação: R\$12.000,00.

RECURSO ORDINÁRIO DA RÉ.

1. JORNADA DE TRABALHO. HORAS EXTRAS.

A sentença defere horas extraordinárias, assim consideradas as excedentes da jornada compensatória, com reflexos em repouso remunerados e feriados, 13º salário, férias, acrescidas de 1/3 e FGTS, em parcelas vencidas e vincendas, abatendo-se os valores pagos ao mesmo título; bem como horas laboradas em domingos e feriados, em dobro, quando não compensadas com folga na mesma semana, com reflexos em 13º salário, férias, acrescidas de 1/3 e FGTS, em parcelas vencidas e vincendas, abatendo-se os valores pagos ao mesmo título.

Em recurso, a ré afirma que as horas extras eventualmente prestadas foram registradas e pagas ou compensadas, sendo válidos os cartões ponto e o regime de compensação adotado. Diz que a contagem das horas laboradas deve observar as Súms. 23 do TRT 4ªR e 366 do TST, que confirmam a previsão do art. 59, §2º da CLT, e autorizam a desconsideração de variações de horário de cinco minutos por registro ou dez minutos diários, o que também está previsto nas normas coletivas da categoria, as quais devem ser observadas sob pena de ofensa ao art. 7º, XXVI da CF. Excluído o pagamento de adicional de horas extras e horas extras, requer a exclusão do pagamento de adicional noturno e horas noturnas reduzidas. Caso mantida a sentença, requer seja autorizado o critério global das horas extras pagas (OJ 415 da SDI-1



do TST); em relação ao intervalo intrajornada, seja aplicado o entendimento da Súmula 79 do TRT da 4ª Região; considerando o deferimento de parcelas vincendas, requer seja autorizada a complementação dos documentos, ou seja, aqueles posteriores a apresentação da defesa.

Examino.

A autora afirma que sempre trabalhou das 12h45min às 15h36min e das 16h50min às 22h50min, de segunda à sexta-feira, bem como em dois sábados por mês, das 06h50min às 12h50min, exceto em meados de 2016, quando a jornada dos sábados foi alterada para o horário das 11h50min às 16h50min. Alega que, por um período, laborou por sete dias consecutivos, sem o gozo do repouso semanal remunerado, acrescentando que o intervalo intrajornada não foi integralmente pago, já que retomava as atividades, em média, às 16h30min. Requer o pagamento de horas extras, assim consideradas as excedentes da 8ª diária e/ou 44ª semanal, com os reflexos correspondentes.

A ré contrapõe que a jornada da autora, embora tenha sofrido pequenas alterações de horário no curso do contrato, não ultrapassava 44 horas semanais, sendo respeitada a folga semanal e os intervalos intrajornada e interjornada. Relata que o labor foi integralmente registrado nos controles de horário, inexistindo diferenças.

Os controles de horário apresentados pela ré foram considerados válidos, já que não impugnados pela autora. A documentação anexada revela que a demandante laborou em horários distintos, de segunda a sexta-feira e em sábados alternados, sendo que a carga horária era de aproximadamente 46,5 horas nas semanas que havia trabalho aos sábados e de 41,5 horas semanais, quando o sábado era compensado.

A ré adota o regime de compensação conhecido como "semana espanhola", intersemanal, o qual exige autorização em normas coletivas, o que restou comprovado nos autos. E, por não evidenciado labor extraordinário habitual, é declarada a validade do regime compensatório adotado em todo o período imprescrito.

Todavia, a par da validade dos registros de horário e do regime compensatório adotado, a documentação apresentada revela a existência de diferenças de horas extras em razão do critério de contagem determinado pelo art, 58, 1º, da CLT e pelas Súms. 23 do TRT e 366 do TST. Isso porque os cartões de ponto evidenciam a desconsideração de variações de horário superiores a cinco minutos por registro ou dez diários, conforme exemplificado pelo Juízo da origem no dia 12/05/2016 (ID. df18ad5 - Pág. 1), em que o horário laborado foi das 12h44min às 15h40min e das 16h51min às 22h56min, quando o horário normal era das 12h54min às 15h36min e das 17h00min às 23h, sem a contabilização e pagamento dos 19 minutos cumpridos além da jornada normal.



