



ACÓRDÃO
0000335-76.2011.5.04.0202 RO

Fl. 1

DESEMBARGADOR FRANCISCO ROSSAL DE ARAÚJO
Órgão Julgador: 8ª Turma

Recorrente: KELEN DALITA OLIVEIRA DA SILVA - Adv. Leandro
Batista da Rosa Wollenhaupt
Recorrente: SAINT GOBAIN VIDROS S.A. - Adv. Paulo Roberto
Rech, Adv. Silvio Renato Caetano
Recorrido: OS MESMOS
Recorrido: PRAZCAN INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
Origem: 2ª Vara do Trabalho de Canoas
Prolator da
Sentença: JUÍZA MARIA CRISTINA SANTOS PEREZ

E M E N T A

Dispensa discriminatória. Empregado portador do vírus HIV. Os elementos dos autos revelam que o reclamado tinha ciência da doença da reclamante no curso do contrato. Segundo o entendimento do TST, diante da ciência da reclamada da doença do empregado, é seu ônus comprovar que a dispensa não foi discriminatória, ônus do qual a reclamada não se desincumbiu. Apelo do reclamante provido.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por unanimidade, dar provimento ao recurso do reclamante para condenar a reclamada ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e



ACÓRDÃO

0000335-76.2011.5.04.0202 RO

Fl. 2

honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor bruto da condenação. Por unanimidade, negar provimento ao recurso da reclamada. Valor da condenação que se majora em R\$ 20.000,00 e custas em R\$ 400,00.

Intime-se.

Porto Alegre, 24 de janeiro de 2013 (quinta-feira).

RELATÓRIO

Inconformados com a sentença de fls.264/281, que julgou a ação procedente em parte, recorrem ordinariamente a reclamante e a primeira reclamada.

A reclamante, conforme razões de fls. 282/289, insurge-se contra a decisão que rejeitou o pedido de indenização por dano moral e os honorários advocatícios.

A primeira reclamada, consoante razões de fls. 290/294, insurge-se contra a decisão alegando ilegitimidade passiva e ainda, inconforma-se com o deferimento de horas extras decorrentes da não fruição do intervalo intrajornada.

O Ministério Público opina (fls. 324/325) pela reforma da sentença para dar provimento ao recurso do reclamante quanto à indenização por danos morais. Nos demais aspectos, manifesta-se pelo regular prosseguimento do feito.

Custas processuais (fl. 294) e depósito recursal (fl. 293v) na forma da lei.



ACÓRDÃO
0000335-76.2011.5.04.0202 RO

Fl. 3

A primeira reclamada apresenta contrarrazões fls. 300/302

Pelo contexto fático do processo (alegações e provas), verifica-se que a parte autora desempenhava as funções de escolhedora e que o período de trabalho foi de 12/07/2006 a 08/01/2007 por meio de terceirizada (primeira reclamada) e após de 15/01/2007 a 13/04/2010 com a segunda reclamada.

Sobem os autos a este Tribunal para julgamento, sendo distribuídos a este Relator.

É o relatório.

V O T O

DESEMBARGADOR FRANCISCO ROSSAL DE ARAÚJO (RELATOR):

1. Recurso ordinário da reclamante

1.1. Dano moral

A reclamante insurge-se contra a sentença que indeferiu a indenização por dano moral, alegando que ficou claro que a despedida da reclamante ocorreu porque a mesma é portadora de HIV. Argumenta que a sua doença é que motivou as faltas ao trabalho e o encaminhamento ao INSS. Diz que a possibilidade de dispensa por parte do empregador é limitada pelas garantias de emprego e no princípio da dignidade da pessoa humana.

A sentença (fl. 274/275) indeferiu o pedido, pois entendeu que a autora não produziu prova dos fatos alegados, ônus que era seu. Refere a Magistrada que o simples fato de a reclamada ter conhecimento da doença não gera a presunção de que houve discriminação.



ACÓRDÃO
0000335-76.2011.5.04.0202 RO

Fl. 4

O direito que o empregador tem de rescindir o contrato de trabalho de seus empregados não pode se dissociar dos seus fins sociais. Apropriada é a lição do Ministro João Oreste Dalazen, citado pelo Exmo. Des. Milton Varela Dutra, nos autos do processo nº 03538-2008-000-04-00-0 MS, publicado em 17/04/2009, que afirma não haver como preservar os fins sociais se o direito é utilizado de forma discriminatória, em detrimento da dignidade da pessoa humana.

