



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

Recurso Ordinário Trabalhista 0020275-55.2016.5.04.0233

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 04/09/2019

Valor da causa: R\$ 36.000,00

Partes:

RECORRENTE: _____

ADVOGADO: BRUNO JULIO KAHLE FILHO

RECORRIDO: GENERAL MOTORS DO BRASIL LTDA

ADVOGADO: CLARISSE DE SOUZA ROZALES

PAGINA_CAPA_PROCESSO_PJEPERITO: JOSIELEN DENISE VANIN BARBIERI



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

Identificação

PROCESSO nº 0020275-55.2016.5.04.0233 (ROT)

RECORRENTE: _____

RECORRIDO: GENERAL MOTORS DO BRASIL LTDA

RELATOR: BRIGIDA JOAQUINA CHARAO BARCELOS

EMENTA

REGIME DE COMPENSAÇÃO DE HORÁRIO. Inviável a adoção cumulativa de compensação de horário semanal e banco de horas. A compensação semanal tem por objetivo excluir o trabalho aos sábados, ou diminuir a carga horária diária, modalidade que se mostra mais benéfica ao empregado. Já a compensação por meio de sistema de banco de horas permite que o empregado faça horas extras habituais, "guardando-se" estas horas para uma compensação futura, em momento oportuno para o empregador. Nesse contexto, os regimes em questão não podem ser adotados em conjunto, pois possuem finalidades distintas e contrapostas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: **à unanimidade, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE para: a) condenar a reclamada, por todo o pacto laboral, ao pagamento das horas excedentes da jornada diária e carga horária semanal, com o adicional de horas extras previsto em norma coletiva, observados os espelhos do ponto e mantidas as demais cominações impostas na sentença; b) incluído na condenação os reflexos das horas extras deferidas nos repousos semanais remunerados e feriadoss; c) apurar as horas extras nos termos da Súmula n. 366 do TST e; d) condenar a reclamada ao pagamento de indenização por dano moral no importe de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), com juros de mora desde o ajuizamento da ação e atualização monetária a partir da presente decisão, nos termos da Súmula n. 439 do TST. Valor da condenação que ora se majora em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), com custas adicionais de R\$ 600,00 (seiscentos reais), pela reclamada, para os efeitos legais.**

Intime-se.

Porto Alegre, 1º de dezembro de 2020 (terça-feira).



RELATÓRIO

Inconformado com a sentença ID. e66b4ec, o reclamante interpõe recurso ordinário.

Objetiva a reforma da decisão nos seguintes itens: nulidade do processo por cerceamento de defesa indeferimento de nova perícia e de prova testemunhal, fracionamento das férias, adicional de insalubridade, adicional de periculosidade, jornada de trabalho, reflexos em repousos semanais remunerados e feriados, incidência da Súmula n. 366 do TST, indenização por assédio moral, natureza das parcelas e prequestionamento (ID. db9be6d).

Com contrarrazões (ID. 74e7a70), o recurso é submetido à apreciação deste Tribunal.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Não se aplicam os dispositivos da Lei 13.467/17, considerando-se que o contrato de trabalho foi firmado antes da entrada em vigor da referida lei, nos termos do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, e do art. 6º, §1º, do Decreto-Lei 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) que resguardam o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Seria possível ao Julgador, se quisesse, abstrair o retrocesso que representa a nova norma a ser aplicada, sendo o Juiz legalista que aplica a lei dada de forma a não ponderar todo o arcabouço normativo até então estabelecido após processos históricos de lutas sociais. Entretanto, não coaduna com tal possibilidade, porquanto a lógica posta pela nova legislação inverte todos os conceitos e princípios próprios do Direito do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho. Além disso, o princípio da irretroatividade da lei é uma cláusula pétrea insculpida na Constituição Federal. A aplicação da lei nova no contrato de trabalho vigente representa alteração lesiva do contrato de trabalho.

Relativamente ao direito processual aplicável, há que se ter firme o fato de que os pedidos constante na inicial se efetivaram anteriormente à entrada em vigor da nova lei, nas bases legais lá previstas, sejam aquelas expressas, sejam aquelas implícitas. Entendo que se constitui princípio fundamental na aplicação da Lei Processual a sua irretroatividade, não podendo ser aplicado aqui o disposto no art. 912 da CLT, por conflito à norma constitucional, já que estamos tratando de ações ajuizadas antes da entrada em vigência da nova legislação.

