



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região

Recurso Ordinário Trabalhista 0000735-31.2022.5.23.0023

Relator: JULIANO PEDRO GIRARDELLO

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 06/09/2023

Valor da causa: R\$ 298.573,88

Partes:

RECORRENTE: JAIRO GOMES DA SILVA

ADVOGADO: ALLINE PANIAGO MIRANDA DOS SANTOS

RECORRENTE: TOMBINI & CIA. LTDA.

ADVOGADO: RUDIMAR ROBERTO BORTOLOTTO

RECORRIDO: JAIRO GOMES DA SILVA

ADVOGADO: ALLINE PANIAGO MIRANDA DOS SANTOS

RECORRIDO: TOMBINI & CIA. LTDA.

ADVOGADO: RUDIMAR ROBERTO BORTOLOTTO



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 23ª REGIÃO
2ª Turma

PROCESSO nº 0000735-31.2022.5.23.0023 (ROT)

RECORRENTE: JAIRO GOMES DA SILVA, TOMBINI & CIA. LTDA.

RECORRIDO: JAIRO GOMES DA SILVA, TOMBINI & CIA. LTDA.

RELATOR: Juiz Convocado Juliano Girardello

EMENTA

RECURSO DA RECLAMADA. COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. IRREGULARIDADE. O art. 625-D da CLT é expresso no sentido de que a CCP deve ser na localidade da prestação de serviço. Ademais, ressalte-se que a localidade da prestação de serviço corresponde ao local em que surgiu a lide trabalhista, sendo, portanto, mais adequado para tentar promover a conciliação. **Recurso da reclamada não provido, no particular.**

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima indicadas.

A Excelentíssima Juíza do Trabalho **Karina Correia Marques Rigato**, titular da egrégia 3ª Vara do Trabalho de Rondonópolis, por meio da sentença de ID. e972b19, cujo relatório adoto, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na petição inicial para condenar a reclamada ao pagamento de 13º salário proporcional a 3/12 de 2022, férias integrais vencidas mais 1/3 do período aquisitivo 2020/2021 mais 1/3, férias proporcionais a 9/12 mais 1/3, multa do art. 477 da CLT, horas extras com adicional de 50% mais reflexos, adicional noturno mais reflexos e honorários sucumbenciais. Determinou a dedução de R\$ 8.000, 00 (oito mil reais) referente ao valor já recebido pelo reclamante. Deferiu os benefícios da justiça gratuita ao reclamante.

O reclamante interpôs recurso ordinário (ID. 6074e03), objetivando a reforma parcial da r. sentença.

A reclamada, por sua vez, também interpôs recurso ordinário (ID. 01d1054) com o intuito de reformar a sentença. Comprovaram devidamente o preparo, conforme ID. ba35bf5 e ID. ad1231b.



Contrarrazões da parte reclamada sob o ID. 23e6500. Contrarrazões do reclamante sob o ID. b0bb6fe.

Dispensada a manifestação do Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 51 do Regimento Interno desta Corte.

Em síntese, é o relatório.

ADMISSIBILIDADE

RECURSO DO RECLAMANTE

INOVAÇÃO RECURSAL. PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE PAGAMENTO DE DIÁRIAS E CESTAS BÁSICAS COM FULCRO EM NORMA COLETIVA DIVERSA. VERBAS DECORRENTES DA NULIDADE DOS HOLERITES. TEMPO DE ESPERA

O reclamante, em sua peça exordial, requer o pagamento de cestas básicas e diárias com fundamento em normas coletivas, o qual foi indeferido pela sentença guerreada, ao argumento de que o fato de a reclamada possuir filial em Cuiabá/MT não leva a incidência das normas coletivas acostadas aos autos pelo reclamante, uma vez que as mencionadas normas não abrangem Cuiabá /MT.

Nesse contexto, além do pedido de reforma do julgado, o reclamante em seu apelo formula pedido subsidiário de pagamento de diárias e cestas básicas com fulcro nas Convenções Coletivas de Santa Catarina.

Dessa feita, o recurso obreiro não comporta conhecimento, no particular, em vista da clara inovação recursal.

Ademais, o reclamante aduz que em decorrência da declaração de nulidade dos holerites, a reclamada deve ser condenada ao pagamento de 13º salário, férias mais 1/3, FGTS mais multa de 40% proporcional relativa a integralização de mais R\$ 2.000,00 (dois mil reais) por mês durante o período contratual em razão da falsidade das verbas constantes nos holerites, como diárias e premiação, as quais devem ser consideradas como de natureza salarial.

Observo que o reclamante não elaborou tal pleito em sua peça exordial, a qual tratou apenas do valor real do salário percebido.



Na petição inicial, o reclamante requer que seja considerada a média salarial de R\$ 4.500, 00, a sentença recorrida deferiu o pleito, conforme o que segue: "*reconheço que as rubricas pagas nos holerites remuneraram apenas o salário base do autor, de modo que o total de proventos bruto representa o salário base do autor, uma vez que as demais verbas descritas eram fictícias*" (ID. e972b19 - Pág. 11). Além disso, de acordo com o histórico salarial de ID. 122c5a7 - Pág. 3, verifico que a d. Contadoria atendeu ao que foi definido na sentença.

Desse modo, não há omissão da sentença, a qual somente se limitou a julgar os pedidos que lhe foram submetidos.

Diante da ausência de pedido de pagamento de décimo terceiro salário, férias mais 1/3, e FGTS mais multa de 40% proporcional calculados com base no salário bruto, resta patente a inovação recursal.

Por fim, quanto aos períodos em que o reclamante esteve em viagem, mas que não teriam sido registrados nas papeletas, como o tempo de espera em hotel, "pare e siga", engarrafamentos, acidentes, posto fiscal e abastecimento, vale dizer que também não formulou tal pedido em sua peça inicial, pelo contrário, declarou expressamente que não estava pleiteando o tempo de espera, *in verbis*:

"Registra-se que **não foi cobrado tempo de espera, pois a jornada supracitada corresponde apenas ao tempo de viagem**, ou seja, tempo de efetivo trabalho, e não ao horário de carregamento ou descarregamento, que são remuneradas de forma diferente (30% da hora trabalhada de forma indenizada) pois havia na empresa "manobra terceirizada" para fazer este trabalho, e eventualmente quando o autor auxiliava no carregamento não anotava na papeleta por determinação da ré." (ID. 8509d6b - Págs. 21-22) (grifos acrescidos)

Isso é corroborado em sua impugnação à contestação, na qual afirma:

"**Não há pedido de indenização de tempo de espera** nos termos do artigo 235C, nem pedido de indenização de horas sobreaviso (artigo 244, §2º) ou de prontidão, sendo o tempo que o reclamante esteve sobreaviso/à disposição/prontidão do empregador, nos dias ausência de anotação, o que não e confunde com folga, foi considerado hora normal trabalhada sem acréscimo de qualquer adicional.