No tocante ao exemplo acima, carece de amparo o esclarecimento matemático realizado pela ré em seu recurso, na medida em que destoam do registrado no ponto. Ou seja, mesmo que a demandante tenha encerrado a jornada 4 minutos antes do horário normal, ainda assim remanesce a diferença apurada em sentença, derivado da dedução de tempo superior ao permitido no registro do ponto.

Em relação aos domingos, o que nem sequer é ventilado em recurso, procedem as diferenças apontadas pela autora na manifestação acerca da defesa e documentos, e que revelam que no dia 27/10/2013, domingo, a autora laborou por 07h07min (ID f633f96) e, além de não ter sido concedida folga compensatória na mesma semana, foram remuneradas, no demonstrativo de pagamento de novembro de 2013, tão somente 06,15 horas extraordinárias com acréscimo de 100% (ID 48c02b4 - Pág. 11), restando diferenças a serem satisfeitas.

Por conseguinte, correta a sentença quanto ao deferimento de horas extraordinárias excedentes à jornada compensatória, bem como do pagamento em dobro pelas horas laboradas em domingos e feriados, quando não compensadas com folga na mesma semana, tudo com reflexos em repouso remunerado e feriados, 13º salário, férias, acrescidas de 1/3, e FGTS, em parcelas vencidas e vincendas.

A sentença já determina a dedução de valores pagos ao mesmo título, restando atendido o pedido quanto à observância do critério global preconizado pela OJ 415 da SDI-I do TST.

Carece de amparo o pedido quanto à observância da Súm. 79 do TRT da 4ª Região, em relação ao intervalo intrajornada, uma vez que direcionada à dedução de 5 minutos em relação ao horário de entrada e de saída, inexistindo previsão quanto à referida dedução na pausa para alimentação e repouso, que é de uma hora. Ademais, a referida súmula foi cancelada por este Regional.

Em relação a parcelas vincendas, a complementação de documentos será ser apreciada pelo Juízo no momento próprio e oportuno.

Adotada tese explícita e implícita sobre tais argumentos, restam implicitamente rejeitados todos os demais, na forma do art. 489, §1º, do NCPC a *contrario sensu*.

Não há falar em violação aos dispositivos constitucionais e legais invocados pelas partes, inclusive em contrarrazões, os quais, diante da adoção de tese jurídica explícita sobre a matéria, consideram-se prequestionados para os devidos fins, nos termos da Súmula 297, I, do TST e da OJ 118 da SDI-1 do TST.

2. INTERVALOS INTERJORNADA. ARTS. 66 E 67 DA CLT.



A sentença defere horas extraordinárias, assim consideradas as faltantes para completar o intervalo entre jornadas previsto no artigo 66 da CLT, com reflexos em repouso remunerados e feriados, 13º salário, férias, acrescidas de 1/3 e FGTS, em parcelas vencidas e vincendas; bem como horas extraordinárias, assim consideradas aquelas faltantes para completar o intervalo intersemanal previsto de 35 horas (artigos 66 e 67 da CLT), com reflexos em repouso remunerados e feriados, 13º salário, férias, acrescidas de 1/3 e FGTS, em parcelas vencidas e vincendas.

A ré aduz que toda a jornada realizada foi integralmente paga. Defende que eventual desrespeito ao intervalo mínimo entre jornadas é uma questão administrativa a ser tratada na esfera competente, não ensejando a paga do período suprimido. Caso mantida a condenação, requer a limitação do pagamento ao adicional, a título de indenização pelo elástico da jornada, pois a hora normal já foi paga, na forma do art. 71, §§2º e 4º, da CLT. Reputa indevidos os reflexos deferidos, em razão da natureza indenizatória da verba. No que respeita aos intervalos de 35 horas, diz que a condenação carece de amparo legal, afrontando o art. 5º, II, da CF, além de constituir duplicidade de pagamento e enriquecimento ilícito da autora, na medida em que já determinado o pagamento de diferenças de repouso remunerado laborado e não compensado e também dos intervalos do art. 66 da CLT.

