



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

PROCESSO TRT/SP Nº 1000555-18.2019.5.02.0401

RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTES: [REDACTED]; BK BRASIL OPERAÇÃO E ASSESSORIA A RESTAURANTES S.A.

RECORRIDOS: OS MESMOS

ORIGEM: 1ª Vara do Trabalho de Praia Grande

RELATÓRIO

Inconformados com a sentença Id 52f0c51, cujo relatório adoto, complementada pela r. decisão de embargos declaratórios, Id 0a0b459, e que julgou a presente ação procedente em parte, recorrem a partes. A reclamada, em suas razões, Id ce070ef, pugna pela reforma da r. sentença, no tocante aos seguintes tópicos: rescisão indireta, verbas rescisórias, diferenças de horas extras, intervalo do artigo 384 da CLT, adicional de insalubridade, honorários periciais, danos morais, multa por litigância de má-fé, honorários advocatícios. A reclamante, em suas razões recursais, Id 0745e41, impugna os seguintes itens: horas extras e dano moral.

Justiça gratuita, Id 52f0c51.

Seguro garantia e custas processuais, Id c496ccc/45ª065f.

Contrarrazões Id 1817940 pela reclamante e Id 7208b23 pela reclamada.

É o relatório.

VOTO

Conhecimento

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Fundamentação

I - RECURSO DA RECLAMADA

A - Rescisão indireta/verbas rescisórias.

Pretende a recorrente a reforma do julgado que declarou a rescisão indireta do contrato de trabalho sob o fundamento de que os funcionários da reclamada jogaram pó do extintor na autora enquanto ela dormia no vestiário. Argumenta que absolutamente ninguém presenciou os fatos alegados pela autora, não tendo indicado a autoria do ato e que as fotos anexadas aos autos foram produzidas de forma unilateral pela recorrida.

Análise.

Com relação a rescisão indireta, é certo que a lei preserva a continuidade do vínculo empregatício, autorizando-a somente em casos gravíssimos, nos quais é desaconselhável o prosseguimento do vínculo por ser prejudicial ao empregado.

No presente caso, a demandante apresentou diversos argumentos como fundamento para a rescisão indireta, entre eles, o fato de no dia 28/02/2019 ter sido vítima de disparo de pó químico de extintor enquanto estava dormindo no vestiário da reclamada, pois havia encerrado o expediente e estava aguardando o horário do primeiro ônibus para retornar para casa.

Em contestação a reclamada alegou que *"a suposta brincadeira de mau gosto em que a Reclamante alega ter sido vítima JAMAIS ocorreu, inclusive, os fatos narrados na petição inicial são totalmente infundados e absurdos (...)"*

Entretanto, o próprio preposto da reclamada afirmou o seguinte:

"que ouviu que a reclamante estava dormindo no vestiário feminino e que jogaram pó químico de extintor nela; que o depoente não estava presente, apenas ouviu dizer; que não sabe o que aconteceu com os envolvidos; que nunca ouviu falar de nenhuma piada em relação a ela; que não sabe que horas os fatos ocorreram nem o motivo da autora estar dormindo"

Em depoimento, a segunda testemunha da reclamante afirmou o seguinte:

"que o atendente Vitor e o pessoal do posto de gasolina lhe contaram que a reclamante saiu toda branca e estava passando mal; que dois atendentes, Igor e outro que esqueceu o nome, pegaram extintor de pó químico e jogaram na porta do banheiro feminino e a reclamante estava lá; que todos ficaram brincando e ficaram tirando sarro dela; que a depoente não viu a brincadeira depois; que no dia seguinte a reclamante não foi trabalhar; que a reclamante após o fato tentou voltar a trabalhar; que viu que a autora se esforçou para voltar, mas não conseguiu "porque não teve psicológico"; que a depoente não sabe se os dois atendentes foram dispensados; que ouviu muitos atendentes fazendo piadas depois do fato; que um deles era a Letícia; que a depoente ouviu "que era só uma brincadeira, não era sério e não precisava de tanta coisa assim"; que não sabe o porquê da brincadeira."