O tempo de espera não é pleiteado nem computado, nem anotado na papeleta, pois há manobra terceirizada para fazer o carregamento e descarregamento." (ID. 9126afa - Pág. 32) (grifos acrescidos)



Desse modo, não há falar em aplicação do entendimento firmado na ADI 5.322, visto que o aludido pedido não pode ser admitido em razão da vedação à inovação recursal.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DESONERAÇÃO DA FOLHA. AUSÊNCIA DE INTERESSE

Não conheço do recurso obreiro, à míngua de interesse, porquanto o regime de desoneração previdenciária instituído pela Lei nº 12.546/2011 é aplicável às contribuições previdenciárias patronais.

Conclusão da admissibilidade

Presentes, quanto ao mais, os pressupostos processuais de admissibilidade, conheço parcialmente do recurso ordinário interposto pelo reclamante e integralmente do recurso ordinário da reclamada, bem como das respectivas contrarrazões.

MÉRITO

RECURSO DO RECLAMANTE

PRELIMINAR. IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE AUTENTICAÇÃO

O reclamante argui preliminar de irregularidade de representação processual sob o fundamento de que os documentos juntados pela reclamada com a contestação (procuração, contrato social, etc.), não foram autenticados e nem foi proferida a declaração de autenticidade, nos termos do art. 830 da CLT. Diante disso, requer o não conhecimento da defesa e dos documentos apresentados, bem como o reconhecimento da confissão, com presunção de veracidade para os fatos alegados na petição inicial.

Contudo, em se tratando de processo eletrônico, não há necessidade de autenticação das peças, conforme o disposto no art. 11 da Lei nº 11.419/2016:



Art. 11. Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais.

§ 1º Os extratos digitais e os documentos digitalizados e juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas autoridades policiais, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos e privados têm a mesma força probante dos originais, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização.

§ 2º A argüição de falsidade do documento original será processada eletronicamente na forma da lei processual em vigor.

§ 3º Os originais dos documentos digitalizados, mencionados no § 2º deste artigo, deverão ser preservados pelo seu detentor até o trânsito em julgado da sentença ou, quando admitida, até o final do prazo para interposição de ação rescisória.

(...)

Assim, não se tratando de alegação motivada e fundamentada de adulteração dos documentos apresentados pela parte reclamada, a mera ausência de autenticação não é suficiente para invalidar os documentos acostados aos autos, motivo pelo qual não há falar em irregularidade da representação processual.

Rejeito a preliminar.

RECURSO DA RECLAMADA

COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. TERMO DE QUITAÇÃO PERANTE A CCP

A reclamada insurge-se contra a sentença de origem que declarou nulo o acordo realizado perante a Comissão de Conciliação Prévia - CCP.

A reclamada entende que o reclamante foi alertado acerca do alcance e amplitude do acordo na CCP, sobre sua quitação, bem como estava representado por advogado. Além disso, sustenta que o juízo não valorou adequadamente as provas dos autos e aplicou o art. 625-D de forma isolada, o que contraria a necessidade de leitura conjunta do Título VI-A da CLT, inclusive considerando a abrangência sindical.

Analiso.



O art. 625-A da CLT dispõe que as empresas e os sindicatos podem instituir comissões de conciliação prévia, de composição paritária, com representantes dos empregados e dos empregadores, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho.

De acordo com o art. 625-B celetista, a empresa poderá constituir, unilateralmente, a comissão dentro do próprio estabelecimento, cabendo ao sindicato da categoria profissional a fiscalização da eleição dos representantes dos empregados.

Dispõe o art. 625-D da CLT:

"Art. 625-D. Qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, **na localidade da prestação de serviços**, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria. (destaquei)

§ 1º A demanda será formulada por escrito ou reduzida a termo por qualquer dos membros da Comissão, sendo entregue cópia datada e assinada pelo membro aos interessados."

Adoto o mesmo posicionamento da magistrada singular, tendo em vista que o texto celetista é expresso no sentido de que a CCP deve ser na localidade da prestação de serviço. Ademais, ressalte-se que a localidade da prestação de serviço corresponde ao local em que surgiu a lide trabalhista, sendo, portanto, mais adequado para tentar promover a conciliação.

Colho da jurisprudência do C. TST no mesmo sentido:

"I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - REGÊNCIA PELA LEI Nº 13.015/2014 - COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. CONCILIAÇÃO REALIZADA EM LOCALIDADE DIVERSA DO LOCAL DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. Constatada violação do artigo 625-D da CLT, merece provimento o agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento a que se dá provimento. II - RECURSO DE REVISTA - REGÊNCIA PELA LEI Nº 13.015/2014 - COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. CONCILIAÇÃO REALIZADA EM LOCALIDADE DIVERSA DO LOCAL DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. O artigo 625-D da CLT dispõe que "Qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria". Dessa forma, **a atuação das Comissões de Conciliação Prévia deve se restringir à localidade em que instituídas**. Julgados . Recurso de revista conhecido e provido" (RR-73000-07.2007.5.01.0205, 8ª Turma, Relator Ministro Marcio Eurico Vitral Amaro, DEJT 29/04/2019). (destaquei)

"RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. CONCILIAÇÃO REALIZADA EM LOCALIDADE DIVERSA DO LOCAL DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. INVALIDADE DO ACORDO FIRMADO. 1. Discute-se o acerto da decisão proferida que, por reconhecer a validade do acordo celebrado perante Comissão de Conciliação Prévia, extinguiu o feito, com resolução do



mérito, dando por quitadas as verbas trabalhistas. Consta de particular, na hipótese, a circunstância de o acordo ter sido celebrado perante a Câmara Intersindical de Conciliação Trabalhista do Comércio de São Paulo, embora o último local de trabalho tenha sido a cidade de Florianópolis. 2. A tese adotada pelo Colegiado de origem é de inexistir óbice legal para que as partes resolvam transacionar direitos em Comissão de Conciliação Prévia instituída em local diverso daquele da prestação dos serviços, destacando que o autor, por determinado período - há mais de duas décadas antes do fim do contrato -, também prestou serviços no Estado de São Paulo. 3. O art. 625-D da CLT estabelece que "Qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria". Portanto, **o âmbito de atuação das Comissões de Conciliação Prévia deve ficar restrito à localidade em que instituídas, não sendo lícito se proceder à tentativa de conciliação dos conflitos de trabalho ocorridos em base territorial diversa.** 4. Quanto ao caso presente, compreende-se que **a Comissão de Conciliação Prévia que teria atribuição para analisar a demanda é aquela instituída na cidade em que o reclamante prestou seus últimos anos de serviço, já que é nesta localidade em que surgiu, em essência, o conflito de trabalho existente.** Assim, constata-se que a Comissão de Conciliação Prévia onde se firmou o acordo ultrapassou os limites territoriais de sua atuação, razão por que não há como reputar válido o acordo lá firmado. 5. Configurada a violação do art. 625-D da CLT. Recurso de revista conhecido e provido" (RR-523700-79.2009.5.12.0031, 1ª Turma, Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, DEJT 09/03 /2018). (destaquei)

Todavia, ainda que se acolha a tese de regularidade de criação e funcionamento da CCP da empresa recorrente, outra nulidade impede a validação judicial do acordo firmado pela comissão de conciliação prévia.