Nada a reparar, no entanto.

No que se refere ao intervalo interjornadas, o art. 66 da CLT, dispõe que *"Entre 2 (duas) jornadas de trabalho haverá um período mínimo de 11 (onze) horas consecutivas para descanso."*

No caso, a prova documental revela que nem sempre o intervalo mínimo de 11 horas entre duas jornadas de trabalho (art. 66 da CLT) foi observado, como, p. ex. entre os dias 25 e 26/10/2013, em que o intervalo interjornadas usufruído foi inferior a 10 horas (ID f633f96). Revela, ainda, que nem sempre o intervalo intersemanal de 35 (art. 67 da CLT) foi observado, como, p. ex. no interregno compreendido entre 26 e 28/10/2013 (ID f633f96).

Assim, uma vez prejudicado o intervalo mínimo de onze horas entre as jornadas, bem como o intervalo de trinta e cinco horas nos repouso, o tempo faltante é devido como hora extra, não havendo falar em duplicidade de pagamento, por se tratar de institutos jurídicos diversos, cujo fato gerador é diferente.

Essa, a meu ver, a melhor exegese do art. 66 da CLT.

Adoto, no caso, a OJ nº 355 da SDI-1 do TST, nesses termos:

"INTERVALO INTERJORNADAS. INOBSERVÂNCIA. HORAS EXTRAS. PERÍODO PAGO COMO SOBREVENIENTE. ART. 66 DA CLT. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO § 4º DO ART. 71 DA CLT. O desrespeito ao intervalo mínimo interjornadas previsto no art. 66 da CLT acarreta, por analogia, os mesmos efeitos previstos no § 4º do art. 71 da CLT



e na Súmula nº 110 do TST, devendo-se pagar a integralidade das horas que foram subtraídas do intervalo, acrescidas do respectivo adicional".

Sobre a matéria, este Tribunal já se manifestou inúmeras vezes, assim decidindo:

INTERVALO INTERJORNADA. INOBSERVÂNCIA. Serviço prestado com prejuízo ao intervalo obrigatório entre duas jornadas, a ser remunerado como extraordinário, não se tratando de mera infração administrativa. Inteligência da Súmula nº 110 do C. TST, aplicável analogicamente, e da Orientação Jurisprudencial 355 da SDI-1 do TST. Devidas as horas faltantes para completar o intervalo mínimo previsto nos artigos 66 e 67 da CLT, o que não representa bis in idem, remanescendo, conseqüentemente, os reflexos fixados na sentença, por se tratar de parcela salarial. Apelo negado. (TRT da 04ª Região, 2ª Turma, 0020632-81.2014.5.04.0402 RO, em 27/04/2015, Desembargador Alexandre Correa da Cruz)

INTERVALOS INTERJORNADA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ARTIGO 71, § 4º, DA CLT. O descumprimento do intervalo mínimo previsto no artigo 66 da CLT enseja o pagamento das horas subtraídas do respectivo período, acrescidas do adicional constitucional. Aplicação da OJ nº 355 da SDI-1 do TST. (TRT da 4ª Região, 7ª Turma, 0000084-10.2011.5.04.0121 RO, em 11/09/2013, Desembargadora Tânia Regina Silva Reckziegel - Relatora. Participaram do julgamento: Desembargador Marcelo Gonçalves de Oliveira, Juiz Convocado Manuel Cid Jardon)

Assim como fundamentei em item anterior, não há falar em infração meramente administrativa, por se tratar de horas laboras em desrespeito ao intervalo mínimo ente jornadas, o que enseja a respectiva paga da hora normal, com o adicional de 50%.

E, por se tratar de verba dotada de natureza salarial, devidos os reflexos determinados em sentença.

Por tais fundamentos, nego provimento.

Adotada tese explícita e implícita sobre tais argumentos, restam implicitamente rejeitados todos os demais, na forma do art. 489, §1º, do NCPC a *contrario sensu*.

