



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO
0110200-90.2009.5.04.0012 RO

Fl. 1

DESEMBARGADOR CLÁUDIO ANTÔNIO CASSOU BARBOSA
Órgão Julgador: 9ª Turma

Recorrente: JAISSON LUIS SILVA DA FONSECA - Adv. Alessandro Batista Rau
Recorrente: WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA. - Adv. Flávio Obino Filho, Adv. Mariana Hoerde Freire Barata
Recorrido: OS MESMOS
Origem: 12ª Vara do Trabalho de Porto Alegre
Prolator da Sentença: JUIZ MARCOS FAGUNDES SALOMAO

E M E N T A

DANOS MORAIS. REVISTA ÍNTIMA. O procedimento adotado pelo empregador, ao realizar revista íntima no empregado, inclusive diante dos demais colegas, caracteriza abuso de poder passível de punição. Indenização por danos morais devida face ao constangimento físico e moral.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 9ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso ordinário da reclamada para determinar que as diferenças de adicional de insalubridade sejam apuradas com base no salário-mínimo nacional; para determinar que os reflexos das horas extras nos repousos semanais remunerados, férias com 1/3, natalinas, aviso-



ACÓRDÃO

0110200-90.2009.5.04.0012 RO

Fl. 2

prévio, FGTS com 40%, ocorram de forma direta; e excluir da condenação o pagamento dos honorários de assistência judiciária. Por maioria de votos, vencido o Relator quanto à pretensão de acréscimo do valor fixado para a reparação por danos morais, dar provimento parcial ao recurso ordinário do reclamante para majorar o percentual de 10% para 30% sobre o salário contratual por cada função acumulada; para condenar a reclamada ao pagamento de horas extras, assim consideradas as excedentes à 8ª diária e 44ª semanal, mantidos os reflexos de forma direta, bem como os demais critérios quanto à jornada de trabalho arbitrada e adicionais; e acrescer o pagamento de uma hora extra diária pelo intervalo intradurístico não usufruído integralmente, com os mesmos reflexos diretos das demais horas extras; e o pagamento do adicional noturno sobre as horas prorrogadas além das 05h da manhã. Custas de R\$ 600,00 (seiscentos reais), pela reclamada, calculadas sobre o valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), que ora se acresce à condenação.

Intime-se.

Porto Alegre, 17 de novembro de 2011 (quinta-feira).

RELATÓRIO

As partes recorrem da sentença prolatada pelo Juiz Marcos Fagundes Salomão, que julga procedente em parte a ação.

A reclamada pretende modificar a decisão recorrida nos seguintes aspectos: base de cálculo do adicional de insalubridade, acúmulo de funções, horas extras, intervalos, adicional noturno, danos morais e honorários advocatícios.



ACÓRDÃO
0110200-90.2009.5.04.0012 RO

Fl. 3

O reclamante almeja reformar a sentença nos itens a seguir: base de cálculo do adicional de insalubridade, acúmulo de funções, reflexos do plus salarial no adicional de insalubridade, horas extras, convenções coletivas aplicáveis, adicional de horas extras, hora reduzida e adicional noturno nas horas extras deferidas, intervalo para repouso e alimentação, Súmula nº 60 do TST e indenização por danos morais.

São oferecidas contrarrazões.

É o relatório.

V O T O

DESEMBARGADOR CLÁUDIO ANTÔNIO CASSOU BARBOSA
(RELATOR):

I - RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA E RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. EXAME EM CONJUNTO. IDENTIDADE DE MATÉRIAS

1. BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

A reclamada foi condenada ao pagamento de diferenças de adicional de insalubridade em razão da base de cálculo, devendo ser observado o salário normativo, com reflexos em férias com 1/3, 13ºs salários, horas extras, aviso-prévio e FGTS com 40%. Inconformada requer seja adotado o salário-mínimo nacional como base de cálculo do adicional de insalubridade.

Por seu turno, o reclamante pretende seja considerado, como base de cálculo do adicional de insalubridade, o salário básico. Invoca a Súmula nº 4



ACÓRDÃO
0110200-90.2009.5.04.0012 RO

Fl. 4

do STF. Requer, ainda, os reflexos do plus salarial deferido no adicional de insalubridade em razão da mudança da sua base de cálculo.

A definição do critério a ser adotado para fins de base de cálculo do adicional, por sua vez, deve ser pautada a partir da Súmula Vinculante nº 4 do STF, que veda a adoção do salário-mínimo para tal fim. Com fulcro no art. 8º da CLT, este Relator entende que, por analogia ao disposto no art. 193, § 1º, da CLT, a base de cálculo do adicional de insalubridade deve ser o salário contratual.