As provas testemunhais produzidas nos autos demonstraram as diversas irregularidades, conforme consignou a d. magistrada singular e cujo fundamentos adoto:

"(...) as provas testemunhais confirmaram a tese da exordial de que só conheceram a advogada que os representou no próprio dia em que compareceram à CCP, que a custeou as despesas de passagens e hotel até a cidade de Chapecó/SC, que não leram a ata no momento da assinatura do acordo, que era prática comum da empresa proceder às rescisões contratuais apenas através da CCP e, principalmente, que a submissão à CCP era condição para recebimento das verbas rescisórias."

(...)

Por seu turno, as testemunhas produzidas pelo reclamado não se mostraram suficientes para infirmar as conclusões acima, pelo contrário, corroboraram que a advogada que patrocinou os trabalhadores não fora por eles contratada, que o celular fica desligado durante as sessões da câmara de conciliação, além de não terem conhecimento específico quanto ao termo do reclamante, haja vista que a única testemunha que tratou do tema, Sr. MARCELO ROQUE PEGORARO, sequer participou da audiência realizada com o reclamante, visto que consta na ata de ID 55e47c1 - Pág. 25 os conciliadores ROSELI FLORES DA CUNHA e ALMERI DEDONATO. (ID. e972b19 - Pág. 6 e 8)

Rememore-se, ainda, que a CCP não pode atuar como instrumento de violação de direitos dos trabalhadores, compactuando com o desvirtuamento da ordem legal, mormente



porque, a teor do disposto no art. 9º da CLT, "serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação".

Assim, mantenho a sentença que não reconheceu os efeitos do acordo realizado pelas partes perante a CCP, nem mesmo para fins de quitação das parcelas ali discriminadas, mas tão somente aos valores recebidos pelo reclamante.

Nego provimento.

VERBAS RESCISÓRIAS

A reclamada alega que não são devidas as verbas rescisórias objeto da condenação, uma vez que o reclamante efetivou pedido de demissão (ID. b2a36e1), devendo ser reformada a espécie de rescisão reconhecida pelo juízo.

Pois bem.

Sem razão a reclamada, tendo em vista que diante de todos os elementos probatórios produzidos nos autos, coloca-se em dúvida a veracidade de que houve manifestação de vontade livre e espontânea em firmar o referido documento.

Ora, a própria narrativa defensiva da reclamada contradiz o suposto pedido de demissão, visto que a conciliação promovida perante a CCP teria ocorrido por causa de suposta lide, demonstrada pela reclamação trabalhista de ID. 61c2d5e (Págs. 2-15), em que o obreiro requer a rescisão indireta.

Além disso, no próprio TRCT juntado pela reclamada consta a modalidade de rescisão como sendo dispensa sem justa causa (ID. 9861d0d - Pág. 1).

Nego provimento.

MULTA DO ART. 477 DA CLT

A sentença condenou a reclamada ao pagamento da multa do art. 477 da CLT, "haja vista que as verbas rescisórias tidas por incontroversas (pretenso acordo na CCP) foram pagas mais de 10 dias após a efetiva dispensa" (ID. e972b19 - Pág. 9).



A reclamada aduz que o acordo firmado na CCP ("Concilia") ocorreu em 24/03/2022, enquanto o pagamento se deu em 25/03/2022, bem como o TRCT foi homologado pelo sindicato dos trabalhadores da categoria. Assim, não teria ocorrido atraso no pagamento das verbas rescisórias, portanto, indevida a multa do art. 477 da CLT.

Sem razão.

Diante da manutenção da sentença de piso acerca da data de encerramento do contrato de trabalho, que reconheceu que tal teria ocorrido, em verdade, em fevereiro de 2022 e considerando que o pagamento das verbas rescisórias ocorreu apenas em 25/03/2022, devida a multa do art. 477 da CLT.

Nego provimento.

REMUNERAÇÃO

A reclamada se insurge em face da sentença aduzindo que "todas as parcelas salariais devidas e pagas ao Recorrente eram devidamente contabilizadas em suas folhas de pagamento, jamais recebendo salário fixo + comissão, além de os prêmios eventualmente pagos possuírem natureza indenizatória" (ID. 01d1054 - Pág. 14-15).

Examino.

Sigo o entendimento adotado pela d. magistrada singular de que a prova testemunhal produzida nos autos demonstra que os holerites não são fidedignos.

Com efeito, a testemunha, Rodinelli Ramos David, arrolada pelo reclamante, cujo depoimento foi produzido nos autos do processo nº 0000241-69.2022.5.23.0023, testificou que:

"(...) o salário combinado com o depoente era de R\$ 3.500,00 mais R\$ 700,00 de premiação; sabe que houve o mesmo combinado com os demais motoristas; que a premiação decorria de respeito ao limite de velocidade e da produção média do caminhão; como eram muitos motoristas e muitos caminhões, com dificuldade de pleno controle, a reclamada pagava o mesmo valor a todos; que havia revezamento entre os motoristas, de modo que um ia até o destino e o outro voltava; que nunca ouviu falar sobre comissões ou operação HOTSEAT;" (ID. 51d86d8 - Pág. 4). (destaquei)



Ademais, vieram aos autos outros depoimentos que enriquecem o conjunto probatório acerca da natureza da remuneração do reclamante:

DIONE ALVES MEDEIROS: "(...) Era motorista de caminhão, recebia R\$ 3.500,00 mais premiação de velocidade e média (R\$ 700,00), que constava no holerite esse valor. A empregava hotel mas **não pagava diária**. (...) **Houve questionamento sobre diárias com o Guilherme a empresa não pagava dizendo que já estava incluído no salário. Todo mundo recebia a premiação da empresa.** Não havia banco de horas. Quando ficava em casa a empresa orientava para haver ingestão de bebidas alcoólicas. Não tinha folgas, **não tinha diária e não tinha pagamento de hora extras.**" (ID. af96cb5 - Págs. 4-5). (destaquei)

CARLOS ANTÔNIO SANTOS MELO: "(...) O salário de R\$ 3.500,00 mais R\$ 700,00 de premiação (economia de combustível e velocidade), depositados em conta. **Não recebia diária**, a empresa só pagava hotel. (...) **O prêmio era pago a todos os motoristas(...)**". (ID. af96cb5 - Pág. 5); (destaquei)

Veja-se que as testemunhas negam o pagamento de verbas constantes nos holerites, a exemplo de horas extras e diárias, o que compromete a veracidade das informações ali constantes.

Outrossim, há reiteradas afirmações testemunhais no sentido de existir verba a título de premiação. Todavia, as mesmas testemunhas indicam que a referida verba era paga para todos os motoristas, sem distinção. Assim, a despeito das alegações da reclamada, também indicam "salário disfarçado".

Desse modo, os elementos probatórios presentes nos autos demonstram que os holerites são inidôneos, razão pela qual não merece reparo a sentença também no particular.

Nego provimento.

HORAS EXTRAS E NOTURNAS. NATUREZA JURÍDICA.

Aduz a reclamada que as horas extras e noturnas praticadas pelo reclamante eram eventuais e variáveis, não podendo ocorrer integração por ausência de habitualidade. Logo, não há razão no deferimento dos reflexos.

Subsidiariamente, requer a dedução dos dias em que teve a compensação de jornada, bem como a observância da Súmula nº 340 do C. TST para os períodos em que o obreiro laborou como comissionista.