Não há falar em violação aos dispositivos constitucionais e legais invocados pelas partes, inclusive em contrarrazões, os quais, diante da adoção de tese jurídica explícita sobre a matéria, consideram-se prequestionados para os devidos fins, nos termos da Súmula 297, I, do TST e da OJ 118 da SDI-1 do TST.

3. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

A ré não concorda com a condenação no pagamento de indenização por dano moral, no valor de R\$ 8.000,00. Aduz que a alegação da autora é no sentido de que os custos aumentaram pela contratação de babá, e não pela impossibilidade de convívio com a criança. Diz que toda a população brasileira, que necessita trabalhar para prover o sustento de suas famílias, necessita de apoio, seja de escola, creche, contratação de babás ou auxílio de familiares, para cuidados com filhos menores, visto que em dado



momento os genitores não estarão disponíveis para os cuidados diretos em razão de seus compromissos profissionais. Pondera que o fato de cônjuges trabalharem na mesma empresa não justifica a imposição de danos morais, menos ainda a obrigatoriedade da empresa em realizar a alteração de jornada por motivos particulares de cada empregado, já que esta disponibiliza auxílio financeiro para fazer frente a despesas com creches ou babás, pois se ambos laborarem no período diurno enfrentarão a mesma dificuldade que milhares de famílias brasileiras. Alega não haver prova de abalo moral ou de culpa empresarial, devendo ser afastada a condenação que, se mantida, deverá ser reduzida, por razoabilidade e equidade.

Examino.

De acordo com o art. 5º, X, da Constituição da República, a honra e a imagem da pessoa é inviolável, sendo assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Além disso, nos termos dos arts. 186 e 927 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, ficando obrigado a repará-lo. Comprovado o dano, a configuração da ofensa prescinde de prova quanto ao prejuízo causado, bastando restar configurado o desrespeito aos direitos fundamentais tutelados, pois a prática de ato ilícito atenta contra postulados consagrados na Constituição da República.

Saliento que a configuração da ofensa prescinde de prova quanto ao prejuízo causado, bastando restar configurado o desrespeito aos direitos fundamentais tutelados, pois a prática de ato ilícito atenta contra postulados consagrados na Constituição da República.

Neste sentido, a lição de José Afonso Dallegrave Neto:

"O dano moral caracteriza-se pela simples violação de um direito geral de personalidade, sendo a dor, a tristeza ou o desconforto emocional da vítima sentimentos presumidos de tal lesão (presunção hominis) e, por isso, prescindíveis de comprovação em juízo".

(Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 154).

No mesmo sentido, os precedentes do STJ:

Quanto ao dano moral, em si mesmo, não há falar em prova; o que se deve comprovar é o fato que gerou a dor, o sofrimento. Provado o fato, impõe-se a condenação, pois, nesses casos, em regra, considera-se o dano in re ipsa. (AgRg no AREsp 259.222/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/02/2013, DJe 28/02/2013)

Esta Corte já firmou entendimento que "o dano moral não depende de prova; acha-se in re ipsa" (REsp 296.634-RN, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, DJ 26.8.2002), pois "não há falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o



sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam" (REsp 86.271/SP, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJU 9.12.97). (AgRg no AREsp 9.990/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 08/03/2012)

A jurisprudência do STJ vem se orientando no sentido de ser desnecessária a prova de abalo psíquico para a caracterização do dano moral, bastando a demonstração do ilícito para que, com base em regras de experiência, possa o julgador apurar se a indenização é cabível a esse título. (REsp 1109978/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 13/09/2011)

No presente caso, a autora alega que, juntamente com seu marido, trabalha para a ré e que, no final de maio de 2017, iniciou o período gestacional e solicitou troca de turno, para cumprir horário integralmente diurno e, assim, ficar com o bebê durante a noite, o que jamais foi atendido pela ré. Alega que, em razão das circunstâncias noticiadas, ela e seu marido comprometem parte de seus rendimentos para arcar com os custos de babá enquanto estão no trabalho, o que traz sérios prejuízos financeiros, já que a empresa não disponibiliza auxílio à empregada gestante nem mesmo o fornecimento de creche.