Registre-se que o abuso do direito acontece quando o titular de uma pretensão legítima viola normas éticas ao exercitá-lo. Ou seja, no abuso do direito há, em princípio, licitude da conduta, mas são vulnerados os limites de exercício dessa conduta lícita, no modo previsto no ordenamento jurídico. Os critérios estabelecidos para caracterizar o abuso do direito fixam-se em subjetivos e objetivos. Os primeiros caracterizam abusivos aqueles direitos exercidos com intenção de prejudicar e cujo dano pode imputar-se ao sujeito exercente. O critério objetivo prescinde do elemento psicológico e põe acento no resultado danoso. A teoria do abuso do direito nasce na jurisprudência e sua admissão tem sido fundada nas limitações ao direito subjetivo, já que não se pode admitir que a exigibilidade destes direitos sejam divorciados de determinados fins perseguidos pelo ordenamento jurídico, dentre os quais se destaca a exigência de um comportamento ético e moral pelos indivíduos.

Louis Josserand, autor francês do início do século passado, dizia que os direitos subjetivos devem obedecer a determinadas funções sociais, ou seja, o exercício de um direito deve ter por escopo um motivo legítimo (JOSSERAND, Louis. De L'Esprit des Droits et de leur relativite. 11. ed., Paris: Dalloz, 1939, p. 311).



ACÓRDÃO
0000335-76.2011.5.04.0202 RO

Fl. 5

No caso, a reclamada não alega o desconhecimento da patologia da reclamante. No seu depoimento, apesar de a preposta da primeira reclamada (fl. 234) referir que desconhecia a doença da reclamante, a mesma afirma que todos os atestados apresentados são juntados no dossiê de cada funcionário. Afirma também que o médico sempre coloca o CID nos atestados. Além disso, a reclamada tinha ciência do gozo de auxílio-doença previdenciário. Assim, pelo conjunto das provas, tem-se por inequívoca a ciência da reclamada de que a reclamante era portadora da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS).

O entendimento do TST, que se adota neste caso, é no sentido de que diante da ciência da reclamada de que seu empregado possui AIDS, é dela (reclamada) o ônus de provar que a dispensa não foi discriminatória. Inclusive, em 14/09/2012, foram aprovadas diversas alterações na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho a fim de pacificar diversas controvérsias, entre elas, editou nova Súmula (publicada em 25/09/2012) com o seguinte teor:

Súmula nº 443 - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato o empregado tem direito à reintegração no emprego.

A edição da nova Súmula decorre do entendimento já expresso pelo TST em várias decisões anteriores:

EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA



ACÓRDÃO
0000335-76.2011.5.04.0202 RO

Fl. 6

IMOTIVADA. ATITUDE DISCRIMINATÓRIA PRESUMIDA. REINTEGRAÇÃO. 1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que se presume discriminatória a dispensa do empregado portador do vírus HIV. Desse modo, recai sobre o empregador o ônus de comprovar que não tinha ciência da condição do empregado ou que o ato de dispensa tinha outra motivação - lícita. 2. Entendimento consentâneo com a normativa internacional, especialmente a Convenção n.º 111, de 1958, sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (ratificada pelo Brasil em 26.11.1965 e promulgada mediante o Decreto n.º 62.150, de 19.01.1968), e a Recomendação n.º 200, de 2010, sobre HIV e AIDS e o Mundo do Trabalho. 3. Nesse contexto, afigura-se indevida a inversão do ônus da prova levada a cabo pelo Tribunal Regional, ao atribuir ao empregado o encargo de demonstrar o caráter discriminatório do ato de dispensa promovido pelo empregador. 4. Recurso de revista conhecido e provido." (TST-RR-104900-64.2002.5.04.0022, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, DEJT de 2/9/2011).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA - DESCABIMENTO. (...) 2. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO PORTADOR DO HIV. REINTEGRAÇÃO. Esta Corte tem-se posicionado no sentido de que, quando da dispensa imotivada do portador do HIV, ciente o empregador da doença, resta presumida a ocorrência de discriminação. Precedentes. Agravo de instrumento conhecido e desprovido."



