



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

Identificação

PROCESSO n° 0020123-43.2016.5.04.0027 (RO)
RECORRENTE: _____, _____ LTDA.
RECORRIDO: _____, _____ LTDA.
RELATOR: EMILIO PAPALETTO ZIN

EMENTA

HORAS DE SOBREVISO. A utilização de telefone celular fora do horário de trabalho, por si só, não configura sobreaviso. Deve estar provada a permanência do reclamante em regime de plantão, importando em restrição do descanso, situação incorrente no caso.

DIFERENÇAS DE FGTS DO CONTRATO DE TRABALHO. Incumbia à empregadora a prova do recolhimento de valores ao FGTS durante todo o contrato de trabalho, ônus do qual não se desincumbiu a contento, sendo devidas as diferenças decorrentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por unanimidade, DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso ordinário do reclamante, _____, para afastar a prescrição pronunciada quanto aos créditos anteriores a 03/02/2011; e acrescer à condenação o pagamento de horas extras pela supressão do intervalo intrajornada, correspondentes a uma hora extra diária, com adicional de 50%, nos dias em que não fruído integralmente o intervalo intrajornada, deduzidos os valores comprovadamente pagos sob mesmo título, na forma da OJ 415 da SDI-I do TST, observados os registros de horário, assim como os demais critérios e reflexos deferidos pela sentença em relação às demais horas extras objeto de condenação; o pagamento do adicional noturno de 20% sobre as horas trabalhadas após às 05h, observada a hora reduzida noturna, com reflexos em repouso semanais remunerados (domingos e feriados), 13ºs salários, férias com 1/3, aviso prévio e FGTS acrescido de 40%; assim como o pagamento das diferenças de FGTS da contratualidade, autorizando-se o abatimento dos valores já depositados na conta vinculada do autor. por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO ao recurso ordinário da reclamada, _____ LTDA. Custas de R\$ 100,00 calculadas sobre o valor ora acrescido à

condenação de R\$ 5.000,00, para os fins legais.

Intime-se.

Porto Alegre, 09 de maio de 2019 (quinta-feira).

RELATÓRIO

Inconformados com a sentença que julgou parcialmente procedente a ação, o reclamante e a reclamada interpõem recursos ordinários.

O autor busca a reforma da sentença quanto aos seguintes itens: prescrição pronunciada de ofício; horas extras pela invalidez do regime compensatório; horas extras pelos intervalos intrajornada incorretamente pagos; adicional noturno em razão da prorrogação das horas trabalhadas; horas de sobreaviso; diferenças de FGTS; honorários advocatícios.

A reclamada, por sua vez, pretende a reforma da decisão no tocante às horas extras e reflexos pela invalidez do regime compensatório; e ao adicional de periculosidade.

Há contrarrazões pela reclamada.

Os autos são pautados para exame e julgamento dos apelos.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

REGISTRO INICIAL

A presente decisão observa dispositivos legais vigentes anteriormente à edição da Lei nº 13.467, que entrou em vigor em 11.11.2017, considerando o período debatido entre as partes.

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE

PRESCRIÇÃO DECRETADA DE OFÍCIO

O reclamante não se conforma com a prescrição dos direitos anteriores a 03/02/2011, pronunciada de ofício na sentença. Aduz que o artigo 487, II, do Código de Processo Civil não pode ser aplicado ao Direito do Trabalho, pois incompatível. Refere que o art. 7º da CF diz respeito aos direitos dos trabalhadores, e não o inverso, não podendo ser feita uma leitura dos incisos do referido artigo com o intuito de prejudicar o trabalhador. Sustenta que a iniciativa do Juízo *a quo*, ao pronunciar a prescrição de ofício, enfraquece a proteção que o direito material dispensa ao crédito do trabalhador, contrariando o disposto no *caput* do artigo 7º da Constituição. Requer seja reformada a sentença para que seja afastada a prescrição pronunciada.

Examino.

Quanto a prescrição pronunciada de ofício na sentença, esta Turma julgadora, na esteira do entendimento do TST quanto à matéria, já pacificou o entendimento de que, inexistindo na defesa qualquer pedido de declaração de prescrição (caso do autos), inviável sua declaração de ofício, pois inaplicável nesta Justiça especializada a regra prevista no artigo 487, II, do CPC, sob pena de ofensa aos princípios que regem o Direito do Trabalho.