I - MÉRITO

1. RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE

1.1 NULIDADE DO PROCESSO POR CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE NOVA PERÍCIA E DE PROVA TESTEMUNHAL



O autor afirma que solicitou que fosse elaborada perícia complementar com análise de todo o ambiente de trabalho para verificação das condições perigosas, e não apenas do setor em que eram executadas as atividades, pedido que foi indeferido sob protesto. Alega que pretendia a oitiva de testemunhas sobre a controvérsia a respeito da insalubridade e da periculosidade que envolviam o trabalho exercido. Diz que a complementação era essencial, uma vez que a perita exarou parecer sem todas as informações necessárias para o andamento processual. Refere que, embora a profissional não tenha reconhecido a atividade periculosa, em resposta a quesito formulado, consignou que *"de acordo com as avaliações ambientais realizadas no posto de trabalho do autor, foram encontrados produtos químicos como acetato de nbutila, álcool etílico, etilbenzeno, xileno, acetato de etila, n-hexano e cromato de zinco"*, ou seja, constatado a existência de inflamáveis dentre os produtos químicos mencionados. Além disso, revela que trabalhava no setor de pintura, no qual o processo ocorre em cabines de exaustão, em ambiente fechado. Assevera que o local é considerado de risco, conforme a alínea "s" do item 3 do Anexo 2 da NR-16 da Portaria n. 3.214/78. Quanto ao reconhecimento do ambiente insalubre, acentua que a *expert* informa que *"conforme constou no laudo pericial, as tintas automotivas base de solvente são compostas por misturas de hidrocarbonetos alifáticos (acetona, acetato de etila, entre outros) e solventes orgânicos (xileno, tolueno, naftas leves)"*, restando, portanto, comprovadas as condições insalubres do ambiente de trabalho, em razão do uso de produtos com compostos alifáticos. Salienta que não houve a apresentação dos certificados de aprovação dos equipamentos fornecidos pela reclamada, de acordo com os controles de EPIs. Pondera que a documentação é referente ao segundo semestre dos anos de 2014 e 2015, bem como são ilegíveis, não podendo serem utilizados como meio de prova. Ressalta que planejava provar seu ingresso no setor de *Paint Mix*, no qual buscava os solventes para a limpeza das pistolas, além de ter contato diário com o referido produto que continha hidrocarbonetos aromáticos e que, mesmo com o uso de macacão, sentia odor dos agentes químicos insalubres. Expõe que a reclamada negou a execução da limpeza das pistolas. Defende evidente prejuízo ao ter o Juízo permitido a elaboração de perícia complementar, bem como a oitiva de suas testemunhas. Requer a nulidade do processo, em relação à insalubridade e à periculosidade com a consequente reabertura da instrução processual para feitura de perícia complementar e a oitiva do preposto e das testemunhas quanto aos fatos divergentes a respeito das condições insalubres e perigosas.

Analiso.

O laudo pericial foi elaborado a partir de inspeção *"in loco"* na sede da reclamada, bem como a partir das declarações prestadas pelas partes (ID. 5569b5c). Em razão das impugnações manejadas foram apresentados três laudos complementares (ID. d699cce, ID. 6782c5a e ID. 76fd070), sendo uma nova perícia indeferida pelo Julgador no momento da audiência de origem, assim como a oitiva de testemunhas trazidas pelo autor por considerar o laudo conclusivo (ID. 4330d0c)

Concordo com a decisão, uma vez que o autor apresenta sucessivas impugnações a parecer técnico elaborado a partir da documentação apresentada, da entrevista feita com as partes, da vistoria e dos elementos analisados no estabelecimento da empresa reclamada. Assim, a despeito dos argumentos do recorrente, analisando o laudo pericial, constato que não haver necessidade da produção de novo laudo



pericial.

A propósito, abe ao Julgador zelar pela celeridade da prestação jurisdicional, refutando medidas inócuas diante dos demais elementos de convicção já colacionados aos autos. Desse modo, o indeferimento de provas desnecessárias constitui exercício do poder de condução do juiz, nos termos do art. 765 da CLT. Em igual sentido é a disposição contida no art. 370 do CPC/2015, ora transcrita: "*Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.*".

No mais, tal como referido pelo Julgador, o laudo é conclusivo e não condicional, de modo que não há falar em produção de prova oral para desconstituí-lo. Ressalto que as testemunhas não trariam qualquer elemento apto a infirmar as conclusões da profissional, na medida em que a caracterização ou não da insalubridade e da periculosidade dependem de avaliação qualitativa do profissional que detém o conhecimento técnico.

Correta a decisão da origem de indeferimento da prova testemunhal quando a parte pretende com ela fazer prova que exige análise técnica ou documental. Nesse sentido, esta magistrada tem firmado entendimento:

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, no ponto..

1.2 FRACIONAMENTO DAS FÉRIAS

O reclamante arrazoa que, ao contrário dos fundamentos da sentença, o fracionamento das férias, da maneira como feita pela reclamada (dois períodos de férias e um de abono), é totalmente ilegal, na medida em que viola o disposto no art. 139 da CLT, o qual permite o desdobramento das férias em apenas dois períodos, sendo que o abono é parte integrante das férias convertidas em indenização, dependendo da vontade do trabalhador e não do empregador. Aponta a irregularidade da concessão do período aquisitivo 2012/2013, uma vez que fracionada em três períodos e, ainda, convertido em abono intervalo inferior a 1/3, em afronta aos arts. 134, § 1º; 139§ 1º e 143, *caput*, todos da CLT. Pugna pela reforma da decisão para que a reclamada seja condenada ao pagamento da dobra do respectivo período, acrescido de 1/3 com reflexos em FGTS e indenização compensatória de 40%, horas extras, repousos semanais remunerados e feriados, adicional de insalubridade e adicional de periculosidade. Aprecio.

De imediato, importante explicitar, em que pese a época da concessão das férias seja a que melhor consulte os interesses do empregador, na forma do art. 136 da CLT, entendo que o seu fracionamento deve observar os ditames legais, não sendo este vedado por lei, desde que observada a excepcionalidade da medida e o limite mínimo de 10 dias para cada fração, na forma do parágrafo 1º do art. 134 da CLT, e do parágrafo 1º do art. 139 da CLT.



Dispõe o entendimento contido na Súmula n. 77 deste Regional sobre a possibilidade de fracionamento das férias, desde que em períodos não inferiores a 10 (dez) dias, o qual será válido, ainda que não demonstrada a excepcionalidade a que alude o art. 134, § 1º, da CLT, curvando-me à aplicação da referida Súmula.

