

PODER JUDICIÁRIO JUSTIÇA DO TRABALHO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª
REGIÃO Quarta Turma

PROCESSO nº 0000479-16.2023.5.05.0133 (ROT)

RECORRENTE: CONDOMINIO BOULEVARD SHOPPING CAMACARI, -----

RECORRIDO: -----, CONDOMINIO BOULEVARD SHOPPING CAMACARI

RELATOR(A): ELOINA MARIA BARBOSA MACHADO

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. DEVIDO. A Lei e a regulamentação do MTE não restringem o adicional de periculosidade à função de vigilante. A despeito da denominação "inspetor mall", restou demonstrado que o reclamante fazia a supervisão e/ou fiscalização direta dos locais de trabalho para acompanhamento e orientação dos vigilantes e, nessa atividade de acompanhar os vigilantes armados em ocorrências, zelava o trabalhador, também, pela segurança patrimonial ou pessoal, estando, pois, inserido na previsão contemplada no artigo 193, da CLT. Recurso da reclamada improvido.

REGIME DE 12X36. CONTRATO INICIADO APÓS A LEI Nº 13.467/17. AUSÊNCIA DE ACORDO INDIVIDUAL OU NORMA COLETIVA PARA A SUA VALIDADE. Na forma do art. 59-A da CLT, o regime de 12x36 exigiria acordo individual escrito, convenção ou acordo coletivo para a sua validade, o que não restou demonstrado nos autos. A inexistência de lei, norma coletiva ou acordo individual escrito prevendo a adoção do regime de trabalho de 12 horas por 36 horas de descanso implica o dever de remunerar a sobrejornada a partir da 8ª diária ou 44ª semanal. Recurso do reclamante parcialmente provido.

CONDOMÍNIO BOULEVARD SHOPPING CAMAÇARI e -----

, nos autos da reclamação trabalhista nº 0000479-16.2023.5.05.0133, inconformados com a sentença proferida no ID. 3e02abe interpuseram, respectivamente, recurso ordinário e recurso ordinário adesivo, pelos fundamentos expendidos nos IDs. 6d28d4c e 0dccccfb. Os pressupostos de admissibilidade foram observados. Contrarrazões nos autos pelas partes. Dispensada a manifestação do Ministério Público do Trabalho. É O RELATÓRIO.

V O T O

I - RECURSO DA RECLAMADA

DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE

Insurge-se a reclamada contra a sentença que deferiu o pedido de pagamento do adicional de periculosidade.

Em suas razões, sustenta que a frágil prova residente nos autos não é suficiente para autorizar o deferimento da pretensão. Pontua que o art. 193 da CLT assegura o pagamento de adicional de periculosidade apenas quando configurado risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a roubos ou outras espécies de violência física nas atividades

profissionais de segurança pessoal ou patrimonial, como é a hipótese da função de vigilante, regida pela Lei nº 7.102/1983, ou a ela equiparada.

Argumenta que a atividade do vigilante, por seu turno, na forma da Lei 7.102/83, consiste na vigilância patrimonial e pessoal, bem como no transporte de valores, pressupondo o exercício de atividade análoga à de polícia, tendo como principal traço distintivo o porte de arma de fogo pelo trabalhador, quando em serviço.

Segue expondo que a "*atividade de Inspetor de Mall, por sua vez, compreende o exercício de atribuições menos ostensivas e, portanto, com menor grau de risco, até porque o reclamante não portava arma de fogo. Conforme confessado no seu depoimento, a vigilância era terceirizada e apenas estes portavam arma*".

Acrescenta que "*restou demonstrado que o autor não se sujeitava a risco acentuado, muito menos a exposição permanente, mormente, porque, como já visto, confessado no seu depoimento e na peça inicial que a atividade de inspetor ...era de fiscalização e apoio da atividade dos vigilantes, bem como que por todo o restante do vínculo, o reclamante continuou a exercer essas duas funções, em notório acúmulo, dado que não abandonou as tarefas inerentes à função para a qual fora contratado, que era a de operador central*".