Recurso provido para afastar a prescrição pronunciada quanto aos créditos anteriores a 03/02/2011.

HORAS EXTRAS E REFLEXOS. INTERVALOS INTRAJORNADA

O reclamante não se conforma com o indeferimento do pedido de pagamento de uma hora extra por dia de trabalho em razão da supressão do intervalo intrajornada. Aduz que a concessão do referido intervalo é uma obrigação da empresa, que não pode ser flexibilizada por se tratar de matéria de saúde e segurança do trabalhador. Assim, uma vez constatada a ausência de fruição de intervalos, deve a reclamada ser condenada ao pagamento do referido período como extra, nos termos da Súmula 437 do TST. Diz que os documentos juntados pela reclamada não comprovam o correto pagamento, pois desacompanhados de "explicação ou detalhamento dos cálculos que foram feitos para se chegar aos respectivos valores". Requer a reforma da sentença para condenar a reclamada ao pagamento de 01h extra por dia de trabalho, com reflexos, tudo de acordo com a Súmula 437 do TST.

Examino.

Na petição inicial, o reclamante alega que jamais lhe foi concedido o intervalo intrajornada de 01h hora, fazendo jus ao pagamento do referido período como hora extra.

Na contestação, a reclamada reconhece que o intervalo intrajornada era habitualmente trabalhado, aduzindo, todavia, que realizava o pagamento do respectivo período acrescido do adicional de 50%, inexistindo

diferenças. Para comprovar suas alegações, junta aos autos os contracheques do reclamante, os quais consignam o pagamento de valores sob a rubrica "HRS ADICIONAL S/INTERVALO".

Ao manifestar-se sobre os documentos juntados pela ré, o reclamante refere que os pagamentos realizados pela reclamada não abrangiam a totalidade dos intervalos laborados. Por amostragem, aponta que no mês de fevereiro de 2012, em que trabalhou em 28 dias (consoante documento de ID 66c3a45 - pág. 1), recebeu o pagamento de apenas 20 horas intervalares (consoante contracheque de ID a5bcf6a - pág. 1).

No caso, o autor não atentou ao período de apuração da folha de pagamento, informado pela reclamada em sua contestação, que ocorre sempre entre os dias 21 do mês corrente e 20 do mês seguinte.

Entretanto, mesmo se observado o correto período de apuração, é possível verificar diferenças em seu favor.

De acordo com o contracheque de fevereiro de 2012 (ID a5bcf6a - Pág. 1), há o pagamento de 20 horas intervalares, no valor de R\$ 211,93. Todavia, no período de 21 de janeiro a 20 de fevereiro de 2012, o autor trabalhou 27 dias sem que houvesse o registro de intervalo (ID 66c3a45 - Pág. 1-2), sendo, nesse caso, devido o pagamento de 27 horas extras intervalares.

Assim, constatado o pagamento a menor das horas intervalares trabalhadas, defiro o pagamento de horas extras pela supressão do intervalo intrajornada, correspondentes a uma hora extra diária, com adicional de 50%, nos dias em que não fruído integralmente o intervalo intrajornada, deduzidos os valores comprovadamente pagos sob mesmo título, na forma da OJ 415 da SDI-I do TST, observados os registros de horário, assim como os demais critérios e reflexos deferidos pela sentença em relação às demais horas extras objeto de condenação.

ADICIONAL NOTURNO EM RAZÃO DA PRORROGAÇÃO DAS HORAS TRABALHADAS

O reclamante insurge-se contra o indeferimento do adicional noturno em relação às horas trabalhadas após às 05h. Alega que segundo o disposto no artigo 73, §5º, da CLT, quando o empregado cumpre jornada noturna integral, as horas prorrogadas também devem ser pagas com o adicional noturno. Invoca o contido na Súmula 60, II, do TST e OJ 388 da SDI-I do TST. Requer seja reformada a sentença para condenar a reclamada ao pagamento do adicional noturno e reflexos também após às 05h.

Examino.

Entendo que as horas trabalhadas após as 5h, ou seja, depois do horário noturno, quando havida jornada integral ou em grande parte neste, devam ter a mesma remuneração das antecedentes, porque revestidas de igual prejudicialidade. Dessa forma, aplico a Súmula nº 60, item II, do TST: "*Adicional noturno.*

Prorrogação em horário diurno. Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas. Exegese do art. 73, § 5º, da CLT".