A testemunha da reclamada assim afirmou:

"que a depoente ficou sabendo de um episódio com extintor, mas não estava presente pois foi de madrugada; que a depoente ouviu falar que a reclamante ficou com outra supervisora para trocar o marketing da loja; que quando acabou não dava o horário de pegar o ônibus e a reclamante decidiu que ia deitar no chão do banheiro até chegar o horário do primeiro ônibus; que ficou sabendo que dois atendentes, Igor Sales e Jamerson José jogaram pó de extintor por debaixo da porta; que os coordenadores falaram que chamaram ambulância pois a reclamante ficou com tosse e levaram ela até a ambulância; que a depoente ficou sabendo que os dois atendentes foram suspensos e pediram desculpa para a reclamante; que a reclamante pegou atestado mas depois voltou, acreditando que a reclamante trabalhou por 3 dias; que pelo que viu a reclamante voltou normal."

O depoimento do próprio preposto da reclamada e das testemunhas acima mencionadas revelam que funcionários da reclamada jogaram pó de extintor por debaixo da porta do banheiro feminino, local em que a reclamante estava deitada descansando no aguardo do horário do primeiro ônibus. Destaque-se que a testemunha da ré indicou como autores, os atendentes Igor Sales e Jamerson José. O fato da testemunha da autora esquecer o nome do outro atendente não retira a credibilidade de seu depoimento.

Nesse sentido, a prova documental, fotos e o prontuário do pronto socorro, ambos acostados à inicial, corroboram a versão inicial.

É inaceitável esse tipo de tratamento a empregados. Cabe ao empregador promover um ambiente de trabalho saudável e agradável, zelando pela cordialidade entre seus empregados e desse encargo não se desincumbiu, conforme bem ponderou a r. sentença de Origem:

"Se surpreende esse juízo com atitude de empresa de tão grande porte, a qual ignorou o acontecido, não apresentando qualquer suporte em prol da autora, bem como não tendo procedido a realização de qualquer procedimento a fim de apurar como os fatos ocorreram, para assim, tomar as devidas providências cabíveis. Aliás, o que a reclamada fez foi aplicar a justa dispensa sob argumento de abandono de emprego, sem sequer demonstrar que buscou, de forma efetiva, contato com a reclamante, para saber o que estava havendo."

Considero que o fato ocorrido com a autora, apesar de único, é suficientemente grave para permitir a rescisão indireta do contrato de trabalho. Portanto, diante de todo o conjunto probatório dos autos, a manutenção da sentença de origem que reconheceu a rescisão indireta é medida que se impõe.

B - Intervalo do artigo 384 da CLT.

Pretende a recorrente a reforma da sentença que a condenou ao pagamento do intervalo do artigo 384 da CLT. Argumenta que não foi comprovado a recorrida ter laborado em horas extras, que o referido dispositivo é inconstitucional e que foi revogado pela Lei 13.467/2017.

O Juízo de origem condenou a reclamada ao pagamento do intervalo do artigo 384 da CLT visto que a autora não usufruía do intervalo de 15 minutos antes da jornada extraordinária, da admissão até 10/11/2017 e indeferiu em relação ao período posterior à vigência da Lei 13.467/2017, em 11/11/2017.

Esclareça-se, que ficou demonstrada a prestação de horas extras excedentes de 07 horas e 20 minutos, conforme analisado no item II-A.

Sempre considerei que o intervalo previsto no art. 384 da CLT é discriminatório a luz dos princípios constitucionais insculpidos nos artigos 5º, inciso I e 7º da Constituição Federal, por estabelecer diferença que não se justifica. Certo é que em algumas situações especiais é necessário dar-se maior proteção legal à mulher, como, por exemplo, na gravidez. Mas são situações que excepcionam a regra nos dispositivos constitucionais supra, não se afrontando o princípio da igualdade. Reconhecer à reclamante o direito ao pagamento de 15 minutos extraordinários pela não concessão do descanso antes do início da prorrogação da jornada consiste em imprimir odiosa e inconstitucional distinção entre homens e mulheres que estão submetidos a um mesmo trabalho e idênticas condições, implicando limitação ao já restrito mercado de trabalho da mulher.