Examinando a documentação relativa à férias, verifico que, diferentemente do que alega o reclamante, não há concessão de período inferior a 10 dias (ID. aa7f07d).

Dessa forma, a sentença deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Nego provimento.

1.3 ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

O recorrente declara que estava exposto a condições insalubres. Transmite que, conforme consta nos autos, trabalhava operando pistola pressurizada para aplicação de tinta base nas carcaças dos veículos montados na reclamada, submetendo-se a diversos agentes químicos presentes nas tintas automotivas, compostas por misturas de hidrocarbonetos alifáticos (acetona, acetato de etila, entre outros) e solventes orgânicos (xileno, tolueno, naftas leves), produtos que são depressores do sistema nervoso central e carcinogênicos, sendo enquadrados na NR-15, Anexo 13. Sustenta que o afastamento se deu por ter a perita considerado que os EPIs elidem a insalubridade, entretanto, a ficha de entrega dos equipamentos está ilegível, bem como ausente a indicação da certificação de aprovação, não servido como meio de prova, situação que obsta a eficácia protetiva dos acessórios. Também, assevera que a reclamada colaciona apenas duas fichas relativas ao segundo semestre dos anos de 2014 e 2015 e com o fornecimento de quantidades duvidosas. Cita, como exemplo o macacão Dupont Tivek, CA 34.187 que, de acordo com a sua certificação, não é eficaz para proteger contra a utilização do Xileno - um dos agentes químicos ao qual estava exposto, sendo, inclusive, permeável, passando as tintas e solventes por meio de sua malha. Refere que o creme de proteção tem eficácia precária, principalmente por estudos que identificaram ser necessário uma camada fixa de creme constante de no mínimo 3 mm de espessura do produto sobre as mãos, pois o fator atrito removeria o creme, diminuindo, assim, sua capacidade neutralizante ou atenuadora, hipótese que inviabilizaria a maioria das atividades operacionais. Sublinha

que a elisão da insalubridade pelo creme protetor e outros EPIs depende de condições de operacionalidade adequadas, não bastando o seu fornecimento ao empregado. Solicita o reconhecimento das condições insalubres do trabalho com a consequente condenação da reclamada ao pagamento do respectivo adicional em grau máximo, com integração no adicional noturno, aviso prévio indenizado, férias com 1/3, 13º salário, horas extras, repousos semanais remunerados e feriados, adicional por tempo de serviço e FGTS com indenização compensatória de 40%.

Examino.

Dispõe o art. 189 da CLT que *São atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da*



natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos. Além disso, conforme o art. 192 da CLT, o labor prestado em condições insalubres enseja a percepção de um adicional que pode ser mínimo - 10% -, médio - 20% -, ou máximo - 40% -, cumprindo referir que a caracterização e classificação da insalubridade devem ser apuradas em perícia técnica realizada por médico ou engenheiro do trabalho, nos termos do art. 195 da CLT.

Fundamentada nas informações prestadas pelo reclamante a profissional consigna no laudo que as atividades laborais consistiam em:

Pré-limpeza (de 6 a 8 meses):

- limpar com pano e ar-comprimido na lateral, tampa, cofre e teto;

Preparação do Primer (3 meses):

- efetuar a lixação da carroceria, após a aplicação do primer com lixa orbital e lixa manual;
 -
 - realizar inspeção visual na carroceria;
- limpar com pano seco, para retirar os resíduos da lixação, para conferir bom aspecto à carroceria;

Aplicação de Primer (3 meses):

- - aplicar álcool com pano para retirar resíduos;
- colocar gancho no cofre (tampa do cofre);

Aplicação da Base (12 meses):

- - limpar a carcaça com pano e ar-comprimido; aplicar tinta base com pistola na cabine de pintura, de tempos em tempos, higienizando a pistola,
- limpando o bico com pano;

Aplicação do Verniz (10 meses):

- aplicar verniz com pistola na cabine exaustora na lateral e mala da carcaça dos veículos.



(ID. 5569b5c - Págs. 3-4).

Saliento que a reclamada concorda com as tarefas descritas acima.

Quanto aos equipamentos de proteção o autor refere que *recebeu e fez uso regular de óculos de proteção, protetores auriculares, creme para as mãos PM 1000, luvas em malha, luvas multitalo, luvas nitrílicas, máscara semi-facial com cartucho, máscara semi-facial com ar mandado, macacão e touca, calçado de segurança, meias e uniforme* (ID. 5569b5c - Pág. 4).

Em conclusão, a perita indicou que *O reclamante trabalhava operando pistola pressurizada para aplicação de tinta base nas carcaças dos veículos montados na reclamada.*

As tintas automotivas base de solvente são compostas por misturas de hidrocarbonetos alifáticos (acetona, acetato de etila, entre outros) e solventes orgânicos (xileno, tolueno, naftas leves). Estes produtos possuem hidrocarbonetos aromáticos que são depressores do sistema nervoso central e produtos carcinogênicos. A NR-15, Anexo 13, em seu item Hidrocarbonetos e Outros Compostos de Carbono, determina que as atividades de pintura a pistola com esmaltes, tintas, vernizes e solventes contendo hidrocarbonetos aromáticos, são caracterizadas insalubres em grau máximo.

*Entretanto, de acordo com o apurado na inspeção, o autor recebeu e fez uso de macacão em Tyvek e máscara de proteção com filtros de ar (CA 7298 e CA 4115), que elidem o contato com os agentes químicos, **descaracterizando a condição de insalubridade.*** (ID. 5569b5c - Pág. 6. Grifei.)