A Turma Julgadora, entretanto, majoritariamente, posiciona-se de forma distinta. Consigna o entendimento segundo o qual, enquanto o legislador não definir a nova base de incidência do adicional em epígrafe, o seu cálculo deve ser realizado sobre o salário-mínimo nacional.

Tendo em vista a base de cálculo ser o salário mínimo não há falar em reflexos do *plus* salarial no cálculo do adicional de insalubridade.

Assim, dou provimento ao recurso da reclamada, no aspecto, para determinar que as diferenças de adicional de insalubridade sejam apuradas com base no salário-mínimo nacional.

Nego provimento ao recurso do reclamante, inclusive quanto aos reflexos pretendidos.

2. ACÚMULO DE FUNÇÕES

O julgador *a quo* acolhe como verdadeiras as alegações da parte autora e declara que havia o acúmulo da função de Operador I com as tarefas de Operador II, Atendente, Estoquista, Garçom, Chapista, Grelhador, *Suschi Man*, Comprador, Operador de Balança e Limpeza. Condena a reclamada



ACÓRDÃO
0110200-90.2009.5.04.0012 RO

Fl. 5

ao pagamento de *plus* salarial, em valor equivalente a 10% sobre o salário contratual por cada função acumulada, com integrações em repousos e feriados, e, pelo aumento da média remuneratória, reflexos em horas extras, adicional noturno, aviso-prévio, férias com 1/3, 13ºs salários e FGTS com 40%.

A reclamada argumenta ser impossível acumular todas as funções, salientando que muitas, como a de *Sushi Man*, exigem conhecimentos específicos, só sendo exercidas por profissionais. Pondera que a confissão ficta aplicada não pode prevalecer sobre a prova documental existente nos autos.

O reclamante, a seu turno, requer seja majorado o percentual deferido, de 10% para 50% do salário mensalmente percebido para cada uma das funções acumuladas. Destaca o alto grau de responsabilidade, na medida em que acumulava funções complexas em diversas áreas, envolvendo operação de equipamentos, atendimento ao público, limpeza do setor, e, ainda, a realização de compras para, no mínimo, sete diferentes setores na empresa.

Não se adota no sistema legal brasileiro a contraprestação por serviço específico, restando remuneradas pelo salário todas as tarefas desempenhadas pelo empregado dentro da jornada de trabalho, desde que não exijam maior capacitação técnica ou intelectual. O art. 456 da CLT, em seu parágrafo único, é expresso ao determinar que *inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal.*

A compatibilidade das tarefas acumuladas, entretanto, pressupõe que não se exija do empregado maior qualificação ou responsabilidade para



ACÓRDÃO

0110200-90.2009.5.04.0012 RO

Fl. 6

agregar tarefas não inerentes à função contratada. Além disso, conforme entendimentos jurisprudenciais acerca da matéria, deve ser observado se houve alteração de função durante o período do contrato de trabalho, denominada como novação objetiva, ou se o empregado sempre realizou as atividades descritas com o dispêndio da mesma energia. Utilizando as máximas de experiência o Juízo pode, a partir do conjunto probatório, identificar a descaracterização da função original e a exigência superior à condição do contratado.

Quanto à confissão ficta aplicada à reclamada (ata de audiência da fl. 269), permite sejam tomadas por verdadeiras as alegações da inicial, desde que não infirmadas por prova em contrário. No caso, a prova oral seria de extrema relevância para dirimir as dúvidas inerentes ao pedido. Contudo, na audiência em que seriam ouvidas as partes e suas testemunhas, a reclamada não comparece.

Assim, diante da inexistência de outras provas e considerados os efeitos da confissão, no caso, acompanha-se a decisão de primeiro grau. No tocante ao percentual deferido, entendo de forma divergente à decisão recorrida. O acúmulo de funções requer uma grande disposição do obreiro de adaptação e desprendimento, e sobretudo, gera um acréscimo de responsabilidade, reduzindo, em contrapartida, o ônus que deveria ser suportado pelo empregador. Assim, por um critério de razoabilidade, acolho em parte o recurso do reclamante para majorar o percentual de 10% para 30% sobre o salário contratual por cada função acumulada.

Nego provimento ao recurso da reclamada.

Dou provimento parcial ao recurso do reclamante.