No entanto, por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 658312, com repercussão geral reconhecida, e firmou a tese de que o artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) foi recepcionado pela Constituição da República de 1988. O dispositivo, que faz parte do capítulo que trata da proteção do trabalho da mulher, prevê intervalo de no mínimo 15 minutos para as trabalhadoras em caso de prorrogação do horário normal, antes do início do período extraordinário.

Assim, alinho-me com a jurisprudência da mais alta Corte, bem como a deste E. TRT da Segunda Região, que editou a Súmula no. 28, *in verbis*:

"Intervalo previsto no artigo 384 da CLT. Recepção pela Constituição Federal. Aplicação somente às mulheres. Inobservância. Horas extras. (Re. TP nº 02/2015 - DOEletrônico 26/05/2015)

O artigo 384 da CL foi recepcionado pela Constituição Federal consoante decisão do E. Supremo Tribunal Federal e beneficia somente mulheres, sendo que a inobservância do intervalo mínimo de 15 (quinze) minutos nele previsto resulta no pagamento de horas extras pelo período total do intervalo."

Mantenho.

C - Adicional de insalubridade.

O laudo pericial, Id 7c7091b, complementado pelos esclarecimentos Id cd2581b, concluiu pela existência de condições insalubres, em grau médio, conforme prevê o Anexo 09 da NR 15, em razão do agente frio, no período em que a reclamante exerceu as funções de atendente e instrutora uma vez que neste período a autora comparecia rotineiramente, por diversas vezes, à câmara fria da lanchonete, sem a devida proteção.

Cabe ao empregador registrar o fornecimento de EPI ao trabalhador, podendo adotar livros, fichas ou sistema eletrônico, NR 6, item 6.6.1, "h".

No presente caso, não houve fornecimento de forma individual de capa térmica com capuz, calçados isolantes forrados com lã, luvas especiais (impermeáveis por fora e forradas internamente) e meias de lã.

Destaca-se que conforme verificou o vistor, não há registro de EPIs isolantes térmicos em ficha de EPI com a assinatura da autora nos autos e nenhum documento que comprove que a mesma foi orientada a tal uso, nem mesmo que comprove a higienização e a substituição de EPIs isolantes térmicos, sendo irrelevante se havia ou não conjunto térmico na porta da câmara fria. A NR 15 prevê que há neutralização de insalubridade por EPI, não por EPC.

A reclamante fazia uso dos seguintes EPIs: avental de tecido, sapato de segurança e touca higiênica. Os paradigmas encontravam-se com estes EPIs durante a perícia. Quando entrava nas câmaras frias, fazia uso de jaqueta isolante para frio caso a mesma estivesse disponível, mas sem fazer uso de outros tipos de EPIs específicos para a neutralização do frio.

Não bastasse, o simples fornecimento de EPI's não neutraliza a insalubridade, visto que além de fornecer, deve o empregador fiscalizar seu uso, repor qualquer EPI que venha a perder suas características originais, treinar o trabalhador para seu uso correto, informar ao trabalhador quais os riscos que a mesma corre caso não utilize a proteção bem como higienizar os EPIs, sempre que necessária. E, no caso em apreço, a reclamada não comprovou que tenha assim procedido.

Portanto, não foi comprovado o fornecimento de EPI's de acordo com a Portaria 3.214/78, NR-6 e, repita-se, sendo responsabilidade do empregador registrar o fornecimento de EPI's ao trabalhador.

Trata-se de avaliação qualitativa. Não existe nenhum critério quantitativo nos itens 15.1.3 e 15.1.4 da NR 15. O sr. Vistor afirmou que o enquadramento de insalubridade previsto no item 15.1.4 da NR 15 (relativo ao Anexo 09 da NR 15) não leva em consideração "concentração ou intensidade", mas apenas o laudo de inspeção do local de trabalho. Além disso, considerou o período de contato com o agente, tanto que delimitou a insalubridade aos períodos em que a autora exerceu as funções de atendente e de instrutora.