Restou incontroverso o fato de que a autora é mãe de uma criança que tinha pouco mais de seis meses à época do ajuizamento da ação, contando à época do deferimento da antecipação de tutela com um ano e um mês (certidão de ID a30b507 - Pág. 1). Incontroverso, ainda, que o marido da autora também trabalha para a ré e que ambos cumprem o mesmo horário (das 12h45min às 22h50min), bem como de que a autora solicitou a troca de horário, quando ainda em fase gestacional. Tanto assim, que a ré alega não ser "obrigada a mudar toda sua organização de trabalho para atender às alterações na vida de cada trabalhador".

Entretanto, como bem fundamentado em sentença, "(...) o poder diretivo do empregador (...) não é um direito absoluto, não podendo ser usado para impedir o exercício de outros direitos por parte dos empregados. É o caso do direito à proteção ao trabalho da mulher, à maternidade e à criança". Ademais, "(...) a negativa da empresa em atender voluntariamente a solicitação da empregada sobre a troca de turno violou direitos fundamentais da reclamante, especialmente os direitos inerentes à proteção à maternidade e à infância, ao trabalho da mulher e, bem assim, a garantia do direito das crianças à convivência familiar. É inegável que a autora experimentou sentimentos de apreensão e angústia pela impossibilidade de conciliar o seu trabalho e os cuidados do filho, vendo-se, constrangida, inclusive, a postular a rescisão indireta do contrato de trabalho, caso não houvesse alteração de turno. A conduta da empresa denota a ausência de respeito mínimo à dignidade da trabalhadora e ao valor social do trabalho humano, direitos consagrados na Constituição da República."

Nesse contexto, é nítido o abuso de poder diretivo, tendo a ré ocasionado claro abalo moral à autora, que se viu em situação aflitiva, visto que restaria impossibilitada de cuidar de seu filho adequadamente, em razão de seu turno de trabalho. Concluindo, considero que a trabalhadora sofreu abalo moral, restando evidente o abuso de poder diretivo, à luz do art. 187 do Código Civil. Restou certo que a ré, por ação



voluntária, violou direito da autora, cometendo ato ilícito, ficando obrigada a repará-lo, nos termos dos arts. 186 e 927 do Código Civil.

Destaco, por fim, o aspecto pedagógico e educativo que cumpre a condenação a esse título, desdobrado em tríplice aspecto: sancionatório/punitivo, inibitório e preventivo, a propiciar não só a sensação de satisfação ao lesado, mas também desestímulo ao ofensor, a fim de evitar a repetição da conduta ilícita.

Por esta razão, considerando a extensão dos danos sofridos pela autora, a capacidade econômica da ofensora, o lapso contratual (quase 7 anos), o grau de culpa da ré, o caráter pedagógico e punitivo que o *quantum* indenizatório deve cumprir na espécie, entendo razoável e proporcional o valor fixado em sentença, não se cogitando de redução.

Nego provimento, pois.

Adotada tese explícita e implícita sobre tais argumentos, restam implicitamente rejeitados todos os demais, na forma do art. 489, §1º, do NCPC a *contrario sensu*.

Não há falar em violação aos dispositivos constitucionais e legais invocados pelas partes, inclusive em contrarrazões, os quais, diante da adoção de tese jurídica explícita sobre a matéria, consideram-se prequestionados para os devidos fins, nos termos da Súmula 297, I, do TST e da OJ 118 da SDI-1 do TST.

4. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E ASSISTENCIAIS.

A ré pede a condenação da autora em honorários sucumbenciais, nos termos da Lei 13.467/2017, em razão da sucumbência recíproca. Requer, ainda, com amparo no art. 14 da Lei 5.584/70 e nas Súms. 219 e 329 do TST, absolvição do pagamento de honorários advocatícios.

Aprecio.

A CLT, atualmente, assim dispõe acerca do tema:

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. (Incluído pela Lei nº .13.467, de 2017)

§ 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (...)