ACÓRDÃO
0110200-90.2009.5.04.0012 RO

Fl. 7

3. HORAS EXTRAS

A reclamada não se conforma com o pagamento de horas extras. Argumenta ter apresentado os cartões-ponto, recibos de pagamento e convenções coletivas, que demonstram a regularidade do procedimento adotado pela empresa referente à jornada de trabalho. Quanto ao regime compensatório, pondera que as disposições do art. 60 da CLT não prevalecem frente à Súmula nº 349 do TST. Com relação aos intervalos previstos na CLT, tanto os do art. 71 como os do art. 66, foram observados conforme consta dos cartões-ponto anexados. Igualmente em relação às horas noturnas, assevera a observância do adicional e da hora reduzida noturna.

O reclamante argumenta que o julgamento é *extra petita e citra petita*, na medida em que postula o pagamento de horas extras a partir da 8ª diária e da 44ª semanal, enquanto o julgador *a quo* examina a questão sob o enfoque do art. 60 da CLT, como se o pedido se baseasse na nulidade do regime compensatório, o que está completamente equivocado. Argumenta, ainda, que os instrumentos de controle da jornada de trabalho utilizados pela empresa apresentam-se imprestáveis, pois o horário efetivamente trabalhado não era registrado e os cartões-ponto eram constantemente manipulados. Invoca a confissão aplicada à reclamada. Requer, também, seja determinada a observância da hora reduzida noturna e do adicional noturno nas horas extras deferidas em face do descumprimento do intervalo interjornada. Quanto ao intervalo intrajornada, requer o pagamento integral de uma hora extra diária, em razão da concessão parcial do período para descanso e alimentação.

Os efeitos gerados pela confissão ficta quanto à matéria de fato, não



ACÓRDÃO

0110200-90.2009.5.04.0012 RO

Fl. 8

infirmada por prova em contrário, em especial os depoimentos que seriam prestados pelas partes e suas testemunhas, autorizam acolher a jornada de trabalho declinada na petição inicial: de domingo a domingo, das 7h às 20h, com 20 minutos de intervalo, e na última semana de cada mês, além da jornada normal, a participação de balanços que ocorriam das 21h às 9h, também com 20 minutos de intervalo.

Com relação ao regime compensatório, observa-se que a defesa da reclamada (letra "c", fls. 65-66) é no sentido de que as eventuais horas extras laboradas foram corretamente compensadas ou pagas com os adicionais devidos. Assim, ao examinar a questão, também, sob o enfoque da jornada compensatória, o julgador manteve-se adstrito aos limites traçados pelas partes, não se configurando julgamento *extra* ou *citra petita*.

Contudo, tendo em vista a nulidade do regime compensatório, de forma a não ser possível aferir a correção das horas compensadas com aquelas trabalhadas além da jornada normal, impõe-se acolher o pedido de pagamento de horas extras, assim consideradas as excedentes à 8ª diária e 44ª semanal.

Com relação aos reflexos, impõe-se reformar a decisão recorrida. Ressalvo a posição de que entendo devidas as repercussões oriundas das integrações das horas extras nos repousos semanais remunerados nas demais parcelas, pelo aumento da média remuneratória, a Turma, em sua composição majoritária, decide de forma distinta. Adotando a Orientação Jurisprudencial nº 394 da SBDI-1/TST, indefere as referidas repercussões, fundamentando que, do contrário, estar-se-ia desenhada a hipótese de *bis in idem*.

Especificamente ao intervalo interjornada não observado, a decisão



ACÓRDÃO
0110200-90.2009.5.04.0012 RO

Fl. 9

recorrida já contempla a pretensão, inclusive com esclarecimentos da sentença de embargos de declaração (item 2.2, fl. 305-v.).

Quanto ao intervalo intrajornada, tem razão o reclamante. De acordo com o art. 71 da CLT, nas jornadas excedentes de seis horas, o empregador deve conceder o intervalo de uma hora para descanso e alimentação. Prevê, ainda, o § 4º do mesmo dispositivo legal que, se o intervalo for suprimido, o empregador ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de, no mínimo, cinquenta por cento sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho. Esta Turma Julgadora firmou entendimento de que o direito abarca a hora integral, nos termos da O.J. nº 307 da SDI-I do TST. Assim, comprovado o trabalho no período destinado ao intervalo, faz jus o empregado ao pagamento da hora integral, com o acréscimo legal.

Dou provimento parcial ao recurso da reclamada para determinar que os reflexos das horas extras nos repousos semanais remunerados, férias com 1/3, natalinas, aviso-prévio, FGTS com 40%, ocorram de forma direta.

Dou provimento parcial ao recurso do reclamante para condenar a reclamada ao pagamento de horas extras, assim consideradas as excedentes à 8ª diária e 44ª semanal, mantidos os reflexos de forma direta, bem como os demais critérios quanto à jornada de trabalho arbitrada e adicionais; e acrescer o pagamento de uma hora extra diária pelo intervalo intraturno não usufruído integralmente, com os mesmos reflexos diretos das demais horas extras.

4. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

A reclamada insurge-se contra o pagamento de indenização por danos morais. Alega que as revistas eram realizadas sem que houvesse qualquer



ACÓRDÃO

0110200-90.2009.5.04.0012 RO

Fl. 10

contato físico com os empregados, e, portanto, inexistia constrangimento para o reclamante.

Por seu turno, o reclamante almeja majorar o *quantum* arbitrado de R\$ 5.000,00, por considerá-lo insuficiente para fins de reparação. Renova os argumentos postos na petição inicial, enfatizando a rotina adotada pela reclamada:

- a revista era diária, com apalpação de todo o corpo, incluindo as partes íntimas, o que era realizado ao lado do cartão-ponto dos empregados, ou seja, à vista de todos;
- solicitação para que o obreiro retirasse os sapatos;
- em algumas oportunidades, havia determinação para que se dirigisse ao vestiário e ficasse apenas de cueca (às vezes tendo que baixá-las), o que era presenciado por outros colegas.

A responsabilidade civil será imputada quando configurada a hipótese do art. 927 do Código Civil/02, *verbis*: *Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*

A indenização por dano moral, especificamente, decorre da lesão sofrida pela pessoa, em sua esfera de valores eminentemente ideais, como a dignidade, a honra, a imagem e a intimidade, conforme preceitua o art. 5º, X, da Constituição Federal.

Na forma do disposto nos arts. 818 da CLT e 333 do CPC, a prova incumbe a quem alega, cabendo à parte reclamante comprovar os fatos que teriam causado abalo de natureza subjetiva.

No caso, os fatos narrados e não infirmados por outro meio de prova,



ACÓRDÃO
0110200-90.2009.5.04.0012 RO

Fl. 11

constituem-se em total afronta aos direitos mínimos garantidos constitucionalmente, de modo a assegurar ao obreiro a indenização por dano moral.

O arbitramento da indenização por danos morais é tarefa de demasiada responsabilidade, sendo consenso que a dificuldade reside nos parâmetros utilizados para reparar a ofensa e punir o agressor. Não havendo tarifamento no ordenamento jurídico para a reparação pelos prejuízos causados ao ser humano em sua esfera subjetiva, o conjunto de sugestões trazidas pelos estudiosos do tema permite que se estabeleçam alguns critérios. Na fixação do *quantum* pode o Julgador considerar, entre outros, aspectos relacionados à intensidade da culpa, à relevância do bem jurídico protegido, ao grau de sofrimento de um homem médio em relação ao dano, aos reflexos do prejuízo na vida pessoal e social do lesado, bem como à situação econômica e social das partes envolvidas. O importante é a busca de uma forma equitativa para o cumprimento dessa tarefa. O Juiz tem o livre arbítrio de analisar as circunstâncias do caso de acordo com sua sensibilidade, bom senso e as máximas de experiência, expondo, enfim, o que entende como justo e razoável para compensar o prejuízo sofrido e reprimir a prática do ilícito.

Considerada a gravidade da conduta do empregador, o desrespeito à integridade física e moral do trabalhador, bem como o salário médio auferido (por volta de R\$ 600,00), o tempo de vigência do contrato de trabalho (de 08 de setembro de 2008 a 29 de outubro de 2009), acolhe-se o apelo do reclamante, para majorar o valor arbitrado pelo julgador *a quo*.

Nego provimento ao recurso da reclamada.

Dou provimento ao recurso do reclamante para majorar o valor da



ACÓRDÃO
0110200-90.2009.5.04.0012 RO

Fl. 12

indenização por danos morais em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

II - ITENS REMANESCENTES

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A recorrente insurge-se contra o pagamento dos honorários advocatícios, alegando inexistir base legal para o seu deferimento. Ressalta inexistir credencial sindical em favor dos procuradores do reclamante.

Entendo que a falta de credencial sindical não constitui óbice ao deferimento de honorários assistenciais/advocatícios. Na esteira do previsto no art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, é aplicável à questão o disposto na Lei nº 1.060/50, que assegura o acesso dos necessitados ao Judiciário sem qualquer ônus, inclusive dispensando-os do pagamento de custas, honorários assistenciais e qualquer outra despesa processual, bastando para tanto a declaração da situação econômica que não permita seja tal despesa arcada sem prejuízo do sustento próprio ou da família (art. 2º, parágrafo único, c/c o art. 11).