ACÓRDÃO
0000335-76.2011.5.04.0202 RO

Fl. 7

(TST-AIRR-195740-92.2008.5.02.0434, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, DEJT de 3/9/2010).

RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. PRESUNÇÃO DE DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. Presume-se discriminatória a ruptura arbitrária, quando não comprovado um motivo justificável, em face de circunstancial debilidade física causada pela grave doença em comento (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - AIDS) e da realidade que, ainda nos tempos atuais, se observa no seio da sociedade, no que toca à discriminação e preconceito do portador do vírus HIV. A AIDS ainda é uma doença que apresenta repercussões estigmatizantes na sociedade e, em particular, no mundo do trabalho. Nesse contexto, a matéria deve ser analisada à luz dos princípios constitucionais relativos à dignidade da pessoa humana, à não-discriminação e à função social do trabalho e da propriedade (art. 1º, III, IV, 3º IV, e 170 da CF/88). Não se olvide, outrossim, que faz parte do compromisso do Brasil, também na ordem internacional (Convenção 111 da OIT), o rechaçamento a toda forma de discriminação no âmbito laboral. É, portanto, papel do Judiciário Trabalhista, considerando a máxima eficiência que se deve extrair dos princípios constitucionais, a concretização dos direitos fundamentais relativamente à efetiva tutela antidiscriminatória do trabalhador portador de doença grave e estigmatizante, como a AIDS. Pesa ainda mais a presunção de discriminação, no caso concreto, o fato de a



ACÓRDÃO

0000335-76.2011.5.04.0202 RO

Fl. 8

Reclamada cessar o contrato de emprego com base em teste de produtividade, no qual o Reclamante certamente seria prejudicado em virtude do debilitado estado de saúde e do tratamento a que se submetia, ainda que tivesse sido facilitado pela Reclamada. Recurso de revista conhecido e provido." (TST-RR-317800-64.2008.5.12.0054, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, DEJT de 10/6/2011).

A reclamada não comprovou a existência de outro motivo para justificar a despedida da reclamante, ônus que era seu. Diante disso, tem-se que a reclamada agiu em abuso do direito potestativo de resilir o contrato de trabalho celebrado com a reclamante e de gerir seu empreendimento.

O Código Civil, como visto, equipara o abuso de direito a ato ilícito. E a consequência disso está prevista no art. 927 do Código Civil, segundo o qual:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

E desse modo, verificada a prática de ato ilícito por parte da reclamada, nasce o dever de indenizar pelos prejuízos sofridos, no caso, prejuízos morais. Por esse fato, condena-se a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais.

A fixação da indenização do valor do dano moral demanda a análise de vários critérios. O valor deve atingir a duas finalidades precípuas: compensar a vítima e punir o infrator como medida pedagógica, fomentando a conscientização quanto à sua obrigação de não praticar novas condutas danosas aos seus empregados. Ao fixar o valor da



ACÓRDÃO
0000335-76.2011.5.04.0202 RO

Fl. 9

indenização, o juiz precisa balizar-se de acordo com critérios mais ou menos objetivos, como a condição econômica das partes, o grau de culpa do ofensor e a gravidade do dano. O valor, ainda, deve observar certa razoabilidade, de forma a não cair nos extremos do alcance de valores irrisórios ou montantes que importem no enriquecimento da vítima ou ruína do devedor.

Diante dessas considerações, tomando-se também como base a necessidade de sancionar a conduta da ré e constrangê-la a não reincidir, tem-se que o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) mostra-se razoável e consentâneo com os valores praticados por esta Turma para danos morais de monta semelhante.

Esse tem sido o patamar arbitrado para casos semelhantes, conforme se apreende das decisões a seguir:

A fixação do valor da indenização deve se pautar pelo princípio da razoabilidade e proporcionalidade (art. 944, CC), ou seja, satisfazer o interesse de compensação do lesado e a repressão à conduta do lesador. Assim, deve levar em consideração a gravidade da conduta; a extensão do dano, tendo em conta o sofrimento e as repercussões pessoais, familiares e sociais; a situação econômica do lesador e; o caráter pedagógico da sanção. Isto porque, a indenização tem natureza compensatória, uma vez que o dano moral é de difícil mensuração. Destarte, condeno a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 20.000,00 (Processo TRT/SP nº 0001917-16.2011.5.02.0381 - 4ª Turma. Recurso Ordinário. Origem: 1ª vara do trabalho de Osasco. Ivani Contini Bramante -



ACÓRDÃO
0000335-76.2011.5.04.0202 RO

Fl. 10

Desembargadora Federal do Trabalho - Relatora.