Consoante se infere das razões recursais, a insurgência diz respeito à ineficácia dos equipamentos de proteção individual como forma de elidir a suposta insalubridade

Importante destacar que a reclamada colaciona ao processo lista de treinamento para utilização dos equipamentos de proteção, na qual se verifica a participação do reclamante (ID. 2b4748d - Pág. 18). Também, embora a ré traga ao processo as fichas de EPIs somente dos segundos semestres dos anos de 2014 e 2015, conforme se depreende do excerto transcrito acima, o próprio autor confessa que recebia e fazia uso dos acessórios de segurança.

Acentuo que em consulta aos processos de certificação dos equipamentos constatei o que se segue:

- Processo n. 46000.005501/2018-11 (CA 34.187) - certifica a validade do macacão até 01-11-2023. O equipamento está aprovado para **proteção do tronco, membros superiores e membros inferiores do usuário contra riscos de origem química.**
- Processo n. 14021.119787/2020-09 (CA 4.115) - certifica a validade da máscara semifacial até 08-05-2025. O equipamento está provado para **proteção das vias respiratórias do usuário contra a inalação de partículas sólidas,**



quando utilizado com filtros mecânicos ou combinados, e contra gases e vapores, quando utilizado com filtros químicos ou combinados.

- Processo n. 14021.119796/2020-91 (7.298) - certifica a validade da máscara facial inteira até 08-052025. O equipamento está aprovado para **proteção das vias respiratórias do usuário contra a inalação de partículas sólidas, quando utilizado com filtros mecânicos ou combinados, e contra gases e vapores, quando utilizado com filtros químicos ou combinados.**

Ainda, friso que, embora seja meu entendimento de que o creme de proteção, por si só, não é suficiente para elidir a insalubridade, uma vez que o atrito retira a camada de proteção, deixando a pele do trabalhador em contato com o agente insalubre, na ação ora analisada, restou comprovado que o reclamante também usava luvas nitrílicas e fazia a aplicação das tintas por meio de pistola pressurizada.

É significativo reiterar que as condições de trabalho foram avaliadas conforme o noticiado pelo próprio autor e na investigação a *expert* constatou que os equipamentos de proteção fornecidos pela reclamada eram suficientes para eliminar a insalubridade.

Dessa forma, acolho a conclusão pericial e mantenho a decisão de mérito quanto ao tópico.

Nego provimento ao apelo.

1.4 ADICIONAL DE PERICULOSIDADE

A parte autora relata que a documentação acostada pela reclamada indica que havia risco de fagulhas e explosão no local de trabalho, em decorrência da lavagem das pistolas em tanques de solventes. Enfatiza que no item 4 do laudo pericial foi registrado como sendo de sua responsabilidade a aplicação de tinta base com pistola na cabine de pintura e que, de tempo em tempo, higienizava a ferramenta. Giza ter sido a profissional taxativa ao declarar que "*comprovado que no desenvolvimento da sua função o autor tinha necessidade de ingressar no prédio do Paint Mix, suas atividades serão caracterizadas como perigosas, nos termos do Anexo 2 da NR-16*". Anuncia que trabalhava em recinto fechado, considerado área de risco, conforme prevê a alínea "s" do item 3 do Anexo 2 da NR-16 da Portaria n. 3.214/78. Frisa que no local se concentrava o armazenamento e uso de tintas, vernizes e solventes, decorrentes do processo de pintura, produtos classificados como inflamáveis, em razão do ponto de fulgor. Salienta que, de acordo com a manifestação da *expert*, o armazenamento de inflamáveis não ocorria somente por meio de latas e tambores, mas também por tubulação, tendo em vista que a preparação ocorre no setor de *Paint Mix*, sendo canalizados até o setor de pintura. Defende que por analogia, o entendimento atual é de que a utilização de pistola para aplicação de tintas e solventes, equipara-se à situação dos postos de combustíveis, pois o risco é o mesmo. Colaciona jurisprudência para defesa de sua tese. Pondera que, por se tratar de armazenamento e uso de produtos inflamáveis, não há regulação quanto à quantidade mínima, eis que o limite de 200 litros



diz respeito somente ao transporte, assim como os itens 4.1 e 4.2 regulamentam as formas de acondicionamento em embalagens certificadas, ônus do qual a reclamada não se desincumbiu. Refere que acessava rotineiramente o prédio do *Paint Mix* para buscar os produtos utilizados na limpeza do setor e das pistolas. Acresce que a perita não informou a quantidade de inflamáveis existentes, nem a sua forma de uso. Menciona o entendimento vertido no art. 193 da CLT. Reivindica o reconhecimento da periculosidade nas atividades laborais, sendo a ré condenada ao pagamento do referido adicional com integração no adicional noturno, aviso prévio indenizado, férias com 1/3, 13º salário, horas extras, repousos semanais remunerados e feriados, adicional por tempo de serviço e FGTS com indenização compensatória de 40%.

Decido.

Insta, inicialmente, ressaltar que o adicional de periculosidade é destinado a contraprestar as atividades desenvolvidas em condições de risco, independente do tempo de permanência na área considerada periculosa. Basta a exposição para ensejar o reconhecimento desse direito. A periculosidade não se avalia pelo tempo de exposição, mas apenas pelo risco a que está exposto o trabalhador, e pela regularidade em que ele atua em área de risco, na medida em que o sinistro pode ocorrer a qualquer momento, e somente o contato fortuito deve ser considerado eventual sem que gere o direito ao adicional.