No mais, não foram apresentadas provas que contrariassem a conclusão do laudo pericial.

Portanto, nada há ser reparado na r. Sentença de origem. Mantenho.

D - Honorários periciais.

Impugna a ré o valor arbitrado aos honorários periciais, em R\$ 2.800,00.

Com razão.

Como auxiliares do juízo os peritos fazem jus a honorários que remuneram dignamente os serviços prestados, sob pena de desestímulo ao desempenho de sua honrosa função. Para fixação dos honorários periciais, devem ser considerados vários fatores como, por exemplo, tempo despendido, complexidade do laudo pericial, período de apuração e o zelo profissional. Em suma, os honorários periciais devem retribuir de forma justa o trabalho técnico realizado.

No entanto, sem qualquer demérito ao bom trabalho prestado pelo senhor perito, reduzo os honorários periciais, fixando-os em R\$ 2.000,00, mais compatível com aqueles normalmente observados no âmbito da Justiça do Trabalho.

Reformo parcialmente.

E - Multa por litigância de má-fé.

Não vislumbro nas atitudes da reclamada nenhuma atuação com a intenção de litigar de má-fé, nem lograr o juízo. A recorrente ao assim agir, defendeu seus interesses dentro dos limites legais.

Desta forma reformo a sentença para excluir a cominação de multa aplicada à reclamada.

F - Honorários advocatícios.

Pretende a recorrente a redução dos honorários advocatícios para 5%.

A r. sentença fixou os honorários sucumbenciais da seguinte forma: ao advogado da parte reclamante, no importe de 10% dos valores que serão liquidados por ocasião da liquidação do julgado referente aos pedidos postulados na inicial que foram julgados improcedentes e ao advogado da parte reclamada: 10% dos valores atribuídos na inicial aos pedidos rejeitados.

Não se tratando de processo de grande complexidade, que tenha exigido grande número de audiências para se chegar a solução final, reduzo o mesmo para 5%.

Reformo.

II - MATÉRIAS COMUNS AOS RECURSOS

A - Diferenças de horas extras.

Pugna a reclamada pela reforma da r. sentença que a condenou ao pagamento de diferenças de horas extras com base nas provas documentais produzidas nos autos. Aduz que em todas as ocasiões em que a reclamante trabalhou em jornada extraordinária recebeu pela hora trabalhada ou compensando com folgas, nos moldes do acordo assinado e a autora não apontou os meses em que houve trabalho extraordinário sem a devida contraprestação.

Insurge-se a reclamante contra a r. sentença que rejeitou o pedido de pagamento de horas extras não anotados nos controles de ponto, com base no depoimento da testemunha da reclamada Juliana.

Pois bem.

Na inicial a reclamante afirmou que cumpria jornada na escala 6 x 1, das 14 à 01 hora, sempre com 15 minutos de intervalo para refeição e descanso.

Em contestação, a reclamada impugnou a jornada indicada na inicial, acostou à defesa os controles de ponto com horários variáveis e os recibos salariais onde constam o pagamento de horas extras.

Assim, incumbia à reclamante o ônus de afastar o valor probatório dos referidos documentos, e, desse encargo não se desvencilhou a contenta. Isso porque, ao contrário do alegado na inicial, há registros de entrada anteriores às 15hs, como exemplo, no dia 05/02/2018, a entrada se deu às 13hs38, 30/06/2018, às 14hs30, 14/08/2018, às 14hs, 04/11/2018, às 14hs17, comprovado assim, que não havia qualquer proibição pela reclamada de registro do efetivo horário de entrada.

Com relação a prova oral, verifica-se que:

Em depoimento pessoal, a reclamante afirmou:

"que a depoente anotava o ponto biométrico; que seu horário fixo era das 15h às 23h20, mas sempre entrava antes, e só batia o ponto às 15h; que entrava uma hora antes, principalmente em fins de semana e feriados; que saía às 0h30/1h10, porém batia o ponto de 23h20 à 0h; que a loja fechava às 3h/4h/5h; que a depoente sempre saía antes do fechamento."