Friso ser aplicável esse entendimento, mesmo nas hipóteses de regime 12x36, conforme a OJ nº 388 da SDI-1 do TST: *"JORNADA 12X36. JORNADA MISTA QUE COMPREENDA A TOTALIDADE DO PERÍODO NOTURNO. ADICIONAL NOTURNO. DEVIDO. O empregado submetido à jornada de 12 horas de trabalho por 36 de descanso, que compreenda a totalidade do período noturno, tem direito ao adicional noturno, relativo às horas trabalhadas após as 5 horas da manhã".*

Assim, dou provimento ao recurso ordinário para condenar a reclamada ao pagamento do adicional noturno de 20% sobre as horas trabalhadas após às 05h, observada a hora reduzida noturna, com reflexos em repouso semanais remunerados (domingos e feriados), 13ºs salários, férias com 1/3, aviso prévio e FGTS acrescido de 40%.

HORAS DE SOBREAVISO

O reclamante busca a reforma da sentença quanto ao indeferimento das horas de sobreaviso. Alega que a necessidade de ser chamado a qualquer momento tolhe o direito de livre circulação em seu período de repouso. Afirma ser incontroverso o controle diretivo da empresa em seus períodos de repouso, por meio de contatos telefônicos, hipótese em que é devido o direito às horas de sobreaviso. Requer seja provido o recurso para condenar a reclamada ao pagamento de horas de sobreaviso e reflexos, nos termos da inicial.

Examino.

Consoante o art. 244, § 2º, da CLT, *"considera-se de 'sobreaviso' o empregado efetivo que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Cada escala de 'sobreaviso' será, no máximo, de 24 (vinte e quatro) horas. As horas de 'sobreaviso', para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal".*

No tocante, reporto-me ao teor da Súmula 428 do TST:

SOBREAVISO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.

II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

Na verdade, para haver o pagamento de horas de sobreaviso é necessária a obrigatoriedade de permanência do trabalhador em local previamente determinado, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

No caso dos autos, não havia regime de plantão e não há prova de que o autor tivesse seu direito de ir e vir limitado ou comprometido em razão do uso de celular.

Nesse sentido, o próprio informou em seu depoimento que:

*[...] tanto enquanto inspetor e também já como supervisor recebiam aparelho Nextel da reclamada, depois substituído por telefone celular, o qual deveria estar sempre ligado, aguardando eventual chamado para solucionar algum problema com a equipe; que questionado pelo Juízo sobre o que aconteceria caso não atendesse o telefone respondeu que isso nunca aconteceu; **que atendia ao chamado e na maioria das vezes solucionava a questão ainda por telefone**; que estima atender cerca de duas a três chamadas neste telefone por semana, fora do seu horário de trabalho; **que os atendimentos telefônicos eram breve, o tempo necessário para dar a orientação** [...] que estima que a frequência de chamada ao supervisor para notificá-lo de alguma intercorrência seja em média de uma vez por mês. (grifei)*

Diante do exposto, o autor não tem direito ao pagamento das horas de sobreaviso postuladas, pelo que mantenho a sentença no aspecto.

Provimento negado.

DIFERENÇAS DE FGTS

O reclamante não se conforma com a decisão que indeferiu o pedido de pagamento de diferenças de FGTS, sob o fundamento de que o reclamante não comprovou o alegado. Invoca a Súmula nº 461 do TST, segundo a qual é ônus do empregador comprovar o correto depósito dos valores a título de FGTS. Requer seja provido o recurso para que seja a reclamada condenada ao pagamento das diferenças de FGTS da contratualidade.

Examino.

A Magistrada *a quo* indeferiu o pedido por entender que o autor não logrou êxito em apontar as diferenças devidas a título de FGTS.

Não foram juntados aos autos os extratos do FGTS.

Ao defender o correto recolhimento do FGTS incidente sobre as parcelas salariais pagas, a reclamada atraiu para si o encargo probatório do efetivo depósito do FGTS do contrato, diante do princípio da aptidão para a prova e do dever de documentação da relação de emprego.

Nesse sentido, adoto o entendimento contido na Súmula 461 do TST:

FGTS. DIFERENÇAS. RECOLHIMENTO. ÔNUS DA PROVA. É do empregador o ônus da prova em relação à regularidade dos depósitos do FGTS, pois o pagamento é fato extintivo do direito do autor (art. 373, II, do CPC de 2015).