Ademais, defende que os reflexos do DSR provenientes de horas extras representam bis in idem, conforme OJ nº 394, da SDI-1, do C. TST.

Analiso.

Conforme se observa da planilha de cálculos que acompanha a sentença (ID. 122c5a7), foram verificadas horas extras e noturnas ao longo de toda a contratualidade, não havendo falar em ausência de habitualidade.

Ademais, não se aplica a Súmula nº 340 do C. TST ao presente caso, tendo em vista que ficou definido em outro tópico desse julgado que o obreiro não laborou como comissionista, uma vez que as comissões consistiam em salário disfarçado.

Contudo, no tocante aos reflexos do DSR, com razão está a reclamada.

Recentemente, o C. TST alterou a redação da OJ nº 394 da SBDI-I passando a ter a seguinte redação:

REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. INTEGRAÇÃO DAS HORAS EXTRAS. REPERCUSSÃO NO CÁLCULO DAS FÉRIAS, DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO, AVISO PRÉVIO E DEPÓSITOS DO FGTS.

I. A majoração do valor do repouso semanal remunerado decorrente da integração das horas extras habituais deve repercutir no cálculo, efetuado pelo empregador, das demais parcelas que têm como base de cálculo o salário, não se cogitando de bis in idem por sua incidência no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS.

II. O item I será aplicado às horas extras trabalhadas a partir de 20.03.2023.

Dessa forma, verifico que em razão da modulação dos efeitos (inciso II) a nova redação não se aplica ao presente caso, uma vez que as horas extras realizadas ocorreram em momento anterior ao marco temporal definido.

Portanto, devem ser retificados os cálculos para que exclua da base de cálculos o DSR de outras verbas trabalhistas, tendo em vista o teor da redação anterior do enunciado da OJ nº 394 da SBDI-I do C. TST, vigente no momento da ocorrência dos fatos.

Dou parcial provimento.

CÁLCULOS DE LIQUIDAÇÃO



A reclamada impugna o valor dos cálculos de liquidação, alegando que a Contadoria incluiu, indevidamente, na base de cálculo das horas extras o adicional noturno. Aduz que não foi deferido reflexos do adicional noturno nas horas extras.

Ademais, afirma que as custas judiciais foram calculadas sobre o total bruto devido ao reclamante mais os honorários de sucumbência. Sustenta que o correto seria que as custas judiciais fossem calculadas com base apenas no total bruto devido ao reclamante.

Decido.

Escorreta a sentença ao determinar a inclusão do adicional noturno na base de cálculo das horas extras, posto que em conformidade com o disposto na Súmula nº 60 do C. TST.

Desse modo, fazendo jus o reclamante ao adicional noturno durante o período do vínculo, referida parcela integra o salário do empregado para todos os efeitos legais.

Sobre as custas processuais, ressalto que o art. 789, inciso I, da CLT é expresso em determinar que o valor das custas é calculado com base no valor da condenação.

Nego provimento.

RECURSO DO RECLAMANTE

DIÁRIAS DE VIAGEM E CESTA BÁSICA. ENQUADRAMENTO

SINDICAL

A r. sentença registrou que o reclamante integra categoria profissional diferenciada e entendeu, em relação à territorialidade, que deve ser aplicada a norma coletiva aplicável à matriz ou filial em que estava subordinado, uma vez que o empregador somente está obrigado a observar as normas coletivas em que participou das negociações, nos termos da Súmula nº 374 do C. TST (ID. e972b19 - Pág. 12).

Ademais, a sentença consignou que o fato de a reclamada possuir filial em Cuiabá/MT não atrai a incidência das normas coletivas juntadas aos autos pelo reclamante, tendo em vista que tais normas não abrangem a capital do Estado do Mato Grosso.



O reclamante aduz que devem ser aplicadas as Convenções Coletivas de Trabalho que juntou aos autos porque o enquadramento sindical ocorre de acordo com a atividade da empresa e o local da prestação do serviço. Desse modo, entende que a reclamada não pode alegar ausência de participação na negociação coletiva em razão da compulsoriedade do enquadramento sindical. Assim, pugna pela reforma da sentença para que seja concedido o pagamento de diárias de viagem e cestas básicas previstas nas normas coletivas.

Examino.

O enquadramento sindical do trabalhador é regido pela atividade preponderante do empregador (art. 511 da CLT), e não pela função exercida pelo empregado (arts. 570 e 577 da CLT), ainda que tal atividade conste, também, como objeto social da empresa.

É pacífico na doutrina e na jurisprudência pátrias que a atividade preponderante da empresa é a que determina o correto enquadramento sindical da categoria, pois, em se entendendo de maneira diversa, haveria inúmeras representações decorrentes de cada atividade necessária ao funcionamento da empresa.

Nesse passo, o que deve ser considerada, inequivocamente, é a atividade preponderante da empresa, especialmente da matriz, e não a segmentada em cada um de seus estabelecimentos, desde que concorram para seu objeto final.

Nesse sentido, inclusive, já se manifestou o C. TST, igualmente considerando o empregado pertencente à categoria diferenciada:

"AGRAVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DAS LEIS 13.015/2014 E 13.467/2017. ENQUADRAMENTO SINDICAL. FARMACÊUTICO. CATEGORIA DIFERENCIADA. NORMAS COLETIVAS. SÚMULA 374/TST. **Nos termos da Súmula 374 do TST, "empregado integrante de categoria profissional diferenciada não tem o direito de haver de seu empregador vantagens previstas em instrumento coletivo no qual a empresa não foi representada por órgão de classe de sua categoria"**. No caso concreto, incontroverso nos autos que a Reclamada não foi representada pelo sindicato de sua categoria econômica nas negociações para elaboração das normas coletivas da categoria diferenciada dos vigilantes que o Reclamante pretende ver observadas. Assim sendo, o Tribunal Regional, ao determinar a aplicação das respectivas regras coletivas, proferiu decisão em contrariedade ao referido verbete sumular. Julgados desta Corte. Assim sendo, a decisão agravada foi proferida em estrita observância às normas processuais (art. 557, *caput*, do CPC/1973; arts. 14 e 932, IV, "a", do CPC/2015), razão pela qual é insuscetível de reforma ou reconsideração. Agravo desprovido. (Ag-ED-RR-11644-14.2017.5.03.0105, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 20/04/2023). (destaquei)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. NORMA COLETIVA APLICÁVEL. ENQUADRAMENTO SINDICAL. ATIVIDADE PREPONDERANTE