Ainda, assevera que, "*Malgrado o recorrido tenha sido vítima do nefasto crime de racismo, esse fato, por si só, não o expunha de forma permanente a roubos ou outras espécies de violência física em atividade de segurança, capaz de configurar a hipótese prevista no art. 193, II, da CLT*".

Alegando que as atividades de Inspetor de Mall não se equiparam às de vigilante, regidas pela Lei nº 7.102/1983, para fins de recebimento do adicional de periculosidade, nem se inserem no conceito de segurança pessoal ou patrimonial, conforme definido pelo Anexo 3 da NR-16, requer a reforma da sentença. Traz julgados sobre o tema.

Ao exame.

Narrou o autor na inicial que fora contratado para exercer a função de OPERADOR CENTRAL CFTV (Circuito Fechado de TV), que compreende a observação ininterrupta das imagens provenientes de todas as câmeras de vigilância do Boulevard Shopping Camaçari. Relatou, ainda, que juntamente com sua função contratual, o autor passou a ser incumbido da função de inspetor de *mall* dois dias após o início do contrato de trabalho.

Explicitou que nessa função realizava a fiscalização das áreas do shopping, acompanhando fisicamente todas as ocorrências que envolviam tanto consumidores quanto prestadores de serviço. Destacou também que a função de inspetor envolvia necessariamente

segurança pessoal e patrimonial, *"uma vez que o reclamante estava exposto a atos de violência física, inclusive roubos, tanto que durante as inspeções ele era acompanhado por seguranças armados"*.

Fato negado pela reclamada que alegou que o reclamante não se ativava na segurança do Condomínio, jamais tendo realizado qualquer atividade ligada à área de vigilância, tampouco acompanhado os vigilantes no desempenho da função e que jamais portou arma de fogo.

A Lei n. 12.740, de 10.12.2012 alterou a redação do art. 193 da CLT para reconhecer, em seu inciso II, o direito ao pagamento de adicional de periculosidade aos trabalhadores que atuem em atividades perigosas que impliquem risco acentuado em razão da exposição permanente do trabalhador a *"roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial"*, senão vejamos:

"Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a:

(...)

II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial".

Por seu turno, tal dispositivo veio a ser regulamentado pelo Anexo 3 da NR-16 do MTE, o qual dispôs que:

"1. As atividades ou operações que impliquem em exposição dos profissionais de segurança pessoal ou patrimonial a roubos ou outras espécies de violência física são consideradas perigosas.

2. São considerados profissionais de segurança pessoal ou patrimonial os trabalhadores que atendam a uma das seguintes condições:

a) empregados das empresas prestadoras de serviço nas atividades de segurança privada ou que integrem serviço orgânico de segurança privada, devidamente registradas e autorizadas pelo Ministério da Justiça, conforme lei 7102/1983 e suas alterações posteriores.

b) empregados que exercem a atividade de segurança patrimonial ou pessoal em instalações metroviárias, ferroviárias, portuárias, rodoviárias, aeroportuárias e de bens públicos, contratados diretamente pela administração pública direta ou indireta".

Por sua vez, o item 3 complementa a norma, regulamentando que *"As atividades ou operações que expõem os empregados a roubos ou outras espécies de violência física, desde que atendida uma das condições do item 2"*, relacionando e descrevendo as ATIVIDADES OU OPERAÇÕES, dentre elas as de "supervisão/fiscalização operacional". Consta da norma a seguinte descrição para a referida atividade: *"Supervisão e/ou fiscalização direta dos locais de trabalho para acompanhamento e orientação dos vigilantes"*.