A primeira testemunha da autora afirmou:

"que o depoente trabalhava das 15h às 2h30/3h; que o depoente não batia ponto; que a reclamante batia o ponto; que a reclamante entrava antes e só batia o ponto no horário estabelecido pela empresa; que tinham que entrar mais cedo para bater as tarefas; que o turno anterior ia até às 15h; que a reclamante tinha que chegar antes por falta de funcionário; que isso era sempre, normalmente quando o depoente chegava na loja a reclamante já estava lá; que a reclamante trabalhava até 1h/1h30; que a maior parte do tempo era à 1h; que o plantão da madrugada chegava às 23h e batia o ponto às 23h."

A segunda testemunha da reclamante afirmou o seguinte:

"que a depoente trabalhou na reclamada 27/08/2018 a 26/07/2019, como aprendiz, das 14h às 20h, às vezes fazendo extra; que sabe que a reclamante entrava às 14h mas não sabe o horário que ela saía"

Em depoimento, a testemunha da reclamada assim afirmou:

"que trabalha na reclamada desde 15/05/2017, na função Depoimento: de supervisora de gente e gestão; que a depoente trabalha no mesmo local onde a reclamante trabalhava; que na época a depoente entrava às 8h e saía às 16h20; que a reclamante trabalhava das 15h às 23h20; que todos batem o ponto de forma correta, pois é biometria"

O depoimento da primeira testemunha da reclamante mostrou claro intuito em beneficiar a autora ao afirmar que a reclamante trabalhava até 1h/1h30. No entanto, na própria inicial constou que a obreira laborava

até 1h, ou seja, nada mencionou sobre jornada até 1h30. Outro ponto, a testemunha entrava às 15hs, e afirmou que normalmente quando chegava, a reclamante já estava lá, sendo que na exordial a autora afirmou que entrava uma hora antes principalmente em finais de semana e feriados. Desse modo, resta evidente que a intenção da primeira testemunha da autora em beneficiar a reclamante, motivo pelo qual não serve como prova.

A segunda testemunha da autora entrava às 14hs e afirmou que a demandante entrava às 14hs. No entanto, é preciso considerar que em depoimento pessoal a reclamante afirmou que *"entrava uma hora antes, principalmente em fins de semana e feriados"*. Além disso, os espelhos de ponto registram horário anterior às 15hs, inclusive às 14hs.

A testemunha da reclamada afirmou que todos batem o ponto de forma correta, pois é biometria.

Nesse contexto, a reclamante não se desincumbiu de seu ônus de afastar o valor comprobatório dos espelhos de ponto acostados à defesa, razão pela qual de forma acertada, o julgador de origem decidiu que referidos documentos comprovam a efetiva jornada da autora.

Por fim, a reclamada comprovou o pagamento de horas extras através dos recibos salariais. No entanto, em manifestação sobre a defesa e documentos, a reclamante demonstrou diferenças de pagamento de horas extraordinárias, como exemplo, no dia 12/11/2017 em que em que cumpriu jornada das 16hs à 01h07, sendo que nenhuma hora extra foi paga no mês subsequente. Logo, devido o pagamento de horas extras, assim consideradas as excedentes de 07 horas e 20 minutos diários, jornada reconhecida pela reclamada.

Diante de todo o conjunto probatório dos autos, a manutenção da sentença de origem é medida que se impõe.

B - Dano moral. Majoração do valor arbitrado.

Afirma a reclamada que não houve prova contundente dos fatos narrados na petição inicial. Pretende a exclusão da condenação de indenização por dano moral/redução do valor arbitrado na decisão recorrida.

Pugna a reclamante pela majoração do valor arbitrado a título de indenização por dano moral.

Pois bem.

Trata-se de reclamação trabalhista objetivando a condenação da reclamada no pagamento de indenização a título de dano moral, em decorrência dos fatos narrados no item "III" da inicial, quais sejam, ter sido vítima de descarga de pó químico de extintor disparado por "colegas de trabalho", que culminou com um surto psicótico, além de ter sofrido ofensas à sua honra e raça praticadas pela superior Jaciara que a expunha e humilhava na frente dos demais colegas e clientes.