DA EMPRESA. 1. O Tribunal Regional adotou o entendimento de que a atividade preponderante - a definir o enquadramento sindical - é a da empresa, e não a de cada uma de suas filiais. Registrou, com efeito, que pelo -fato de a Empresa se evidenciar por dois ou mais estabelecimentos matriz e filial, em localidades diversas, cada um cumprindo parte de seu objeto social, não há que se falar em duplicidade ou multiplicidade de atividade preponderante, nem regramento coletivo diferenciado, uma vez que a atividade preponderante é da Empresa e não de cada um dos seus estabelecimentos-. Assim, tendo em vista que, no caso, -a atividade preponderante industrial da Empresa restou comprovada-, concluiu serem inaplicáveis as normas coletivas firmadas pela Federação do Comércio no Estado de Sergipe. 2. O entendimento encampado pela Corte de origem não enseja ofensa à letra do art. 581, § 1º, da CLT (-§ 1º Quando a empresa realizar diversas atividades econômicas, sem que nenhuma delas seja preponderante, cada uma dessas atividades será incorporada à respectiva categoria econômica, sendo a contribuição sindical devida à entidade sindical representativa da mesma categoria, procedendo-se, em relação às correspondentes sucursais, agências ou filiais, na forma do presente artigo.-), já que, a teor do acórdão recorrido, não se trata de empresa que realiza diversas atividades econômicas sem que nenhuma delas seja preponderante, mas sim de empresa que possui como atividade preponderante a industrial. 3. Ileso, ainda, o art. 511, 3º, da CLT (-§ 3º Categoria profissional diferenciada é a que se forma dos empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares.-), uma vez que o Colegiado de origem não deixou de reconhecer que se trata de empregado integrante de categoria profissional diferenciada. Registrou, ao revés, -indene de dúvida que o Autor integra uma categoria diferenciada, a de vendedor-. Considerou, contudo, amparado na diretriz da Súmula 347/TST, -que tal circunstância não enseja a obrigação de o Empregador aplicar disposições contidas em Normativo Coletivo no qual a Empresa não foi representada por órgão de classe de sua categoria-. 4. Os arestos trazidos a cotejo de teses desservem ao processamento da revista, ora por desatenção à Súmula 337, I, -a-, do TST, ora porque provenientes de órgãos não previstos no art. 896, -a-, da CLT. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (AIRR - 1481-57.2010.5.20.0004, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 05/02/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/02/2014)"

E assim não poderia deixar de ser, porquanto aqui também se amolda a ideia de que não se trata de empresa que comporta diversas atividades econômicas sem que uma seja preponderante.

Dessa forma, as normas coletivas aludidas pelo reclamante não se aplicam ao contrato de trabalho em debate, uma vez que convencionadas com entidades sindicais ilegítimas para representar os interesses da categoria econômica integrada pela reclamada (art. 8º, III da CF).

Por todo o exposto, e como reforço, amolda-se perfeitamente ao particular a disciplina da Súmula nº 374 do C. TST:

NORMA COLETIVA. CATEGORIA DIFERENCIADA. ABRANGÊNCIA (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 55 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. Empregado integrante de categoria profissional diferenciada não tem o direito de haver de seu empregador vantagens previstas em instrumento coletivo no qual a empresa não foi representada por órgão de classe de sua categoria. (ex-OJ nº 55 da SBDI-1 - inserida em 25.11.1996)



Ora, não se pode obrigar a empresa reclamada a cumprir normas coletivas nas quais não foi devidamente representada, não tendo, portanto, firmado o compromisso de obrigatoriedade.

Isso porque o art. 611 da CLT dispõe que as condições estipuladas nas convenções coletivas são aplicáveis apenas às relações individuais de trabalho, no âmbito de abrangência dos sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais, subscritores do acordo de caráter normativo.

Por todo o exposto, mantenho a sentença nos termos em que proferida, não havendo falar em retificação do julgado.

Nego provimento.

HOLERITES. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO

O reclamante alega que, devido ao fato de que a r. sentença de piso declarou os holerites inidôneos, deve ser reformada no sentido de conceder o pagamento ao 13º salário proporcional de 2020 e o integral de 2021.

Sem razão.

Registre-se que a r. sentença guerreada indeferiu o pedido do reclamante de pagamento do 13º salário proporcional do ano de 2020 e o integral de 2021 ao argumento de que os holerites comprovam o pagamento de tais verbas (ID. e972b19 - Pág. 9).

A declaração de inidoneidade dos holerites foi em razão das verbas fictícias que constam nele (ajuda de custo, comissões, diárias, etc.), disfarçando o salário. Todavia, tal declaração não significa dizer que os valores constantes do holerites não foram pagos, inclusive aqueles que indicam a quitação do 13º salário proporcional de 2020 e o integral de 2021, conforme ID. fae8896 - fls. 25 e 83.

Ressalta-se que não consta da peça de ingresso causa de pedir no sentido de que o reclamante não teria recebido referidas parcelas.

Nego provimento.



MULTA DO ART. 467 DA CLT

A sentença recorrida entendeu indevida a multa do art. 467 da CLT por causa da controvérsia acerca da quitação das verbas rescisórias perante a CCP.

O reclamante defende que "*o fato de as parcelas terem sido reconhecidas apenas em juízo não afasta o seu caráter incontroverso, principalmente em razão da flagrante nulidade da CCP, e da nulidade dos holerites*" (ID. 6074e03 - Pág. 10).

Analiso.

Observe-se que a tese de defesa é de quitação das verbas por meio do termo firmado na Comissão de Conciliação Prévia, o qual teria eficácia liberatória geral.

Desse modo, indevida a aplicação da multa do art. 467 da CLT, ante a inexistência de verbas rescisórias incontroversas.

Nego provimento.

AVISO PRÉVIO E REFLEXOS

O reclamante argumenta que os cálculos de liquidação de sentença devem ser retificados para incluir 1/12 do aviso prévio em férias mais 1/3, décimo terceiro, FGTS e multa de 40% e reflexo em todas as verbas, nos termos da OJ 367 do C. TST.

Pois bem.

De fato, a planilha de cálculo (ID. 122c5a7) não computou a projeção do aviso prévio.

Desse modo, a sentença merece reparo para incluir 1/12 do aviso prévio em férias mais 1/3, décimo terceiro, FGTS e multa de 40%, considerando como data de término do contrato em 26/03/2022 (33 dias de aviso prévio).

Dou provimento.

-

RECURSOS DE AMBAS AS PARTES



**JORNADA DE TRABALHO. JORNADA EXTRAORDINÁRIA.
BANCO DE HORAS. INTERVALO INTRAJORNADA. DOMINGOS DOBRADOS**

O juízo de origem reconheceu a validade das papeletas, porém, detectando que a jornada de trabalho restou extrapolada, condenou a reclamada ao pagamento, como extras, da horas trabalhadas além da 8ª diária e 44ª semanal, determinando, em relação aos períodos em que ausentes as papeletas, a observância da média anual, a teor da OJ nº 233 da SDI-1 do TST.

Indeferiu, contudo, o intervalo intrajornada, porquanto concluiu que o reclamante gozava integralmente do intervalo.

O reclamante, em seu apelo, argumenta que as papeletas comprovam a ausência de intervalo intrajornada de no mínimo 1 (uma) hora, por pelo menos 03 (três) dias da semana. Acrescenta que a reclamada possuía rastreador do veículo, podendo bloqueá-lo a qualquer tempo.

Dessa forma, requer a reforma da sentença para que conste no cálculo de liquidação somente horário de entrada e saída, com 1 (uma) hora de intervalo ao dia e 4 (quatro) folgas no mês, com indenização de 3 (três) horas intrajornadas semanais.

Por fim, afirma suposta omissão da sentença em relação à condenação da reclamada da hora extra 100% em relação a dois domingos no mês.