A indenização pelo sofrimento gerado é de difícil mensuração. À fixação do quantum é importante que se levantem certos parâmetros, visto que inexistente critério objetivo previsto no ordenamento jurídico. Primeiramente, a condenação em reparação de dano moral deve ser fixada em atenção à dimensão do dano. E para surtir um efeito pedagógico e econômico, o valor fixado deve representar um acréscimo considerável nas despesas da empresa, desestimulando a reincidência, mas sem comprometer drasticamente sua saúde econômica - empresa do ramo de transporte de cargas. No caso dos autos, considerando a natureza discriminatória da dispensa, a condição de fragilidade da saúde do reclamante, o fato de o autor contar com 49 anos na data da dispensa, mas também a circunstância de a conduta da reclamada não revelar atuação ostensiva visando atingir a dignidade pessoal do autor, reputa-se razoável reduzir o valor da indenização por danos morais para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), atualizados monetariamente a partir desta data (Súmula 362 do STJ), sem prejuízo de juros a partir do ajuizamento. Dá-se provimento parcial ao recurso ordinário das reclamadas para reduzir a condenação por dano moral para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), com correção monetária a partir desta data (Súmula 362 do STJ) e juros a partir da data do ajuizamento. (TRT da 4ª Região, 1ª Turma, 0242300-18.2009.5.04.0203 RO, em 13/06/2012, Desembargador José Felipe Ledur - Relator. Participaram do julgamento:



ACÓRDÃO
0000335-76.2011.5.04.0202 RO

Fl. 11

Desembargadora Ana Luiza Heineck Kruse, Desembargadora Iris Lima de Moraes)

Quanto à redução do quantum indenizatório, fixado em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), melhor sorte não assiste à recorrente. A indenização decorrente da configuração do dano moral, prevista nos artigos 5º, V e X, da CRFB/88 e 186 e 927 do CC de 2002, apresenta caráter compensatório e satisfatório e objetiva amenizar as consequências da lesão, funcionando, ainda, como uma espécie de penalidade imputada ao ofensor, a fim de que a conduta lesiva não se repita. À falta de critérios legais para a fixação do valor de tal indenização, a doutrina e a jurisprudência adotam como parâmetros a extensão do dano, considerando o disposto no artigo 944 do Código Civil, sem buscar equivalência exata entre a lesão e a reparação, dada a impossibilidade de retorno ao status quo ante; o grau de culpa ou intensidade de dolo do ofensor, levando em conta o parágrafo único do indigitado artigo; a razoabilidade, que limita e condiciona a discricionariedade do julgador; a proporcionalidade, para compatibilizar o valor do dano; o não enriquecimento sem causa da vítima; o caráter punitivo-pedagógico e o intuito compensatório da indenização. No presente caso, em que a condição de soropositiva foi reconhecida como a causa de dispensa da obreira, portanto, baseada em ato discriminatório, e considerando os referidos parâmetros, entendo ser razoável e pedagógica a indenização no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), fixada na sentença.



ACÓRDÃO
0000335-76.2011.5.04.0202 RO

Fl. 12

Nego provimento. Mantido o valor da condenação. (Processo: 0032300-46.2010.5.17.0008 RO. Relatora: Desembargadora Carmen Vilma Garisto. Data Publicação : 24/11/2011).

Assim, o recurso ordinário da reclamante deve ser provido para condenar a reclamada ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

1.2. Honorários advocatícios

A reclamante pretende a reforma da sentença quanto ao indeferimento da condenação da reclamada ao pagamento de honorários advocatícios. Referem que preencheram os requisitos legais para a concessão dos honorários advocatícios e que o advogado é essencial à administração da justiça, conforme art. 133 da CF.