Interrogado, afirmou o autor:

"(...) como inspetor de mall, tinha uma demanda para resolver qualquer tipo de ocorrência, além de ser responsável pela equipe de segurança, tanto a externa como a interna; que a externa se refere ao estacionamento, referente ao moto ronda; que existiam vigilantes tanto na parte interna quanto no estacionamento, sendo que apenas o moto ronda ficava armado; que os vigilantes eram terceirizados; (...) que tiveram diversas ocasiões que houveram brigas durante sua jornada; que,

em uma delas, a polícia se fez presente, ocasião na qual o depoente foi vítima de racismo por um dos clientes, que foi preso em flagrante; que tal fato ocorreu em 22/03/2023."

A única testemunha ouvida e indicada pelo autor, assegurou:

*"(...) que foi empregado da reclamada por um ano, sendo desligado no dia 18/04/2023; que, antes disso, trabalhou como terceirizado por um ano; que, como empregado, trabalhou como operador de CFTV; que o reclamante foi contratado como CFTV, mas trabalhava como inspetor de mall; que as atividades do reclamante eram diferentes das atividades do depoente; que tinham 1h de intervalo, mas nem sempre usufruíam desse intervalo; que, quando tinha ocorrência, tiravam cerca de 30 minutos; que trabalhava no mesmo horário do reclamante; **que, como inspetor de mall, o reclamante inspecionava o mall e, que se houvesse ocorrência, inspecionava a ocorrência;** que o reclamante ia para sala de monitoramento quando tirava o intervalo do depoente; que, **como inspetor de mall, o Autor acompanhava o vigilante armado nas ocorrências;** que **tem ciência de quando o reclamante foi vítima de um ato de racismo por um cliente da reclamada; que conheceu o Sr. -----**, o qual era coordenador; que o Sr. ----- não permitiu que o reclamante se dirigisse até a delegacia quando da ocorrência desse fato; que sabe disso porque, na hora, o reclamante estava na sala de monitoramento para atender a uma ligação do Sr. -----; que o depoente ouviu o Sr. ----- porque a ligação foi em viva-voz; que o reclamante gravou essa ligação pelo celular dele; que o reclamante estava chorando e desolado por não poder ir até a delegacia; que não havia diferença de seu intervalo para o intervalo do Autor; que esse fato ocorreu por volta de 20h; que essa conversa do reclamante com ----- foi por volta das 20h30min/20h45min; **que ocorreu, no mall, de o Autor intervir em uma desentendimento entre dois clientes, sendo que um dos clientes estava bêbado e exaltado, vindo a xingar o reclamante; que o depoente não presenciou esse fato, mas viu pelo monitoramento;** que ouviu os xingamentos; que toda a área do shopping é monitorada por câmera; que o reclamante almoçava dentro de uma salinha no CFTV; (...)."*

A pretensão foi deferida conforme os seguintes fundamentos:

"Conforme previsão contida no art. 193, inciso II da CLT, "São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a: II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial".

Conforme prova testemunhal, restou demonstrado que o autor exercia atividade que o expunha de forma permanente a roubos ou outras espécies de violência física em atividade de segurança.

O próprio episódio de racismo do qual foi vítima demonstra a exposição que tinha a espécies de violência.

Face o exposto, ao autor o pagamento DEFIRO de adicional de periculosidade por todo o período contratual, correspondente ao percentual de 30% sobre o seu salário base, observada a sua evolução, com reflexos sobre décimos terceiros salários, férias + 1/3, aviso prévio e FGTS + 40%".

A sentença merece ser preservada

Não se pode perder de vista que nem a Lei nem a regulamentação do MTE, restringe o adicional de periculosidade à função de vigilante. No caso, a despeito da denominação "inspetor mall", restou demonstrado que, na verdade, o reclamante fazia a supervisão e/ou fiscalização direta dos locais de trabalho para acompanhamento e orientação dos vigilantes e, nessa atividade de acompanhar os vigilantes armados em ocorrências, zelava o reclamante, também, pela segurança patrimonial ou pessoal.