Da mesma forma, a condenação ao pagamento da verba honorária decorre do previsto na Lei nº 5.584/70 e no diploma processual civil, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho. Todo o cidadão trabalhador tem o direito de acessar a Justiça do Trabalho, independentemente do seu advogado possuir credencial sindical. A assistência judiciária é um direito assegurado constitucionalmente, sendo este um dever do Estado. Por esta razão, entendo superada a norma legal que exigia a apresentação da credencial sindical para a concessão da assistência judiciária na Justiça do Trabalho.



ACÓRDÃO
0110200-90.2009.5.04.0012 RO

Fl. 13

A Turma, entretanto, em sua composição majoritária, revendo o posicionamento que vem adotando no sentido de desconsiderar a credencial sindical para o reconhecimento do direito, passa a seguir a mais recente orientação do TST. Ao atribuir nova redação ao item II e inserir o item III na Súmula 219, o TST não fez qualquer revisão quanto à necessidade de assistência sindical para a concessão dos honorários. Assim, são devidos os honorários somente nas hipóteses em que juntada a credencial do sindicato da categoria profissional, ressalvado o entendimento deste Relator.

No caso, não há a credencial sindical nos autos, razão pela qual não é devida a verba honorária.

Dou provimento para excluir da condenação o pagamento dos honorários de assistência judiciária.

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE

1. CONVENÇÕES COLETIVAS APLICÁVEIS. ADICIONAL DE HORAS EXTRAS

O reclamante requer sejam observados os adicionais de horas extras de 50% e 100% previstos nas Convenções Coletivas de Trabalho juntadas nas fls. 39-48.

Quanto aos adicionais normativos a serem aplicados, acompanha-se a decisão recorrida no sentido de que a reclamada preponderantemente comercializa produtos no setor varejista e não atacadista, a despeito de também se dedicar ao comércio atacadista.

Neste sentido, esta Turma já se posicionou no julgamento do processo nº 0076500-14.2009.5.04.0016, da lavra da Desa. Carmen Gonzalez, acórdão



ACÓRDÃO

0110200-90.2009.5.04.0012 RO

Fl. 14

publicado em 07 de abril de 2001; bem como no processo nº 0000279-59.2010.5.04.0014, da lavra do Dese. João Alfredo Borges Antunes de Miranda, acórdão publicado em 13 de outubro de 2011.

Nada a modificar.

2. SÚMULA Nº 60 DO TST

O recorrente não se conforma o indeferimento do pagamento de adicional noturno quando prorrogada a jornada de trabalho além das 05 horas da manhã. Invoca a Súmula nº 60 do TST.

O trabalho no período considerado noturno, das 22h às 5 h, tem a hora reduzida fictamente para 52 minutos e 30 segundos, tendo em vista a penosidade que representa para o trabalhador, sendo remunerado com o adicional noturno, conforme disposições do art. 73 da CLT. Dessa forma, a prorrogação da jornada de trabalho noturno para além das 5 h é tão ou mais penosa, devendo as horas prestadas em continuidade e após este horário merecer o mesmo tratamento legal conferido às horas noturnas. Incide, na espécie, o preceito vertido no art. 73, § 5º, da CLT, bem como o item II da Súmula nº 60 do TST.

O trabalho em horário misto não descaracteriza o direito.

Dou provimento para determinar o pagamento do adicional noturno sobre as horas prorrogadas além das 05h da manhã.

JUIZ CONVOCADO RICARDO HOFMEISTER DE ALMEIDA MARTINS COSTA:

Indenização por dano moral. Divirjo. Relator majora a indenização para R\$



ACÓRDÃO
0110200-90.2009.5.04.0012 RO

Fl. 15

30.000,00. Entendo que o valor arbitrado na sentença em R\$ 5.000,00, é judicioso e semelhante com o que a jurisprudência tem fixado a casos semelhantes envolvendo o mesmo empregador e prática do mesmo ato lesivo. Neste caso, entendo que se deva manter o valor arbitrado pelo juiz do caso, porque judicioso e equitativo com o que a jurisprudência tem arbitrado em casos semelhantes, como se vê precedentes RO 00986.2004-102.04.00-9 da 1ª turma Rel. Des. Ione Salin Gonçalves e RO 0000279.59.2010.5.04.0014, desta 9ª turma, rel Des. João Alfredo Borges de Miranda. A sentença fixou em R\$ 5.000,00, valor que mantenho por judicioso e razoável.

JUIZ CONVOCADO FERNANDO LUIZ DE MOURA CASSAL:

Acompanho a divergência.

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADOR CLÁUDIO ANTÔNIO CASSOU BARBOSA
(RELATOR)

JUIZ CONVOCADO RICARDO HOFMEISTER DE ALMEIDA MARTINS
COSTA

JUIZ CONVOCADO FERNANDO LUIZ DE MOURA CASSAL