A sentença (fl. 277/278) indeferiu o pedido, porque embora a reclamante tenha declarado sua condição de pobreza, não comprovou estar assistido por advogado credenciado no sindicato profissional obreiro. Não preenchendo, assim, o requisito previsto no art. 14 da Lei 5.584/70 e orientação das súmulas 219 e 329.

A Lei nº 1.060/50 estabelece como único critério para a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita e, por consequência, o pagamento de honorários advocatícios, a declaração de pobreza da reclamante.

No caso, a reclamante juntou aos autos a declaração (fls. 10), razão pela qual faz jus aos honorários advocatícios, ainda que por fundamento diverso do acima. Frisa-se que, nos termos da Lei nº 7.115/83, a declaração de pobreza, firmada pela própria reclamante ou por procurador bastante,



ACÓRDÃO
0000335-76.2011.5.04.0202 RO

Fl. 13

presume-se verdadeira. Conseqüentemente, estando a parte autora ao abrigo da assistência judiciária gratuita, é devido o pagamento de honorários advocatícios.

O artigo 20 § 3º do CPC traz os critérios em que o juízo deve se pautar para fixar o montante devido a título de honorários advocatícios. São eles: grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para seu serviço.

O art. 11 prevê no § 1º que "os honorários do advogado serão arbitrados pelo juiz até o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o líquido apurado na execução da sentença".

A súmula 219 do TST, embora entenda a necessidade da credencial sindical, também se refere ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento).

No que se refere à base de cálculo, tem-se que os honorários devem ser calculados sobre o valor bruto da condenação, nos termos da Súmula nº 37 do TRT 4ª Região, que assim dispõe:

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

Consideram-se prequestionados o art. 14 da Lei nº 5.584/70 e as Súmulas 219 e 329 do TST.

Dessa forma, preenchidos os requisitos legais referentes à condenação ao pagamento de honorários advocatícios, dá-se provimento ao recurso da reclamante para condenar a reclamada ao pagamento dos honorários



ACÓRDÃO
0000335-76.2011.5.04.0202 RO

Fl. 14

advocatícios fixados em 15% sobre o valor bruto da condenação.

2. Recurso ordinário da primeira reclamada

2.1. Ilegitimidade passiva. Reconhecimento de vínculo.

A primeira reclamada insurge-se contra a sentença que reconheceu o vínculo de emprego diretamente com ela no período de 12/07/2006 a 08/01/2007. Argumenta que nesse período a CTPS da autora esta assinada pela segunda reclamada e que manteve contrato de prestação de serviços com esta. Aduz que é ônus da reclamante provar a existência de vínculo, fato que não restou demonstrado. Refere, ainda, que a reclamante realizava atividade-meio e não a atividade-fim. Alega que não se trata de intermediação de mão de obra e que não estão presentes os requisitos pessoalidade e subordinação, previstos na Súmula nº 331, III do TST. Alega também, que o pedido foi lançado contra quem não detinha a qualidade de titular do direito, ou seja, contra quem não contratou, não remunerou e não deu ordens a autora. Por fim, aduz que no máximo pode ser reconhecida a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços.

A sentença (fls. 206/207) reconheceu a legitimidade da 1ª reclamada, pois o autor dirigiu a ação ao beneficiário da atividade, contra quem o autor detém uma pretensão. E extinguiu o feito em relação a segunda, com base no art. 267, VI do CPC, pois nenhuma pretensão foi deduzida contra ela. A magistrada reconheceu o vínculo de emprego com a primeira reclamada, pois concluiu que não houve provas que o trabalho realizado em suas dependências não caracterizava vínculo. Contudo, a unicidade contratual não foi deferida, pois entendeu a Magistrada que o pedido da reclamante foi de reconhecimento de 2 períodos distintos, quais sejam, 12/07/2006 a 08/01/2007 e 15/01/2007 a 13/04/2010. Consequentemente, foi declarada



ACÓRDÃO
0000335-76.2011.5.04.0202 RO

Fl. 15

a prescrição total do direito de ação em relação ao primeiro período

Primeiramente, salienta-se que é suficiente que o trabalhador indique a reclamada como parte da relação jurídica de direito material e como devedora dos direitos postulados, para que a ré se configure como parte legítima para responder aos termos da presente ação. Frise-se que se trata de uma análise das afirmativas da inicial, feita em abstrato. A veracidade ou não das alegações constantes na exordial trata-se com o próprio mérito da demanda.