A reclamada, por sua vez, defende que o juízo de origem não observou que a empresa adotava sistema de compensação de horas, instituído por instrumento coletivo, de modo que as horas extras porventura realizadas foram pagas ou compensadas e que o reclamante não cuidou de apontar a irregularidade na compensação ou pagamento.

Outrossim, argui que devem ser observadas as disposições do art. 59-B da CLT.

Analiso.

A Lei nº 12.619, de 30.04.2012, em vigor a partir de 17.06.2012 (hoje parcialmente revogada pela Lei nº 13.103/2015), dispõe sobre o exercício da profissão de motorista profissional, *in verbis*:

Art. 1º É livre o exercício da profissão de motorista profissional, atendidas as condições e qualificações profissionais estabelecidas nesta Lei.



Parágrafo único. Integram a categoria profissional de que trata esta Lei os motoristas profissionais de veículos automotores cuja condução exija formação profissional e que exerçam a atividade mediante vínculo empregatício, nas seguintes atividades ou categorias econômicas:

I - transporte rodoviário de passageiros;

II - transporte rodoviário de cargas;

III - (VETADO);

IV - (VETADO).

Art. 2º São direitos dos motoristas profissionais, além daqueles previstos no Capítulo II do Título II e no Capítulo II do Título VIII da Constituição Federal:

[...]

V - jornada de trabalho e tempo de direção controlados de maneira fidedigna pelo empregador, que poderá valer-se de anotação em diário de bordo, papeleta ou ficha de trabalho externo, nos termos do § 3º do art. 74 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, ou de meios eletrônicos idôneos instalados nos veículos, a critério do empregador.

[...] (destaquei).

Com efeito, a partir da vigência da referida lei, que alterou a CLT e a Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), constitui direito do motorista profissional o controle de jornada pela reclamada.

Assim, o controle pela reclamada passa a ser obrigatório, não se tratando mais de uma faculdade operacional administrativa do empregador, mas uma obrigação, devendo se valer de todos os meios para cumprir a legislação. Dessa forma, não há mais possibilidade de se invocar o disposto no inciso I, do art. 62, da CLT, para o motorista.

A norma trouxe inovações sobre a disciplina e limitações de jornada de trabalho do motorista profissional, asseverando inclusive sobre a direção do motorista profissional.

Por conseguinte, com advento da Lei nº 12.619, revogada, posteriormente, pela Lei nº 13.103/2015, passou a ser obrigação do empregador o controle fidedigno da jornada de trabalho dos motoristas por meios eletrônicos idôneos instalados nos veículos ou mediante anotação em diário de bordo, papeleta ou ficha de serviço externo.

Trata-se de direito indisponível do empregado para a sua proteção e aplicação dos seus direitos, com a correlata obrigação de fazer do empregador, cabendo a este apenas a opção pelos meios de controle.



A exigência legal de controle fidedigno da jornada de trabalho e do tempo de direção do motorista profissional não contém ressalva quanto aos estabelecimentos com até 20 (vinte) empregados (art. 74, § 2º, da CLT), e torna inaplicável aos motoristas em geral o tratamento diferenciado e excludente do art. 62, I, da CLT.

O empregador deve adotar recursos para controlar a duração da jornada de trabalho do motorista e seu tempo de direção, mediante diário de bordo, papeleta ou ficha de trabalho externo, bem como sistemas e meios eletrônicos que podem instalar no veículo como tacógrafo, GPS, entre outros.

Sendo assim, o empregado fica dispensado do ônus de provar a duração da sua jornada de trabalho, do seu tempo de direção e do gozo de intervalos legais, por violação patronal ao dever de adotar os controles pertinentes (art. 2º, V, da Lei nº 12.619/2012 ou Lei 13.103/2015).

Acerca do controle do tempo de direção, o art. 2º da citada Resolução 405 do CONTRAN dispõe que se faz através de:

"I - Análise do disco ou fita diagrama do registrador instantâneo e inalterável de velocidade e tempo ou de outros meios eletrônicos idôneos instalados no veículo, na forma regulamentada pelo CONTRAN; ou

II - Verificação do diário de bordo, papeleta ou ficha de trabalho externo, fornecida pelo empregador; ou (...)"

Por sua vez, o art. 105, II, do CTB, estabelece a obrigatoriedade do tacógrafo ou congêneres (equipamento registrador instantâneo inalterável de velocidade e tempo).

Pois bem.

Como visto, o controle da jornada e do tempo de direção dos motoristas é obrigatório; compete ao empregador e se faz pela papeleta, diário de bordo ou ficha de trabalho externo, não sendo atribuição do empregado que na relação contratual é subordinado ao poder diretivo do empregador.

Ademais, o dever do motorista em obedecer aos limites de jornada, bem como anotar corretamente seus horários, não desobriga a reclamada em fiscalizar o cumprimento da jornada pelo trabalhador, conforme entendimento desta Corte proferido no recente julgamento do IJUJ 0000168-79.2006.5.23.0000, que ensejou a edição da Súmula nº 42:



SÚMULA N. 42 - MOTORISTA PROFISSIONAL. PAUSAS OBRIGATÓRIAS. I - FRUIÇÃO E ANOTAÇÃO. DEVER FUNCIONAL DO EMPREGADO. II - DEVER DE FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DA JORNADA. ÔNUS DA EMPRESA. III - OMISSÃO QUANTO À ANOTAÇÃO E POSTERIOR RECLAMAÇÃO EM JUÍZO. ÔNUS DO EMPREGADO.I - Após a edição da Lei 12.619/2012, passou a ser do empregado o dever de obedecer os limites de jornada legalmente impostos, devendo usufruir e anotar corretamente todas as pausas determinadas em Lei. II - É dever do empregador fiscalizar se o empregado está obedecendo os limites de jornada supracitados, cabendo-lhe, se necessário, aplicar as sanções para correção da conduta, na esteira do que preconiza o parágrafo único do art. 158 da CLT. III - A omissão do empregado quanto à anotação dos intervalos em referência não desonera o empregador de pagar os respectivos direitos quando reclamados e regularmente comprovados em juízo.

Dessa forma, são devidas as horas extras efetivamente prestadas pelo trabalhador, ainda que em desacordo com os limites impostos pela Lei nº 13.103/2015 ou mesmo por norma coletiva, conforme já se manifestou esta Corte:

MOTORISTA. HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA. LIMITAÇÃO. Tratando-se de contrato de trabalho regido pela Lei 12.619/2012, o ônus da prova da jornada de trabalho do motorista, em regra, pertence ao empregador. Entretanto, vindo aos autos os controles de horário, passa a ser do obreiro o ônus de infirmá-los. In casu, por intermédio da prova oral, o Autor não logrou êxito em demonstrar inconsistências das papeletas de controle de horário em relação a alguns aspectos da jornada, impondo-se a manutenção da jornada reconhecida na sentença. Todavia, **dá-se parcial provimento ao apelo para afastar a limitação imposta na origem, quanto ao pagamento das horas extras laboradas, devendo a condenação abranger todas as horas comprovadas nos autos, incluindo aquelas prestadas em desacordo com a lei 13.103/2015. Trata-se da exegese da Súmula n. 42 deste egrégio Tribunal Regional do Trabalho.** Recurso obreiro conhecido e parcialmente provido. (TRT da 23.^a Região; Processo: 0000964-88.2018.5.23.0036; Data: 02/04/2020; Órgão Julgador: 1^a Turma-PJe; Relator: TARCISIO REGIS VALENTE, destaquei).