§ 3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

A norma que trata acerca de honorários advocatícios não pode ser vista sob a natureza unicamente processual, uma vez que está diretamente relacionada à procedência ou não de pretensões de cunho material, buscadas na petição inicial. Ainda que haja pretensões rejeitadas da parte autora, admitir honorários de sucumbência em desfavor de trabalhador que ajuíza ação com o objetivo de obter típicos direitos trabalhistas representa engessamento do direito constitucional de ação, especialmente, na seara trabalhista, na qual a imensa maioria de todos os trabalhadores dependem da concessão de justiça gratuita para estar em juízo.

E mais, cancelar, eventualmente, o pagamento de honorários de sucumbência com os créditos de típica ação trabalhista, na qual o trabalhador persegue basicamente direitos de natureza alimentar, mostra-se ilegítima, especialmente em se considerando a impossibilidade de penhora de verbas de natureza salarial, observado o princípio da intangibilidade salarial (art. 7º, VI e X, CRFB) e a necessidade do assistido pela justiça gratuita, uma vez que os créditos postulados, como regra geral, inevitavelmente, destinam-se à sobrevivência do demandante e de sua família.

Ainda, convém registrar o que dispõe a Convenção 95 da OIT, ratificada pela República Federativa do Brasil, por meio do Decreto 41.721/57:

ARTIGO 1º

Para os fins da presente convenção, o termo "salário" significa, qualquer que seja a denominação ou modo de cálculo, a remuneração ou os ganhos susceptíveis de serem avaliados em espécie ou fixados por acordo ou pela legislação nacional, que são devidos em virtude de um contrato de aluguel de serviços, escrito ou verbal, por um empregador a um trabalhador, seja por trabalho efetuado, ou pelo que deverá ser efetuado, seja por serviços prestados ou que devam ser prestados. (...)

ARTIGO 10

- 1. O salário não poderá ser objeto de penhora ou cessão, a não ser segundo as modalidades e nos limites prescritos pela legislação nacional.*
- 2. O salário deve ser protegido contra a penhora ou a cessão na medida julgada necessária para assegurar a manutenção do trabalhador e de sua família .*



Frise-se que foi ajuizada no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.766/DF, tendo como objeto, entre outros dispositivos decorrentes da Lei 13.467/2017, a expressão "*desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa*", prevista no § 4º, do art. 791-A da CLT.

O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), tratado no qual se comprometeu, perante a comunidade internacional, a observar os direitos humanos ali previstos, nos quais se colhe o acesso à justiça facilitado quando se tratar de garantias fundamentais:

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

Os créditos trabalhistas, via de regra, são direitos fundamentais, previstos nos arts. 6º e 7º da Constituição da República, portanto, há direito humano e fundamental de acesso à justiça, quando se trata de direitos sociais previstos nos referidos dispositivos constitucionais e deve ser aplicada a norma da Convenção Interamericana de Direitos Humanos relativa à simplificação, rapidez e efetividade do instrumento processual que protege o bem da vida vindicado, valores jurídicos intangíveis e que absolutamente não são compatíveis com o pagamento de honorários sucumbenciais ou custas pelo trabalhador.

Por outro lado, na interpretação do acesso à justiça facilitado para defesa de direitos e garantias fundamentais, a própria Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece os critérios hermenêuticos:

Artigo 29. Normas de interpretação

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

Assim, por qualquer prisma que se analise a questão, é descabida a interpretação restritiva do direito humano de acesso à Justiça do Trabalho que se pretende impor, mediante sucumbência à parte, independentemente de obter, ou não, a concessão do benefício da Justiça Gratuita ou da Assistência Judiciária.



Desse modo, entendo que, em qualquer hipótese, independentemente da data de ajuizamento da ação ou da data da prolação da sentença, deve ser excluída a incidência da disciplina prevista na Lei 13.467/17, não se cogitando de sucumbência recíproca ou de condenação da autora no pagamento de honorários sucumbenciais em prol da ré.