Segundo o art. 193 da CLT, são consideradas atividades ou operações perigosas, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a inflamáveis, explosivos, energia elétrica, roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial, conforme regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

Sobre o tema, na petição inicial, o reclamante alega que *trabalhava em local notadamente periculoso, estando exposto, habitualmente, a produtos inflamáveis, sem prejuízo de outros.* (ID. dc4df2c - Pág. 2).

Observo que os termos são apresentados de maneira genérica.

Ao analisar o local de trabalho do autor, a perita constata que:

*Conforme a Norma Regulamentadora nº 16 - Atividades e Operações Perigosas, são consideradas atividades exercidas em risco acentuado, as atividades e operações perigosas com explosivos (Anexo 1), as atividades e operações perigosas com inflamáveis (Anexo 2), as atividades e operações perigosas com exposição a roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial (Anexo 3), as atividades e operações perigosas com energia elétrica (Anexo 4) e as atividades e operações perigosas com radiações ionizantes ou substâncias radioativas (Anexo *).*

As atividades da reclamante não estão relacionadas nos Anexos da NR-16 que estabelecem as áreas de risco acentuado.

Baseado nas informações das partes e nas condições apuradas durante a inspeção, a reclamante não permanecia exposta a agentes que pudessem caracterizar suas atividades como perigosas.

(ID. 5569b5c - Pág. 7)



Sublinho que em uma das impugnações ao desfecho pericial, o autor pede que a perita informe *se havia inflamáveis em uso durante a inspeção, onde estavam acondicionados e em que quantidade*. (ID. a89e236 - Pág. 5)

Provocada a se manifestar, a profissional é categórica ao notificar que *Não havia armazenamento de inflamáveis líquidos no local de trabalho do autor* (ID. 6782c5a - Pág. 1).

Repiso, a perícia foi feita com a participação do autor e no seu local de trabalho.

Assim, no tópico, entendo ser irreparável a sentença ao acolher a conclusão da perita, segundo a qual as atividades desempenhadas pelo reclamante não se enquadram como periculosas, porquanto não estava exposto a líquidos inflamáveis.

Nego provimento ao recurso do reclamante.

1.5 JORNADA DE TRABALHO. REFLEXOS EM REPOUSOS SEMANAIS REMUNERADOS E FERIADOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 366 DO TST

O Reclamante argumenta que, sendo incontroversa a prestação de serviço em atividade insalubre, sem que a reclamada tenha obtido da autoridade competente em saúde e medicina do trabalho autorização para prorrogação de jornada de trabalho nessas condições, como exige o teor do art. 60 da CLT, a condenação da ré não pode se limitar ao adicional sobre as horas irregularmente compensadas. Transcreve o item VI da Súmula . 85 do TST. Ainda, salienta que a compensação de jornada do tipo banco de horas não está provisionada pelo referido dispositivo legal. Acrescenta que os contracheques posteriores a 01-04-2014 não registram a relação de horas que eram destinadas à compensação semanal, tampouco as horas extras creditadas e debitadas no banco de horas. Pugna pela reforma da sentença para que a parte ré seja condenada ao pagamento das horas extras excedentes à 8ª diária e à 43ª, à 42ª, à 41ª e à 40ª semanal, conforme os períodos de redução de carga horária consignados nos Acordos Coletivos, acrescidas dos reflexos pleiteados na inicial. Também, mencionando o art. 7º, "b", da Lei n. 606/1949, pede a incidência do aumento da média remuneratória. Por fim, sublinha que, uma vez ultrapassado o limite previsto na CLT, as horas extras devem ser computadas minuto a minuto, a partir da jornada normal de trabalho, de acordo com a Súmula n. 366 do TST.

Analiso em partes.

1.5.1 Jornada de Trabalho

De início, cumpre salientar que a decisão da origem foi mantida quanto à ausência de insalubridade nas atividades do reclamante, não havendo falar em nulidade dos regimes compensatório por desrespeito ao art. 60 da CLT.

Todavia, sobre a condenação ao pagamento das diferenças de horas extras, respeitando o entendimento do Julgador singular, penso diferente.

O Juízo *a quo* decide a questão sob os fundamentos que ora transcrevo:



Analisando os registros de horário, observo que até 31/03/2014 o reclamante trabalhou em regime compensatório semanal, sendo de 9,10 horas até 22/03/2013, e de 8,18 horas posteriormente. A partir de

01/04/2014 passou a trabalhar em jornada de 8 horas. Durante todo o período foi adotado o banco de horas. A convivência simultânea do sistema semanal com o banco de horas traz uma incompatibilidade em sua natureza, pois o primeiro pressupõe que não sejam realizadas horas extras e tem como objetivo uma segunda folga na semana, enquanto o segundo implica na realização de horas extras para posterior compensação no prazo legal ou convencional. Nesse sentido já decidiu o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região:

HORAS EXTRAS. BANCO DE HORAS E REGIME COMPENSATÓRIO SEMANAL.

O regime compensatório semanal é incompatível com o banco de horas, de modo que é descabida a adoção concomitante de ambos em prejuízo ao pagamento das horas extras que o trabalhador faria jus. Recurso ordinário da reclamada desprovido no aspecto. (Acórdão do processo 0000847-92.2013.5.04.0233 (RO), Data: 13/04/2016, Origem: 3ª Vara do Trabalho de Gravataí, Órgão julgador: 4a. Turma, Redator: André Reverbel Fernandes)

Além disso, havia realização de horas extras habituais em alguns períodos, citando, por exemplo, o mês de maio de 2013 (espelho do ponto id be71705 - Pág. 20).