Nesse contexto fático, forçoso reconhecer que o reclamante estava

exposto a roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial, conforme, inclusive demonstrado pela testemunha, estando, pois, inserido na previsão contemplada no artigo 193, da CLT.

Mantenho.

DO DANO MORAL

Não se conforma a reclamada com a condenação no pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 5.000,00.

Sustenta que foi condenada a pagar ao recorrido indenização por danos morais, sob a alegação de que o recorrido foi vítima de racismo e, malgrado a prisão em flagrante do cliente ofensor, ficou comprovado que o seu superior hierárquico, agindo com excesso de poder diretivo, não permitiu que comparecesse à delegacia, independentemente da necessidade do comparecimento, supondo que a sua presença poderia dar maior robustez ao flagrante.

Afirma que o áudio inserido no link de fl. 297 foi declarado inválido como meio de prova pelo juízo singular. Segue expondo que, ao reconhecer a invalidade do indigitado áudio como meio de prova, não poderia o d. julgador acolher a pretensão autoral com base no depoimento da testemunha que declarou ter tomado conhecimento dos fatos através da mesma conversa alegada gravada pelo recorrido.

Entende que a sentença deve ser reformada.

Ao exame.

Narrou o autor na inicial que foi requisitado para intervir em uma situação que estava ocorrendo na praça de alimentação, quando então o reclamante foi vítima de racismo por parte de um cliente do shopping, ao utilizar palavras ofensivas. Relatou que a polícia chegou, efetuando a prisão em flagrante do ofensor, solicitando que o reclamante comparecesse à delegacia para prestar informações.

Expôs o reclamante que "*ao informar o ocorrido para o seu supervisor, foi surpreendido com a determinação de que não poderia acompanhar os policiais, pois não haveria ninguém para substituí-lo no seu posto de inspetor, não podendo o shopping ficar com essa lacuna naquele momento, em razão da importância daquele*". Aduziu que a "*negativa causou grande indignação no reclamante, que sofrera as ofensas em por conta do exercício do seu labor prestado à empresa, sendo minimamente justo que ela concedesse ao empregado o seu direito de representação, quando da lavratura do boletim de ocorrência, conforme solicitado por autoridade policial, inclusive*".

De fato, o áudio cujo link para acesso reside nos autos foi

desconsiderado como meio de prova. Vejamos as declarações prestadas pela única testemunha ouvida:

"(...) que tem ciência de quando o reclamante foi vítima de um ato de racismo por um cliente da reclamada; que conheceu o Sr. -----, o qual era coordenador; que o Sr. ----- não permitiu que o reclamante se dirigisse até a delegacia quando da ocorrência desse fato; que sabe disso porque, na hora, o reclamante estava na sala de monitoramento para atender a uma ligação do Sr. -----; que o depoente ouviu o Sr. ----- porque a ligação foi em viva-voz; que o reclamante gravou essa ligação pelo celular dele; que o reclamante estava chorando e desolado por não poder ir até a delegacia; (...)."

Como se verifica, a testemunha presenciou a ligação do coordenador para o reclamante e a ouviu porque estava em viva-voz, inclusive relatou a testemunha que o reclamante ficou desolado por não poder ir até a delegacia, sendo válidas suas declarações como meio de prova.

Coaduno com o entendimento externado pelo juízo de origem no sentido de que independentemente da necessidade ou não de o autor comparecer à Delegacia quando da prisão em flagrante do ofensor, o fato é que, diante da gravidade do fato do qual foi vítima, o superior hierárquico do reclamante agiu com excesso de poder ao não autorizá-lo a se retirar do local de trabalho e comparecer, por vontade própria, à Delegacia. Certamente, o comparecimento da vítima poderia dar maior robustez ao flagrante.

Houve, sim, violação à dignidade do trabalhador. Vítima de racismo durante o expediente de trabalho, deveria a reclamada ter permitido o reclamante comparecer à Delegacia, até mesmo como uma conduta ativa de reprimir a prática racista.

Correta a sentença.

DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Firmando-se na improcedência da ação, requer a reclamada a exclusão da condenação no pagamento de honorários advocatícios.

Mantida a condenação, permanece a reclamada sucumbente, de modo que resta confirmar a sentença no aspecto.

Pelo exposto, NEGOU PROVIMENTO ao recurso da reclamada.

II - RECURSO ADESIVO DO RECLAMANTE

ACÚMULO DE FUNÇÃO

Investe o reclamante contra o indeferimento do pedido de pagamento de um acréscimo salarial decorrente do acúmulo de função.

Sustenta que a contratação para a função de Operador Central de CFTV

é incontroversa, como também é incontroverso o labor na função de Inspetor de Mall. Argumenta que não há qualquer prova da eventualidade do desempenho de tal função alegada pela ré, o que apenas ratifica a habitualidade comprovada quando do depoimento testemunhal sobre função de Inspetor de Mall: "*que o reclamante foi contratado como CFTV, mas trabalhava como Inspetor de Mall*".

Destaca que a prova testemunhal não deixa dúvidas acerca do labor nas duas funções, expondo que função de Operador é meramente administrativa, e o desempenho da função de Inspetor é de risco, não à toa que foi reconhecido o direito ao adicional de periculosidade.

Com razão.

Sobre o tema, tenho admitido sobre a possibilidade de existir acúmulo de funções, na prática, quando o empregado que tenha sido contratado para exercer determinado cargo, abarcado por tarefas específicas, se vê diante de outras tantas tarefas, ou mesmo funções, dentro de uma mesma jornada de trabalho, labutando para o mesmo empregador, o que autorizaria estipular um acréscimo salarial em virtude desse acúmulo, que poderia ser arbitrado pelo julgador, sem óbice para tanto no art. 456, parágrafo único, da CLT, aqui considerando uma análise sistêmica dos dispositivos legais invocados, com escopo ainda no art. 8º, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Ao determinar que um mesmo empregado execute funções distintas das que foram pactuadas, e, sem que para tanto houvesse qualquer previsão contratual, o empregador abusa do seu poder diretivo, indo além dos limites do seu *ius variandi*, uma vez que promove alteração contratual prejudicial ao trabalhador, excedendo manifestamente os limites impostos pelo fim econômico e social da empresa, além de ir de encontro ao princípio da boa-fé, conforme disposto nos artigos 468 da CLT e 187 do Código Civil.

Com isso, percebe-se que o objetivo do empregador, em última análise, é enriquecer ilicitamente, aproveitando do mesmo empregado dentro das injunções da empresa, quer em relação ao seu quadro de pessoal, ou voltado para a demanda. De qualquer sorte, ainda assim o locupletamento ilícito é vedado pelo nosso ordenamento jurídico, como estabelece o art. 884 do Código Civil Brasileiro.

Portanto, uma vez ampliadas as atribuições contratadas, sem que tenha havido a correspondente contraprestação, há de se restabelecer o equilíbrio do contrato, com recomposição do salário.

Por certo, incumbia ao reclamante o ônus de provar o que alegou, conforme estabelecem os artigos 818 da CLT e 373, I, do CPC/2015, com a faculdade concedida pelo art. 769 Consolidado.

Extrai-se dos autos que o reclamante foi contratado para exercer a função de operador central, conforme contrato de trabalho de ID. daf2d4c.

Em contestação, a reclamada assim descreveu as atividades do operador central: "*compreende a observação ininterrupta das imagens provenientes de todas as câmeras de vigilância do Shopping acionado, em um ambiente fechado, com diversas telas de TV, para que, caso seja observada qualquer intercorrência, o operador, de forma imediata, proceda com a comunicação ao setor responsável, através de rádio e/ou telefone e/ou sistema de mensagem interna*".

Por outro lado, distintas são as atividades da função de *inspetor mall*. Nessa função, o inspetor acompanha o vigilante armado nas ocorrências, inspeciona o shopping, em um trabalho que não se coaduna com um ambiente fechado, tanto que restou mantido nesse julgamento o deferimento do pedido do adicional de periculosidade.