Assim, por não comprovado nos autos o correto recolhimento dos valores devidos sob tal título, dou provimento ao recurso para acrescer à condenação o pagamento das diferenças de FGTS, autorizando-se o abatimento dos valores já depositados na conta vinculada do autor.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

O reclamante busca a reforma da sentença quanto ao indeferimento do pedido de pagamento de honorários advocatícios. Ressalta a sucumbência da reclamada na ação e o reconhecimento da condição de pobreza do reclamante, estando presentes, portanto, os requisitos necessários para a condenação ao pagamento de honorários advocatícios. Requer seja reformada a sentença para que seja a reclamada condenada ao pagamento dos honorários advocatícios, conforme postulado na petição inicial.

Examino.

Na espécie, inexistente credencial sindical e há declaração de miserabilidade jurídica contida na petição inicial (ID d52bd18 - Pág. 5).

Entendo que, no âmbito do processo do trabalho, os honorários advocatícios, qualificados como assistenciais, são devidos quando preenchidos os requisitos previstos na Lei nº 5.584/70, nos termos das Súmulas nº 219 e nº 329, ambas do TST. Ressalto o cancelamento da Súmula 61 deste TRT, que tratava da matéria.

Provimento negado.

MATÉRIA COMUM

HORAS EXTRAS E REFLEXOS PELA INVALIDADE DO REGIME COMPENSATÓRIO

O reclamante não se conforma com a sentença que ao declarar inválido o regime compensatório deferiu apenas o pagamento do adicional de hora extra sobre as horas irregularmente compensadas. Alega que o reconhecimento da nulidade do regime compensatório pela não autorização do regime por norma coletiva deve resultar na condenação ao pagamento de horas extras e reflexos e não apenas do adicional. Aduz que os itens III e IV da Súmula nº 85 do TST, ao determinarem o pagamento apenas do adicional em relação às horas extras que tiverem sido compensadas dentro da jornada normal semanal, só se aplicam quando a invalidade do ajuste decorrer apenas da prestação de horas extras habituais, o que não é o caso dos autos,

que além da prestação habitual de horas extras, não foi constatada a autorização por norma coletiva, o que traz a absoluta nulidade do acordo de compensação de jornadas, sendo devido o pagamento das horas extras a partir da 8ª diária ou da 44ª semanal, nos termos do art. 7º, XIII, da CF. Requer seja reformada a sentença para condenar a reclamada ao pagamento de horas extras e reflexos, assim consideradas as excedentes à 8ª diária e/ou da 44ª semanal, nos termos do art. 7º, XIII, da CF/88, ou, sucessivamente, ao adicional de horas extras sobre as horas trabalhadas além da 8ª diária e horas extras e reflexos a contar da 44ª semanal.

A reclamada, por sua vez, defende a validade do regime de compensação adotado, em face da previsão contida na Convenção Coletiva da Categoria. Invoca o disposto no artigo 7º, XXVI, da CF. Aduz que todos os valores referentes à jornada de trabalho do reclamante foram integralmente pagos, conforme apontam os contracheques, com fartas horas extras contraprestadas. Afirma que a finalidade compensatória do regime foi atingida, uma vez que o reclamante gozava de um dia destinado à compensação seguido da folga semanal, recebendo pelas demais horas extras trabalhadas. Portanto, requer a reforma da sentença.

Examino.

A reclamada juntou aos autos os registros de horário do autor, os quais foram declarados válidos e demonstram que aquele laborou submetido aos regimes de 12x36 e 4x2, com labor de 12h por dia.

Todavia, não foram acostadas as normas coletivas que autorizariam a adoção dos regimes de compensação aos quais o autor esteve submetido ao longo da contratualidade. Além disso, os contracheques juntados aos autos demonstram a prestação de horas extras habituais.

Diante disso, correta a sentença ao declarar inválido o regime compensatório e deferir o pagamento de diferenças de horas extras excedentes à 44ª semanal e sobre as horas irregularmente compensadas apenas o adicional. Tal entendimento encontra amparo no item IV da Súmula 85 do TST.

Provimento negado a ambos os recursos.