Analisando-se o reconhecimento do vínculo, tem-se que o contrato de emprego, por sua vez, espécie do contrato de trabalho pela terminologia adotada por MARTINS CATHARINO, é sinalagmático, consensual, *intuitu personae*, de trato sucessivo e oneroso. Para que seja verificada a sua existência, necessário se faz que existam as condições acima expostas, juntamente com a caracterização dos polos da relação de emprego na forma prevista pela CLT, ou seja, empregado e empregador. O art. 3º da CLT traz a definição de empregado: "... é toda a pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário". Por seu turno, o art. 2º da mesma Consolidação define o empregador como sendo aquela empresa, individual ou coletiva, que "assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços". Essencial, portanto, a presença dos elementos subordinação, pessoalidade, não eventualidade na prestação de serviços e pagamento mediante salário.

Para MARIO DE LA CUEVA (DE LA CUEVA, MARIO - Derecho Mexicano del Trabajo, 11. ed., Porrúa, Cidade do México, 1969, pp. 478/479) é o próprio trabalho e não o acordo de vontades que determina a existência do



ACÓRDÃO

0000335-76.2011.5.04.0202 RO

Fl. 16

contrato. A consensualidade nasce do acordo de realizar atos de trabalho, adquirindo matizes objetivas em face dos modos de produção adotados na realidade econômico-social (GENRO, TARSO - Direito Individual do Trabalho, LTr, São Paulo, 1985, p. 75.).

A alegação da autora, de início, pode levar a crer que a relação travada entre as partes era espécie de terceirização, pois afirma que possuía contrato de trabalho com a primeira reclamada (Prazcan, fls. 194/199), mas prestava serviço relacionado com a atividade-fim da segunda reclamada e no mesmo local físico. Isso não significa, contudo, que as relações de trabalho devam ser analisadas apenas sob a ótica formal. Há de prevalecer o princípio da primazia da realidade, pois se sabe que, muitas vezes, as relações de emprego são mascaradas sob o véu formal que tenta caracterizar a relação havida.

A segunda reclamada admite que a reclamante prestou serviços em suas dependências, em virtude do contrato de prestação de serviço que manteve com a primeira reclamada. Diante disso, cabia a ela comprovar que o trabalho realizado era feito sob outra modalidade (prestação de serviços ou terceirização) e não contrato de trabalho.

Quanto à atividade exercida, a reclamante afirma em seu depoimento (fl. 234) que sempre realizou as mesmas tarefas tanto numa como noutra empresa. A primeira reclamada alega que tinha contrato de prestação de serviço com a segunda reclamada no qual os funcionários desta realizavam em suas dependências atividades-meio e que após contratou a reclamante para a função de escolhedora, que fazia parte da atividade-fim.

Apesar de suas alegações, a segunda reclamada não juntou aos autos o contrato de prestação de serviço e tampouco fez prova de que a reclamante



ACÓRDÃO
0000335-76.2011.5.04.0202 RO

Fl. 17

exerceu atividade diferente nos dois períodos indicados.

Tampouco, há provas no sentido de que no período inicial a reclamante recebia ordens de algum preposto da primeira reclamada, em que pese trabalhar nas dependências da segunda.

Por fim, ressalta-se que o conjunto probatório dos autos denota que houve unicidade do trabalho prestado pela reclamante para as empresas e que só formalmente havia distinção.

Nesse sentido, entende-se que o autor prestou serviços com pessoalidade, habitualidade, onerosidade e subordinação, restando caracterizado o vínculo de emprego.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

2.2. Horas extras e Intervalo intrajornada

A reclamada recorre, pois entende que a validade dos cartões-ponto e da norma coletiva é clara. Aduz que houve a correta satisfação das horas suplementares e intervalos intrajornada. Diz que a jornada compensatória está prevista nas convenções coletivas e que as normas coletivas respeitam o estabelecido no art. 7º, XXVI. Argumenta que sendo o acordo fruto de negociação coletiva, deve prevalecer a teoria do conglobamento. Alega que o fato de ocasionalmente ocorrer jornada além do horário de compensação não é suficiente para invalidar o regime compensatório, pois previsto no disposto no art. 59, § 2º da CLT e art. 61 da CLT, o qual autoriza expressamente a extrapolação de horário. Alega, ainda, que caso mantida a sentença é devido apenas o adicional, na forma da Súmula 85 do TST.