MOTORISTA DE CARRETA. HORAS EXTRAS. DEFERIMENTO CONDICIONADO AO LIMITE DE PRORROGAÇÃO DE JORNADA PREVISTO EM LEI. (ART. 235-C). O descumprimento pelo empregado motorista dos limites de horários e o desrespeito para com a observância das pausas previstas no ordenamento jurídica específico materializados nas Leis 12.619/2012 e 13.103/2013, em desobediência às leis de trânsito (art. 67-E, do CTN, entre outros), não lhe retira o direito ao crédito trabalhista relativos às horas extras efetivamente prestadas e, também, ao intervalo interjornada. Isto porque também cabe ao empregador fiscalizar e inibir o labor para além do que permite o ordenamento jurídico, em virtude de seus poderes disciplinar e diretivo, a fim de garantir tanto a segurança da coletividade quanto a segurança de seus empregados. Inteligência da Súmula 42, III, deste Regional. Assim, com lastro nos princípios do valor social do trabalho, da dignidade humana e da proteção do empregado impõe-se o afastamento da limitação imposta ao cômputo das horas suplementares e deferir ao trabalhador a integralidade do labor que exceder a jornada de oito horas diárias ou 44 semanais, bem como as horas do intervalo interjornada suprimidas. Recurso do autor ao qual se dá provimento, o particular. (TRT da 23.^a Região; Processo: 0000048-61.2018.5.23.0066; Data: 07-12-2020; Órgão Julgador: Gab. Des. Maria Beatriz Theodoro - 2^a Turma; Relator(a): MARIA BEATRIZ THEODORO GOMES)



No que concerne a alegação da reclamada de que havia a compensação de jornada, registro que apesar de sua previsão nos instrumentos coletivos, depreende-se dos autos, especialmente dos depoimentos testemunhais, que não havia banco de horas, nem regime de compensação de jornada. Vejamos:

Sr. Rodinelli Ramos David: "que não havia banco de horas ou compensação; que não recebia valores referentes à horas extras, adicional noturno ou diárias, sendo o pagamento apenas de salário e premiação; todo mês o depoente recebia o mesmo valor; que o depoente parava em casa cerca de 4 dias por mês; que acredita que era a média de todos os motoristas; que como havia troca de motoristas não sabe precisar uma média de viagens mensais; que por várias vezes chegou a ficar 6 dias em hotel aguardando ordens da reclamada; que já viu isso acontecer com o reclamante, pois ficavam no mesmo hotel; que a papeleta refere apenas ao tempo de viagem." (ID. 51d86d8 - Pág. 4) (grifos acrescidos)

Sra. Edione Alves Medeiros: "Viajava sozinho, fazia troca de motorista. Anotava a papeleta. Anotava as pausas para descanso e em caso de acidente na BR. A empresa nunca pagou horas extras. Não havia compensação de horário."

[...]

Todo mundo recebia a premiação da empresa. Ficava à disposição da empresa em casa. O tempo de viagem era anotado na papeleta." (ID. af96cb5 - Págs. 4-5) (grifos acrescidos)

Acerca da ausência de concessão de intervalo intrajornada alegada pelo reclamante, verifico que em alguns dias havia a concessão de intervalo intrajornada, até mesmo superior a 1 hora, no entanto, em outros dias, havia supressão parcial.

Colho por amostragem os seguintes dias, indicando o tempo de intervalo entre cada entrada e saída:

04/08/2020: Entrada - 06h05; saída - 10h55; [15 minutos] entrada - 11h10 ; saída - 12h35; [45 minutos] entrada - 13h20; saída 15h35; [20 minutos] entrada 15h55 ; saída - 17h35; (ID. df2be32 - Pág. 3)

13/10/2020: Entrada - 06h30; saída - 07h25; [15 minutos] entrada - 07h40 ; saída - 10h40; [25 minutos] entrada - 11h05 ; saída 12h10; [01h20] entrada 13h30 ; saída - 15h10; [20 minutos] entrada - 15h30 ; saída - 16h40; [20 minutos] entrada - 17h00 ; saída - 18h15; (ID. df2be32 - Pág. 5)



Dessa forma, merece reparo a sentença para deferir o tempo suprimido relativo ao intervalo intrajornada, acrescido do adicional de 50%, de acordo com a jornada efetivamente praticada, conforme as papeletas de ID. df2be32, sem reflexos, em atenção ao disposto no art. 71, § 4º da CLT.

Consigno que para averiguar o tempo suprimido, nos dias em que não tiver ocorrido o gozo de intervalo superior a 1 hora, deve ser usado como parâmetro o maior intervalo abaixo de 1 hora. Por exemplo, no dia 04/08/2020 supramencionado, o intervalo usado como parâmetro deve ser o de 45 minutos. O critério adotado decorre da ausência de indicação específica por parte do reclamante, bem como para evitar o enriquecimento sem causa.

No que se refere aos trabalhos aos domingos, verifica-se das papeletas a ocorrência de labor aos domingos, a exemplo dos dias 12/07/2020, 09/08/2020, 30/08/2020, 13/09/2020 e 27/09/2020, sendo que em parte deles verifica-se o extrapolamento da jornada de 8 horas.

Por outro lado, conforme debatido em capítulo anterior, os holerites são inidôneos, não se prestando a comprovar o pagamento de horas extras.

Por outro lado, a testemunha Verno Beck testificou que "... recebe como trabalho normal os domingos e feriados trabalhados; que não compensa os feriados trabalhados, reiterando que recebe como trabalho normal; (ID. 63aab28 - Pág. 6)

Dessa feita, merece reparo a sentença para condenar a reclamada ao pagamento, como extras, as horas extras trabalhadas aos domingos com adicional de 100%, observados os demais parâmetros fixados em sentença.

Em suma, dou parcial provimento ao apelo obreiro para deferir o tempo suprimido relativo ao intervalo intrajornada de 1 hora mais adicional de 50%, conforme papeletas e parâmetros supra, bem como ao pagamento das horas extras realizadas aos domingos com adicional de 100%, observados os demais parâmetros da sentença, nos termos da fundamentação.

Nego provimento ao recurso da reclamada e dou provimento ao apelo obreiro.

EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ



A sentença impugnada determinou a expedição de ofícios ao Ministério do Trabalho em razão das irregularidades da Comissão de Conciliação Prévia instituída pela reclamada.

A reclamada recorre, sob fundamento de que a conciliação realizada perante a CCP de Chapecó/SC foi válida e isenta de vícios, devendo ser reformada a referida determinação.

O reclamante requer a expedição de ofícios para a OAB, Receita Federal e INSS, bem como condenação da reclamada em litigância de má-fé de 10% sobre o valor da causa.

Pois bem.

Reitero que mantenho a declaração de nulidade do acordo firmado perante a CCP em comento. Desse modo, não há falar em ausência de vícios pelas razões aqui anteriormente expostas, razão pela qual nego provimento ao apelo da reclamada.