Como visto, a testemunha indicada pelo autor demonstrou o exercício dessa atividade pelo autor. Rememoro a seguinte passagem do depoimento da citada testemunha:

"(...) que, como inspetor de mall, o reclamante inspecionava o mall e, que se houvesse ocorrência, inspecionava a ocorrência; que o reclamante ia para sala de monitoramento quando tirava o intervalo do depoente; que, como inspetor de mall, o Autor acompanhava o vigilante armado nas ocorrências; que tem ciência de quando o reclamante foi vítima de um ato de racismo por um cliente da reclamada; (...)."

Reputo caracterizado o acúmulo noticiado, porquanto era exigido do reclamante a realização de tal atividade, distinta da contratada.

Não é demais salientar que o acúmulo de função se caracteriza quando o empregado, contratado para uma função, passa a acumular outras funções, sem compensação financeira, o que ficou caracterizado no presente caso.

Assim, reformo a sentença para deferir o pagamento de um percentual que ora fixo em 10% sobre o salário do reclamante em face do acúmulo de função e repercussões sobre aviso prévio, férias acrescidas de 1/3, 13º salário e FGTS + 40%.

DA JORNADA. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO

Insurge-se o reclamante contra a sentença que indeferiu o pedido de pagamento das horas extras.

Sustenta que o art. 59-A da CLT é cristalino acerca das possibilidades de se instituir jornada 12x36 para efeito de compensação, todavia, impõe, para tanto, acordo de compensação escrito, seja individual ou coletivo.

Expõe que a convenção coletiva da categoria, cláusula décima sexta,

juntada com a petição inicial, impõe exatamente o contrário, estabelecendo jornada de trabalho de 08 horas diárias e 44 horas semanais ou 220 horas mensais. Acrescenta que "*o próprio contrato de trabalho do reclamante não contém qualquer hipótese de compensação na modalidade 12x36. O que se verifica naquele instrumento é apenas a imposição de cumprimento de uma jornada, ou seja, um horário de trabalho previamente estabelecido. Isso não é acordo de compensação*".

Acentua que os controles de jornada contêm previsão de jornada mensal de 220 horas como se infere no informativo constante em seu cabeçalho. Segue expondo que jamais reconheceu que estava submetido a qualquer espécie de compensação, muito menos na modalidade 12x36, como alega a reclamada em sua contestação e que o pedido é muito preciso, no que se refere às horas extras a partir da oitava.

Ao exame.

Destaco que se trata de contrato firmado em 01.08.2022, de modo que aplica-se a Lei material vigente, ou seja, a Lei nº 13.467/17.

Sobre a jornada de trabalho, consta da inicial que da data de admissão até janeiro de 2023, o reclamante laborou em dias alternados, inclusive feriados e que, após isso, ficou durante o mês de fevereiro/2023 trabalhando todos os dias, à exceção dos domingos, tendo, em seguida, voltado para o modelo anterior, o que ocorreu até a saída.

Expôs que durante o trabalho em dias alternados, trabalhava das 5:45h às 18:15h, mas, ao longo de março de 2023, trabalhou das 17:45h às 6:15h. No mês de fevereiro de 2023, trabalhou das 08:45h às 17:30h. Requereu o pagamento das horas extras não pagas de todo o vínculo reclamado, com adicionais normativos, contadas a partir da oitava diária e quadragésima segunda semanal.

A reclamada apresentou defesa alegando que, conforme cartões de ponto, na primeira semana do vínculo, o autor trabalhou das 9h00 às 18h00 e, a partir de então, a sua jornada de trabalho passou a ser em dias alternados (12 x 36), em média, das 6h00 às 18h00, salvo nos meses de fevereiro e março de 2023 quando a sua jornada, ainda sob o regime de 12 X 36, passou a ser das 18h00 às 6h00. Ressaltou que as horas extras e feriados trabalhados foram registradas nos documentos de frequência e devidamente solvidos.