Quanto ao intervalo intrajornada, aduz que a reclamante não comprovou a não fruição da integralidade do descanso, ônus que lhe cabia, na forma do



ACÓRDÃO

0000335-76.2011.5.04.0202 RO

Fl. 18

art. 818 da CLT e 331 do CPC. Argumenta que a reclamante sempre gozou do intervalo e requer a absolvição da condenação.

A sentença (fl. 271/274) considerou os registros de horários parcialmente válidos, exceto quanto aos registros e intervalo intrajornada, pois não há apontamento. Diante da alegação da reclamante, de que gozava apenas 20 minutos de intervalo e pela falta de registros, a Magistrada deferiu 40 minutos de horas extras, com acréscimo de 50%. Além disso, a sentença considerou inválido o regime de compensação estabelecido, porque não preenche os requisitos do art. 59 da CLT, extrapolando o limite de duas horas extraordinárias diárias. A condenação foi de horas extras excedentes à oitava diária, com adicional de 50%, divisor 220 e base de cálculo na forma da Súmula 264 do TST, com integração em repousos semanais remunerados, 13º, férias com 1/3, aviso-prévio e FGTS, em face da habitualidade em que eram prestadas.

O art. 59, § 2º, da CLT, estabelece que, para a compensação de horas, sem o acréscimo de salário, ou seja, adoção de banco de horas deverá haver previsão em acordo ou convenção coletiva de trabalho, o que não restou demonstrado no caso em tela.

As normas ou acordos coletivos da categoria juntados aos autos preveem apenas a compensação semanal do sábado. A referida norma não se enquadra no caso da reclamante, eis que ela trabalhava no regime 6x2, ou seja, a cada seis dias de trabalho dois de folga, independentemente de ser sábado ou domingo.

É pacífico o entendimento que não é válido o regime de compensação na forma de banco de horas, se não previsto em norma coletiva. Nesse sentido:



ACÓRDÃO
0000335-76.2011.5.04.0202 RO

Fl. 19

HORAS EXTRAS. BANCO DE HORAS. É inválido o regime de banco de horas quando não autorizado pelas normas coletivas, conforme melhor interpretação da norma inserta no inciso XIII do art. 7º da Constituição da República. (TRT da 4ª Região, 9ª Turma, 0000699-37.2010.5.04.0411 RO, em 17/11/2011, Juiz Convocado Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa - Relator. Participaram do julgamento: Desembargador Cláudio Antônio Cassou Barbosa, Juiz Convocado Fernando Luiz de Moura Cassal)

EMENTA: BANCO DE HORAS. HORAS EXTRAS. Reputa-se válido o banco de horas (art. 59, § 2º, da CLT) que se encontra previsto na convenção coletiva da categoria e respeita seus critérios. (TRT da 4ª Região, 1ª Turma, 0157800-20.2008.5.04.0020 RO, em 14/09/2011, Juiz Convocado André Reverbel Fernandes - Relator. Participaram do julgamento: Desembargadora Ione Salin Gonçalves, Desembargador José Felipe Ledur)

Diante disso, não há como acolher a existência de banco de horas, sendo mantida a condenação ao pagamento de horas extras, conforme determinado na sentença. Observa-se que foi deferida a dedução dos valores pagos, assim sendo, não haverá prejuízo à reclamada, que alega o pagamento da integralidade das horas extras prestadas.

Quanto ao intervalo intrajornada, verifica-se no documento da fl. 53 que existe a pré-assinalação de intervalo intrajornada realizado das 17h às 17h30min e existe também autorização nas normas coletivas para dispensa



ACÓRDÃO

0000335-76.2011.5.04.0202 RO

FI. 20

de registro do intervalo (fls. 152, 161, 172).

Quanto à redução do limite mínimo do intervalo intrajornada, por se tratar de medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, necessário especial atenção a todos os requisitos legais para sua concessão, sob pena de ferir direitos arduamente conquistados.