Para o período a partir de 01/04/2014, quando deixou de ser utilizado o regime compensatório semanal, o banco de horas também é irregular, pois nos espelhos do ponto não constam as informações sobre créditos e débitos do banco de horas e não foi apresentado outro documento que permitisse ao empregado verificar o correto cômputo e registro no banco de horas.

Dessa forma, reconheço a invalidade dos regimes adotados, compensatório semanal e banco de horas.

Para o período até 31/03/2014, condeno a reclamada ao pagamento do adicional de horas extras previsto em norma coletiva para as horas destinadas à compensação, e hora extra acrescida do adicional às horas excedentes da carga horária semanal, observados os espelhos do ponto, com reflexos pela média física em férias com 1/3, décimo terceiro salário e aviso-prévio.

Para o período a partir de 01/04/2014, condeno a reclamada ao pagamento das horas excedentes da jornada diária e carga horária semanal, com o adicional de horas extras previsto em norma coletiva, observados os espelhos do ponto e o intervalo fixado, com reflexos pela média física em férias com 1/3, décimo terceiro salário e aviso-prévio.

(ID. e66b4ec - Págs. 2-3. Grifos originais.).

Reparo que, embora o Magistrado tenha invalidado ambos os regimes utilizados, no período em que praticado ambos os sistemas, ou seja, até 31-03-2014, deferiu apenas o pagamento o adicional sobre as horas irregularmente compensadas.

Advirto ser inaplicável o item IV da Súmula n. 85 do TST quanto à forma de remuneração, uma vez que no referido período também era adotado o regime de banco, que tem condenação mais ampla, sendo devido, portanto o pagamento da hora mais o adicional.



Assim, dou provimento ao recurso do reclamante para condenar a reclamada, por todo o pacto laboral, ao pagamento das horas excedentes da jornada diária e carga horária semanal, com o adicional de horas extras previsto em norma coletiva, observados os espelhos do ponto e mantidas as demais cominações impostas na sentença.

1.5.2 Reflexos em repouso semanais remunerados e feriados

O Magistrado indeferiu os reflexos das horas extras nos repouso semanais remunerados por concluir que a parcela já integra o valor da hora, de acordo com o acordo coletivo da categoria (ID. e66b4ec - Pág. 3).

Com efeito, não se desconhece a legitimidade da inclusão do repouso remunerado ao salário do empregado horista, definido por norma coletiva. No entanto, sendo as horas extras contraprestação do trabalho, ou seja, parcela de natureza salarial que integra a remuneração para todos os efeitos, geram elas reflexos nos repouso remunerados tanto para o empregado mensalista como horista. Isto porque as horas extras são pagas apenas em dias trabalhados e o art. 7º, alínea "a", da Lei n. 605/49, é expresse em garantir a remuneração do repouso semanal, equivalente àquela de um dia de serviço.

Nesse sentido a Súmula 172 do TST, que é geral ao determinar a integração das horas extras em repouso remunerados, *in verbis*:

"Súmula nº 172 - REPOUSO REMUNERADO. HORAS EXTRAS. CÁLCULO (mantida) Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 - Computam-se no cálculo do repouso remunerado as horas extras habitualmente prestadas. (ex-Prejulgado nº 52)."

Dou provimento ao recurso ordinário do reclamante para que seja incluído na condenação os reflexos das horas extras deferidas nos repouso semanais remunerados e feriados.

1.5.3 Incidência da Súmula n. 366 do TST

A deferir as o pagamento das horas extras, o Julgador determinou que, para o cômputo, fosse observado o entendimento vertido no art. 58, § 1º da CLT (ID. e66b4ec - Pág. 3) Por sua vez, o reclamante requer a aplicação da Súmula n. 366 do TST.

Entendo que ambos os dispositivos seguem a mesma linha de raciocínio. Contudo, por considerar que o conteúdo da Súmula é mais minucioso e para evitar futuras discussões na fase de execução, defiro o pedido.

Dou provimento ao recurso ordinário do autor para que na apuração das horas extras seja obedecido o teor da Súmula n. 366 do TST.

1.6 INDENIZAÇÃO POR ASSÉDIO MORAL



O autor assevera ser incontroverso ter sido vítima de assédio moral pelo empregado _____. Relata que os fatos corroborados pelas declarações da ata de audiência e dos documentos juntados, evidenciam a gravidade do ocorrido, principalmente porque viola sua condição pessoal, cujos os atos do facilitador da recorrida se consubstanciaram em injúrias raciais. Reproduz trechos da prova oral constante no processo. Enfatiza que as questões relacionadas com o colaborador não ocorreram apenas no espaço de tempo de um mês. Frisa ter a reclamada agido de maneira branda, pois demitiu o empregado sem justa causa e, tendo em vista a gravidade dos acontecimentos, deveria ter sido aplicada a pena máxima de justa causa. Entende, ainda que tenha sido promovida a demissão, tal atitude não foi suficiente para amenizar a dor sofrida, pois foi humilhado na presença de outros colegas, em razão da cor de sua pele. Reivindica a condenação da reclamada ao pagamento de indenização por dano moral.

Aprecio.