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA (MATÉRIA REMANESCENTE)

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE

A reclamada não se conforma com a condenação ao pagamento do adicional de periculosidade. Alega que desde que o reclamante passou a ser empregado da extinta _____, hoje _____, passou a supervisionar postos de portaria e não de vigilância, como fazia antes, quando era empregado da empresa _____, integrante do grupo econômico, porém, cada uma com seu objeto social. Sustenta que não sendo a _____, hoje _____, empresa do ramo de vigilância, deixou o reclamante, a

partir da transferência de estabelecimentos (Ficha de Registro, ID 3e9335f), de supervisionar postos de vigilância, não fazendo jus, portanto, ao adicional de periculosidade, nos termos do Anexo nº 3, da NR 16. Requer, assim, a reforma da sentença no ponto.

Examino.

Realizada perícia técnica, o autor relatou as seguintes atividades ao perito:

O Reclamante fazia supervisão dos postos de vigilância e portaria instalados nos clientes e do pessoal lotado nesses postos. Fazia o trabalho de supervisão pessoalmente, quando visitava os postos de vigilância e portaria, dando instruções, verificando as condições de trabalho, armamento, uniformes e outros materiais de apoio.

- *Na sede controlava e definia o pessoal, designado para os postos.*
- *Recolhia e distribuía armamento e materiais. Levava o pessoal aos postos de trabalho em veículo da empresa.*
- *Conferia, retirava e guardava as armas na sala de armamentos/paiol.*
- *Fazia relatórios junto com o pessoal dos postos e registrava ocorrências.*
- *Os supervisionados eram vigilantes armados e desarmados e pessoal de portaria.*
- *Podia em caso de necessidade substituir o vigilante. Neste caso quando assumia a vigilância armada, assumia as condições e responsabilidades do vigilante, inclusive utilizando o armamento do posto. As substituições (substituições) podiam ocorrer diariamente, em horário de almoço do vigilante ou na falta ao trabalho. Essas substituições ocorriam rotineiramente de uma a duas vezes por semana.*
- *Recebia o chamado dos supervisionados em caso de ocorrência, se deslocando até o local para tomar ou auxiliar nas providências.*
- *Fica cerca de 3 horas na sede e o restante do tempo (9 horas) em trabalhos externos. Supervisionava vários postos (de 30 a 40 postos durante turno do dia), com ou sem visita aos postos. O contato era feito através do celular, ""Nextel"" ou da sala de controle (monitoração).*
- *Não andava armado, somente utilizando ou transportando as armas destinadas aos postos de vigilância ou se valendo das armas já disponibilizadas no posto.*
- *Fazia substituição de munição vencida (afirma que transportava sem guia de transporte).*
- *Fazia o trabalho de relacionamento com os clientes, acompanhando o andamento dos serviços nos postos.*

Posição da Reclamada nos pontos discordantes e esclarecimento:

- *A Reclamada afirma que não acontecia deslocamento diário de armas para os postos, pois as armas ficam fixas nos postos.*

- As rendições do vigilante não era rotina do Reclamante, pois não é prática da empresa. O supervisor não tinha autorização para usar arma no posto de vigilância.

- Afirma que as armas, quando necessário, são levadas aos postos de vigilância pelo responsável pelo armamento.

Como se vê, da narrativa das atividades realizadas pelo autor, não há notícia de que tenha havido alteração entre os tipos de postos atendidos em determinado momento do contrato, visitando tanto postos de portaria, quanto postos de vigilância.

Tampouco, a reclamada trouxe tal delimitação no momento da perícia ou em sua manifestação sobre o laudo (ID a465de7 - Pág. 2).

Além disso, na ficha de empregado do autor este está registrado como vigilante (ID 3e9335f - Pág. 1).

Assim, entendo que o autor está enquadrado no item 3 do Anexo 3 da Norma Regulamentadora 16, segundo a qual têm direito ao adicional de periculosidade os empregados que desempenhem a "supervisão e/ou fiscalização direta dos locais de trabalho para acompanhamento e orientação dos vigilantes".

Pelo exposto, mantenho a sentença que deferiu o pagamento do adicional de periculosidade.

Provimento negado.

EMILIO

PAPALEO

ZIN

Relator

VOTOS

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADOR EMÍLIO PAPALÉO ZIN (RELATOR)

DESEMBARGADORA DENISE PACHECO

DESEMBARGADOR WILSON CARVALHO DIAS