A indenização por dano moral pressupõe a prática de um ato ilícito, consubstanciado em erro de conduta ou abuso de direito, praticado pela empregadora ou por seu preposto, um prejuízo suportado pelo ofendido, com a subversão dos seus valores subjetivos da honra, dignidade, intimidade ou imagem, um nexo de causalidade entre a conduta injurídica da ofensora e o dano experimentado pela vítima. Portanto, presentes todos os requisitos na hipótese.

O dano moral prescinde de comprovação, vez que não se apresenta de forma corpórea, visível ou material, sendo, ao contrário, detectável de forma sensível, lógica e perceptiva. Por isso se diz que ele é evento "ipso facto" em relação à conduta ilegal e discriminatória do empregador, O que demanda prova é justamente essa conduta ilegal, capaz de produzir a lesão a um bem jurídico não patrimonial.

Na reparação por dano moral o bem moral a ser protegido também se relaciona com o bem-estar, com a prática de atos da vida normal, cujo desequilíbrio resulte em dor, baixa estima, medo, desgaste psicológico, dificuldades de relacionamento e tantas outras consequências.

Conforme analisado no item I-A- Rescisão indireta/verbas rescisórias, restou comprovado de que os funcionários da reclamada jogaram pó de extintor por debaixo da porta do banheiro feminino da reclamada, local em que a reclamante estava deitada descansando, aguardando o horário para pegar o primeiro ônibus. Restou evidente o sentimento de humilhação e constrangimento sofrido pela autora, decorrentes do referido fato.

E, como bem salientou a D. Magistrada "a quo", *"apesar da reclamada ter ciência do ocorrido, conforme restou demonstrado na audiência de instrução, simplesmente negou o fato em contestação, não tendo tomado qualquer providência para amenizar os danos sofridos pela demandante"*.

Assim, pelo ato cometido, deve a recorrente indenizar a autora

Com efeito, para o arbitramento do valor a título de indenização por danos morais, devem ser observados critérios que evitem o subjetivismo e o enriquecimento ilícito, mas garantindo o direito de receber um valor que compense a lesão sofrida. Para tanto, há que se atentar que a lesão de ordem moral é, em essência, incomensurável, porém, deve o Magistrado avaliar a intensidade do sofrimento da vítima em face da gravidade do dano e considerar a personalidade e o grau de poder econômico do ofensor ante a conjuntura do país. Só assim, poder-se-á estabelecer o valor da indenização dentro da razoabilidade e equidade, evitando-se uma situação de exorbitância que represente perigo de ruína financeira do devedor, ou que, por outro lado, fixe valor tão irrisório que a pena deixará de cumprir com seu caráter pedagógico.

Nessa esteira, levando-se em conta o caráter pedagógico, a condição sócio econômica da vítima e da empresa, o valor da indenização em R\$ 12.000,00, encontra-se dentro dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, não havendo que se falar em redução ou majoração da importância.

Mantenho.

Presidiu o julgamento a Exma. Sra. Desembargadora Sônia Maria Forster do Amaral.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Magistrados: Beatriz Helena Miguel Jiacomini (relatora), Rodrigo Garcia Schwarz (revisor) e Rosa Maria Villa.

DISPOSITIVO

Isto posto, **ACORDAM** os Magistrados da 02ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região em: por unanimidade de votos, **CONHECER** dos recursos ordinários, e, no mérito, **NEGAR PROVIMENTO** ao da reclamante e **DAR PROVIMENTO PARCIAL** ao da reclamada para reduzir os honorários periciais,

fixando-os em R\$2.000,00, reduzir o percentual de honorários sucumbenciais para 5% e excluir da condenação a multa por litigância de má-fé, nos termos da fundamentação acima.

Firmado por Assinatura Digital (Lei nº 11.419/2006)

BEATRIZ HELENA MIGUEL JIACOMINI

Juíza Relatora



Assinado eletronicamente por: [BEATRIZ HELENA MIGUEL
JIACOMINI] - dfaf43b

<https://pje.trt2.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>



Documento assinado pelo Shodó