O § 3º do art. 71 da CLT é categórico ao exigir autorização expressa do Ministério do Trabalho e Emprego:

O limite mínimo de uma hora para repouso ou refeição poderá ser reduzido por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, quando ouvido o Serviço de Alimentação de Previdência Social, se verificar que o estabelecimento atende integralmente às exigências concernentes à organização dos refeitórios, e quando os respectivos empregados não estiverem sob regime de trabalho prorrogado a horas suplementares.

Observa-se que nas convenções coletivas juntadas aos autos (fls. 146/185), as cláusulas que tratam da redução do intervalo (fl. 152, 162 e 173) referem a necessidade de preenchimento de algumas condições, como fornecimento de alimentação a preços acessíveis e concordância dos sindicatos perante o Ministério do Trabalho, porém nenhum desses requisitos foi comprovado nos autos. Tampouco a reclamada comprova que estava autorizada pelo Ministério do Trabalho. Assim, a redução do intervalo para alimentação configura-se ilegal, nos termos da OJ 342 da SDI-I do TST e da Súmula nº 38 deste Tribunal:

OJ 342. INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. NÃO CONCESSÃO OU REDUÇÃO.



ACÓRDÃO
0000335-76.2011.5.04.0202 RO

Fl. 21

PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. INVALIDIDADE. EXCEÇÃO AOS CONDUTORES DE VEÍCULOS RODOVIÁRIOS, EMPREGADOS EM EMPRESAS DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO

I - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva.

II - Ante a natureza do serviço e em virtude das condições especiais de trabalho a que são submetidos estritamente os condutores e cobradores de veículos rodoviários, empregados em empresas de transporte público coletivo urbano, é válida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a redução do intervalo intrajornada, desde que garantida a redução da jornada para, no mínimo, sete horas diárias ou quarenta e duas semanais, não prorrogada, mantida a mesma remuneração e concedidos intervalos para descanso menores e fracionados ao final de cada viagem, não descontados da jornada.

Súmula nº 38 - INTERVALO INTRAJORNADA. REDUÇÃO OU SUPRESSÃO POR NORMA COLETIVA. INVALIDIDADE. Constituindo-se o intervalo intrajornada em medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, é inválida a cláusula de acordo



ACÓRDÃO

0000335-76.2011.5.04.0202 RO

FI. 22

ou convenção coletiva que autoriza sua supressão ou redução, neste caso quando não observado o disposto no parágrafo 3º do artigo 71 da CLT.

Assim, tem decidido este Tribunal:

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. INTERVALOS INTRAJORNADA. REDUÇÃO MEDIANTE NORMA COLETIVA. É inválida a cláusula normativa que prevê a redução do intervalo intrajornada, sem autorização do Ministério do Trabalho, em ofensa ao art. 71, § 3º, da CLT. Aplicação da Orientação Jurisprudencial nº 342 da SDI-1 do TST e da Súmula nº 38 deste TRT. Recurso desprovido, no aspecto. (TRT da 4ª Região, 8a. Turma, 0108000-13.2009.5.04.0303 RO, em 16/06/2011, Desembargador Denis Marcelo de Lima Molarinho - Relator. Participaram do julgamento: Juiz Convocado Wilson Carvalho Dias, Juíza Convocada Maria Madalena Telesca)

Reconhecida a invalidade da redução do intervalo intrajornada, devido o pagamento de horas extras pela sua concessão irregular, em tese, em sua integralidade e com o respectivo adicional de 50%, nos termos da OJ 307 da SDI-I do TST.

Contudo, neste caso em específico, deixa-se de aplicar a OJ 307, eis que se considerando os limites da condenação (minutos faltantes), a matéria devolvida à reapreciação deste Tribunal pelo recurso ordinário interposto pela reclamada e o princípio do *non reformatio in pejus*, a análise colegiada restringe-se à condenação ao pagamento de horas extras decorrentes da diferença, pela não fruição integral do intervalo intrajornada,



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO
0000335-76.2011.5.04.0202 RO

Fl. 23

mantendo-se a sentença.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADOR FRANCISCO ROSSAL DE ARAÚJO (RELATOR)

DESEMBARGADORA LUCIA EHRENBRINK

JUÍZA CONVOCADA ANGELA ROSI ALMEIDA CHAPPER