O direito à indenização por dano moral está inscrito nos incs. V e X do art. 5º da Constituição Federal, bem como nos arts. 186 e 927 do CC. O dano moral abala a esfera íntima do indivíduo, causando dor, angústia, vergonha, sensação de impotência, dentre tantos outros sentimentos que desestabilizam emocionalmente o vitimado.

Cito, a respeito da matéria, a doutrina do jurista Rodolfo Pamplona Filho:

Dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa, violando sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

(Dano Moral na Relação de Emprego. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora LTr, 1999. p. 42).

Uma das formas mais comuns de danos morais ao empregado consiste no assédio moral, o qual se caracteriza por condutas reiteradas do assediador que, via de regra, não se relacionam com a prestação do trabalho em si, mas ultrapassam os limites razoáveis da cobrança de metas e de trabalho e respeito esperado no ambiente de trabalho, atingindo o empregado em sua dignidade como pessoa e trabalhador, a ponto de causar danos em sua autoestima e desempenho na vida profissional, social e pessoal. Observo que o assédio moral não necessita ser praticado por superior hierárquico, podendo ocorrer em nível horizontal (entre colegas) e, até mesmo, de baixo para cima (subalternos assediando a chefia), restando caracterizado sempre que o trabalhador sofre reiteradas ofensas à sua dignidade sem que o empregador tome providências para restabelecer o ambiente de trabalho saudável, livre de discriminações ou desavenças.

Ainda, o dano moral pode se dar por ato único que, em razão da sua inadequação ao meio de trabalho, ofende a honra ou dignidade do trabalhador. Isso porque a indenização por danos morais, na esfera laboral, tem por objetivo reparar uma lesão de ordem psicológica causada por uma das partes integrantes do contrato de trabalho, a qual pode decorrer de fatos sucessivos ou por um único episódio desabonador do trabalhador.

Todavia, dada a gravidade da lesão tutelada é preciso prova robusta da configuração do dano moral, seja ele decorrente de assédio ou ato único, não sendo possível conceder indenização por danos decorrentes de fatos não comprovados. Portanto,



para a configuração do dano moral, cabe a parte reclamante comprovar a alegada ofensa a sua honra, imagem ou dignidade, nos termos do art. 818 da CLT e art. 373, I, do CPC, sendo o dano, via de regra, *in re ipsa*.

In casu, na inicial o autor revela ter sido vítima de assédio moral pelo facilitador da empregadora _____, diz que o preposto fazia "piadas" de cunho racista e que, em uma oportunidade *para verificar erros de pintura em unidades (carrocerias dos veículos)*, afirmou que precisava passar, pela esteira - unidade de robôs (Fanuc), uma unidade de cor preta, e disse ao Reclamante que entrasse no Fanuc, para que aquele identificasse os "erros", cujo fato ocorreu na frente de outros colegas, causando constrangimento e humilhação ao Autor (ID. dc4df2c - Pág. 5).

Na defesa, a reclamada não nega os fatos, inclusive evidencia-os conforme transcrito abaixo:

[...] cabem alguns esclarecimentos quanto à alegação de que o reclamante foi alvo de assédio moral por parte de um colega, o facilitador _____, que em uma oportunidade fez "piadas" de cunho racista, conforme relatado na inicial.

Primeiramente, importante reforçar que JAMAIS foi permitido nas dependências da reclamada qualquer ato ou procedimento desabonador a esfera pessoal ou moral de qualquer de seus empregados. Na reclamada não é tolerada nenhuma demonstração de desrespeito à dignidade da pessoa humana entre colegas de trabalho, pois assim não atua a reclamada, nem permite que atuem seus prepostos.

*A verdade dos fatos é que em 26 de março de 2013, chegou ao conhecimento da liderança e do RH que o empregado _____ Lopes tinha feito ""brincadeiras"" ofensivas com colegas do time o qual fazia parte, quando detectado um defeito técnico de insuficiência na pintura das carrocerias. **Os fatos foram imediatamente apurados e em 04 de abril de 2013 o empregado _____ Lopes foi desligado da empresa.***

Importante destacar que no período de investigação foi aferido o depoimento das partes envolvidas, em especial o depoimento pessoal do reclamante, bem como da testemunha citada por ele, Sr. _____, cujos são juntados aos autos com o fito de comprovar que a empresa sempre esteve aberta e atenta às colocações de seus empregados, bem como porque no exato momento em que o fato chegou ao conhecimento da reclamada (26/03/2013) foi dada a devida atenção ao caso e se adotaram as medidas pertinentes, de modo a estancar possíveis danos.

Portanto, resta claro que a reclamada tomou as providencias cabíveis para imediatamente coibir o fato que chegou ao seu conhecimento, a fim de abolir qualquer prejuízo ou dano. Cumpre referir, novamente, que JAMAIS se admitiu dentro da reclamada qualquer tratamento ilegal, tampouco, trabalho em desconformidade com a legislação nacional.

*Assim, o que se verifica é que a reclamada não pode ser responsabilizada no caso em tela nem por ação e tampouco por omissão ou negligência, visto que não praticou nenhum ato ilícito contra o reclamante e de pronto adotou todas as providências para a solução do conflito, sendo que após adotar uma postura cautelosa e criteriosa na investigação dos fatos, **desligou o empregado envolvido na denúncia**, conforme termo de rescisão anexo.*

(ID. ddbb529 - Pág. 14. Grifos originais.).

Logo, é incontroverso que o autor padeceu do crime de injúria racial no âmbito laboral.