No tocante ao recurso do reclamante, registre-se que o juiz possui ampla liberdade na condução do processo, posto que cabe ao julgador indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias, de forma fundamentada, nos termos do art. 370 do CPC e 765 da CLT.

Sendo assim, não há necessidade de expedição de ofícios para as entidades mencionadas, tendo em vista a ausência de indícios relevantes de ocorrência das ilicitudes apontadas pelo reclamante.

Em relação ao pleito de condenação em litigância de má-fé, não restou evidenciado que a reclamada praticou qualquer hipótese descrita no art. 80 do CPC, sendo que a reclamada apenas se valeu do seu direito de defesa, de modo que não prospera o pleito obreiro.

Nego provimento a ambos os apelos.

ADICIONAL NOTURNO

A reclamada aduz que o reclamante não laborava em horário noturno e nas ocasiões em que trabalhou, recebeu a devida contraprestação, bem como a redução da hora noturna. Acrescenta que o reclamante não tinha autorização para trabalhar no horário noturno.

Subsidiariamente, requer a dedução dos valores pagos a título de adicional noturno, horas noturnas e DSR sobre as horas noturnas, de acordo com os holerites.



O reclamante, por sua vez, sustenta que o adicional noturno deve ser computado com acréscimo do adicional de horas extras, nos termos da OJ 97 da SBDI 1 do C. TST. Ademais, requer a aplicação do adicional noturno na prorrogação de jornada no horário diurno, com fulcro na Súmula nº 60 do C. TST.

Examino.

Não merece prosperar os argumentos da reclamada, uma vez que não se desincumbiu de seu ônus probatório quanto aos fatos desconstitutivos do direito do reclamante (art. 818, II, da CLT).

No que concerne as alegações do reclamante, sem razão. Nos termos da Súmula nº 60 do C. TST, o adicional noturno compõe a base de cálculo do adicional de horas extras. Logo, deferir o inverso seria legitimar a concessão de verbas em *bis in idem*.

Nego provimento a ambos os apelos.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS

A sentença de piso condenou a reclamada ao pagamento de 10% sobre o valor da condenação a título de honorários advocatícios sucumbenciais.

A reclamada sustenta que não há inconstitucionalidade no art. 791-A e requer a condenação do reclamante ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência de 15% sobre o valor atualizado da causa.

O reclamante, em suas razões recursais, pugna pela majoração da condenação ao pagamento de honorários de sucumbência.

Examino.

Inicialmente, cumpre registrar que não prospera o recurso patronal quanto à pretensão de exclusão da condenação com fundamento na improcedência da demanda, conforme se observa dos capítulos apreciados anteriormente.

Quanto aos honorários devidos pelo reclamante, o juízo de origem fixou honorários de sucumbência pelo reclamante de 10% do valor dos pedidos julgados improcedentes e suspendeu a exigibilidade por dois anos em razão da concessão dos benefícios da justiça gratuita.



Nesse contexto, destaco que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 5.766, em 20/10/2021, aclarado pelo julgamento dos embargos de declaração, de 21/06/2022, declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 4º do art. 791-A da CLT, tangente à expressão "desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa", de sorte que, ao beneficiário da justiça gratuita sucumbente aplica-se a suspensão da exigibilidade de 2 anos prevista no mesmo parágrafo.

Assim, não há falar em ausência de inconstitucionalidade do art. 791-A, visto que a decisão do E. STF possui efeito vinculante, não merecendo reparo a sentença, nesse particular.

No que concerne ao recurso do reclamante, razão não lhe assiste.

Dispõe o "caput" do art. 791-A da CLT, que serão fixados entre 5 e 15% "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".

O § 2º do supramencionado artigo determina que o Magistrado deverá observar os seguintes critérios na fixação do percentual dos honorários:

"I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço."

In casu, entendo que o percentual de 10% fixado pelo juízo de origem atende aos parâmetros legais, estando em harmonia com os julgados desta corte.

Assim, não prospera o recurso do reclamante, no particular.

Nego provimento a ambos os apelos.

Conclusão do recurso

Isso posto, conheço parcialmente do recurso ordinário interposto pelo reclamante e integralmente do apelo da reclamada, bem como das respectivas contrarrazões. No mérito, dou parcial provimento ao apelo do reclamante para determinar a observância da projeção do aviso prévio no cálculo do aviso prévio (33 dias), férias + 1/3, 13º salário, FGTS e multa de 40%, deferir o tempo suprimido relativo ao intervalo intrajornada de 1 hora mais adicional de 50%, conforme papeletas



e parâmetros supra, bem como ao pagamento das horas extras realizadas aos domingos com adicional de 100%, observados os demais parâmetros da sentença. Quanto ao recurso da reclamada, dou parcial provimento para retificar os cálculos de liquidação, excluindo o DSR da base de cálculos de outras verbas trabalhistas, nos termos da OJ nº 394 do TST, tudo nos termos da fundamentação supra.

Este acórdão é proferido de forma líquida, de modo que os cálculos de liquidação anexos, elaborados pela Coordenadoria de Contadoria deste Tribunal, refletem o *quantum debeatur* e integram-no para todos os efeitos legais, sem prejuízo de posteriores atualizações, incidência de juros ou multas.

Acórdão

ISSO POSTO:

A Segunda Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região, durante a 6ª Sessão Extraordinária de Julgamento, realizada de forma presencial e virtual, entre as 09h00 do dia 11/12/2023 e as 09h00 do dia 12/12/2023, **DECIDIU**, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso ordinário interposto pelo reclamante e integralmente do apelo da reclamada, bem como das respectivas contrarrazões. No mérito, dar parcial provimento ao apelo do reclamante para determinar a observância da projeção do aviso prévio no cálculo do aviso prévio (33 dias), férias + 1/3, 13º salário, FGTS e multa de 40%, deferir o tempo suprimido relativo ao intervalo intrajornada de 1 hora mais adicional de 50%, conforme papeletas e parâmetros supra, bem como ao pagamento das horas extras realizadas aos domingos com adicional de 100%, observados os demais parâmetros da sentença. Quanto ao recurso da reclamada, dar parcial provimento para retificar os cálculos de liquidação, excluindo o DSR da base de cálculos de outras verbas trabalhistas, nos termos da OJ nº 394 do TST, nos termos do voto do Juiz Convocado Relator, seguido pelos Desembargadores Aguiamar Peixoto e Beatriz Theodoro. **Este acórdão é proferido de forma líquida, de modo que os cálculos de liquidação anexos, elaborados pela Coordenadoria de Contadoria deste Tribunal, refletem o *quantum debeatur* e integram-no para todos os efeitos legais, sem prejuízo de posteriores atualizações, incidência de juros ou multas.**

Obs.: A Excelentíssima Senhora Desembargadora Eleonora Alves Lacerda declarou-se suspeita para participar deste julgamento. O Excelentíssimo Senhor Desembargador Aguiamar Martins Peixoto presidiu a sessão.

Plenário virtual, terça-feira, 12 de dezembro de 2023.



(Firmado por assinatura digital, conforme Lei n. 11.419/2006)

JOAO CARLOS RIBEIRO DE SOUZA
Relator

DECLARAÇÕES DE VOTO