Por outro viés, a autora declara insuficiência econômica, o que basta para caracterizar a situação de pobreza do trabalhador e ensejar a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, dispensando a credencial sindical mencionada pela Lei 5584/70 e pelas Súm. 219 e 329 do TST. Incidência da Súm. 450 do STF.

Diante disso, devido o pagamento de honorários advocatícios de assistência judiciária, que devem ser calculados sobre o total bruto devido, a teor do que estabelece a Súm. 37 deste Tribunal Regional, à razão de 15% considerando a complexidade da matéria e nova redação da Súm. 219, item V, do TST e art. 85, §2º, do NCPC.

Por tal fundamento, nego provimento ao recurso.

Adotada tese explícita e implícita sobre tais argumentos, restam implicitamente rejeitados todos os demais, na forma do art. 489, §1º, do NCPC a *contrario sensu*.

Não há falar em violação aos dispositivos constitucionais e legais invocados pelas partes, inclusive em contrarrazões, os quais, diante da adoção de tese jurídica explícita sobre a matéria, consideram-se prequestionados para os devidos fins, nos termos da Súmula 297, I, do TST e da OJ 118 da SDI-1 do TST.

PREQUESTIONAMENTO.

Adotada tese explícita a respeito das matérias objeto de recurso, são desnecessários o enfrentamento específico de cada um dos argumentos expendidos pelas partes e referência expressa a dispositivo legal para que se tenha atendido o prequestionamento e a parte interessada possa ter acesso à instância recursal superior. Nesse sentido, o item I da Súmula 297 do TST e a Orientação Jurisprudencial 118 da SDI-1, ambas do TST.

Também é inexigível o prequestionamento de determinado dispositivo legal quando a parte entende que ele tenha sido violado pelo próprio Acórdão do qual pretende recorrer, conforme entendimento pacificado na Orientação Jurisprudencial 119 da SDI-1 do TST.

Isto considerado, tem-se por prequestionadas as questões e matérias objeto da devolutividade recursal, bem como os dispositivos legais e constitucionais invocados pelas partes.



MARCELO JOSE FERLIN D'AMBROSO

Relator

VOTOS

JUIZ CONVOCADO CARLOS HENRIQUE SELBACH:

Voto divergente

Danos Morais

Diversamente do nobre Relator, entendo que não há o que determine à empregadora trocar o turno de trabalho da empregada, mesmo em face do nascimento de seu filho, porquanto a reclamante já trabalhava há anos no turno anterior.

Não verifico qualquer ilícito a ser imputado à demandada, o que afasta, também, seu dever de indenizar a autora.

Dou provimento ao recurso da ré para excluir da condenação o pagamento de danos morais.

Honorários sucumbenciais

Diversamente do entendimento do nobre Relator, entendo que, com o advento da Lei 13.467/2017, os honorários advocatícios são deferidos por mera sucumbência, sendo devidas por ambas as partes na proporção dos pedidos que cada qual foi vencido, não cabendo sua conversão em honorários assistenciais.

No caso, considerando que a demandante foi sucumbente integralmente em alguns pedidos, sobretudo, nos termos supra, entendo que a reclamante deve ser condenada ao pagamento de 5% sobre o valor dos pedidos totalmente improcedentes, assegurada a vedação de retenção dos créditos deferidos na ação, conforme decisão do pleno deste TRT e a suspensão de sua exigibilidade por dois anos, na forma do § 4º do art. 791-A da CLT.

Recurso da reclamada parcialmente provido nestes termos.

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADOR MARCELO JOSÉ FERLIN D AMBROSO (RELATOR)

JUIZ CONVOCADO CARLOS HENRIQUE SELBACH



DESEMBARGADOR MARÇAL HENRI DOS SANTOS FIGUEIREDO



Assinado eletronicamente por: MARCELO JOSE FERLIN D'AMBROSO - 03/09/2020 10:08:23 - 445fff7
<https://pje.trt4.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=20062214000535100000047433892>
Número do processo: 0021161-22.2018.5.04.0512
Número do documento: 20062214000535100000047433892