Apesar disso, acatando a tese da reclamada, o Magistrado julga improcedente o pedido, fundamentando



sua decisão nos termos reproduzidos a seguir:

Na espécie, mesmo que _____ tenha adotado condutas discriminatórias por motivo racial, conforme refere a prova oral, a reclamada não deixou de tomar providências, o que é reconhecido pela testemunha, não transcorrendo mais do que um mês para a despedida de _____. A testemunha não confirma que a empresa demorou o tempo de 2 ou 8 meses para tomar providências. A declaração do reclamante, id 6019d3b, de 26/03/2013, menciona que o fato sobre a pintura teria ocorrido de 5 a 6 meses. Contudo, a testemunha afirma que em um mês foi aberta investigação e _____ despedido. Conforme Termo de Rescisão id e98f285, _____ foi despedido em 04/04/2013.

Assim, entendo que não houve conduta ilícita da reclamada, que tomou providência para cessar o procedimento ilegal de seu preposto com sua despedida.

Com a máxima vênia ao entendimento do nobre colega, de sua decisão divirjo essencialmente.

Penso que o racismo e o seu subtipo injúria racial são inadmissíveis ao nível de civilidade que a humanidade atingiu. Porém, constatamos, frequentemente, que as práticas são tão comuns que chegam a ser invisíveis aos olhos de quem não é vítima, chegando-se à descabida negação do dano sofrido, tal qual defendido pela reclamada ao anunciar que ***não havendo comprovação de prejuízo à sua integridade moral e à dignidade da pessoa humana, bem como não tendo sua honra restado maculadas, afigura-se totalmente improcedente o pedido em exame.*** (ID. ddbb529 - Pág. 17. Grifei.)

Por óbvio que o reclamante teve prejuízos, tendo em vista ter sofrido agressão acintosa à sua dignidade, causadora de humilhação no ambiente de trabalho, perante outros colegas.

Previno não passar despercebido que, nada obstante a reclamada argumente tenha desligado o empregado injuriante pelo comportamento inadequado, a rescisão se deu de forma imotivada. Advirto que a injúria racial é crime tipificado no art. 140, § 3º, do Código Penal, impondo ao agressor pena de reclusão de um a três anos e multa. Desse modo, seria plenamente possível que, na esfera trabalhista, fosse punida com mais rigor, enquadrando-se a atitude nas alíneas "b" e "j" do art. 482, da CLT. No entanto, reitero, mesmo a injúria sendo averiguada e comprovada, o ofensor foi demitido sem justa causa. Depreendo que, com o meio rescisório escolhido, a reclamada atenuou a conduta ilícita de seu preposto, portanto, cúmplice subjetivamente.

Mesmo que não se concorde com a conclusão, é preciso ressaltar que, segundo o art. 932, III, do CC, subsidiariamente aplicável ao processo do trabalho:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

[...]

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

(Grifei.)



Mais, o art. 953 do mesmo diploma legal prevê que *A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.*

Diante de tal quadro, faz jus o reclamante à indenização por dano moral, devendo a reclamada arcar com os atos de seu representante.

Finalmente, entendo que a quantificação da indenização é subjetiva, de acordo com a análise da prova produzida, como também da situação econômica e patrimonial da parte reclamada, além da observância do caráter pedagógico da penalidade, fatores que devem ser considerados para fixação da indenização devida.

Aponto que ações como a publicizada devem ser tratadas com todo o cuidado e rigidez, não podendo serem mitigadas.

Nesse caso, arbitro o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), montante que considero adequado, tendo em conta o porte da reclamada e a gravidade da conduta, inclusive, renovo, tipificada pelo Código Penal como crime, não se tendo por elevado, diante dos danos sofridos.

Dou provimento ao recurso ordinário do reclamante para condenar a reclamada ao pagamento de indenização por dano moral no importe de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), com juros de mora desde o ajuizamento da ação e atualização monetária a partir da presente decisão, nos termos da Súmula n. 439 do TST.

1.7 NATUREZA DAS PARCELAS

O recorrente exige a exclusão da incidência de INSS e IRPF nas diferenças de férias com 1/3, aviso prévio, indenização compensatória de 40% e indenização por dano moral, por se tratarem de parcelas de natureza indenizatória.

Examino.

Tal como decidido na origem, entendo que os descontos fiscais têm seu amparo no art. 46 da Lei n. 8.541 /92 que torna obrigatória a retenção na fonte pela pessoa jurídica ou física obrigada ao pagamento dos rendimentos decorrentes de decisão judicial. Já os descontos previdenciários, estão determinados nos arts. 43 e 44 da Lei n. 8.212/91, com as alterações impostas pela Lei n. 8.620/93.

Os critérios de apuração devem ser estabelecidos na fase de liquidação, também quanto às parcelas tributáveis.

Nego provimento ao recurso ordinário do reclamante.

1.8 PREQUESTIONAMENTO



Em atenção à insurgência recursal, registro que se consideram prequestionadas todas as matérias analisadas, ainda que não expressamente referidas as teses e dispositivos legais invocados pelas partes, nos termos Súmula n. 297 do TST e da OJ n. 118, da SBDI-1, do TST.

BRIGIDA JOAQUINA CHARAO BARCELOS

Relator

VOTOS

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADORA BRÍGIDA JOAQUINA CHARÃO BARCELOS (RELATORA)

DESEMBARGADOR MARÇAL HENRI DOS SANTOS FIGUEIREDO

DESEMBARGADOR CLÓVIS FERNANDO SCHUCH SANTOS