Com a contestação juntou a reclamada o contrato de trabalho do autor no qual apenas indica a jornada a ser cumprida, como das 19h às 07 horas, com uma hora de intervalo intrajornada e no dia seguinte, folga.

Os cartões de ponto residem nos autos. Registro, de logo, que quando interrogado, reconheceu o reclamante a validade das anotações, com exceção do intervalo

intra-jornada: "(...) que registrava ponto; que os horários de entrada e saída eram registrados de forma efetiva e correta, com exceção do horário de almoço; (...)."

Válidos os registros de ponto como meio de prova, prossigo no exame das anotações ali inseridas e sobre a validade do regime adotado pela reclamada. Depreende-se dos citados espelhos de ponto que na primeira semana, de fato, o reclamante trabalhou no horário das 09h às 18h, com uma hora de intervalo intra-jornada. Após, e a partir de 07.08.2022, o reclamante passa a laborar no regime de 12x36.

A sentença indeferiu o pedido de pagamento das horas extras sob o seguinte fundamento:

"(...)

Do cotejo entre controles de jornada e holerites, verifico que as horas extras prestadas e não compensadas eram integralmente quitadas pela demandada. E que o adicional noturno também era pago de forma integral ao autor. É o que se infere, por exemplo, no cotejo entre o o holerite de fl. 278 com o espelho de ponto de fl. 258 do PDF.

Face o exposto, indefiro os pedidos "c", "d", "e", "f" e "g" da inicial.

Com relação aos feriados, verifico, por exemplo, no espelho de ponto de fl. 262 do PDF que o autor trabalhou no feriado do dia 12.10.2022. Ocorre, contudo, que o autor trabalhava no regime de escala 12x36.

Conforme previsão contida no art. 59-A, § único da CLT, "A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no caput deste artigo abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o §5º 5º do art. 73 desta Consolidação".

Face o exposto, indefiro o pleito "h".

No entanto, frente às disposições previstas no art. 59-A da CLT, a sentença merece ser reformada.

Como visto, o contrato de trabalho do autor vigorou após a vigência da Lei nº 13.467/17 que trouxe modificações na CLT e acrescentou o artigo 59-A:

"Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Parágrafo único. A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no caput deste artigo abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73 desta Consolidação.

Portanto, na hipótese, o regime de 12x36 exigiria acordo individual escrito, convenção ou acordo coletivo para a sua validade, o que não restou demonstrado nos autos. Saliento que a disposição contratual apenas informa uma jornada a ser cumprida, não alcançando o regime de 12x36, que constitui uma exceção ao regime compensatório previsto no art. 59, §2º da CLT, conforme estabelece o novo artigo 59-A da CLT, acima reproduzido.

Nessa perspectiva, como a jornada cumprida pelo autor a partir de 07.08.2022 não foi autorizada por norma coletiva ou acordo individual, não há como reconhecer a sua validade.

Rememoro que esse Regional antes da entrada em vigor da Lei nº 13.467/17, editou a Súmula nº 76 que adota entendimento similar:

"JORNADA 12 POR 36. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM LEI OU NORMA COLETIVA. SÚMULA Nº 85 DO TST. INAPLICABILIDADE. A inexistência de lei ou norma coletiva prevendo a adoção do regime de trabalho de 12 horas por 36 horas de descanso implica o dever de remunerar a sobrojornada a partir da 8ª diária e 44ª semanal como extra. Inaplicáveis ao regime as disposições da Súmula nº 85 do TST".

No caso, repita-se, mesmo o contrato ter sido firmado após a entrada em vigor da Lei nº 13.467/17, sequer reside nos autos o acordo individual escrito, nem norma coletiva autorizando a implementação do referido regime.

Por outro lado, tem-se que o reclamante foi contratado para laborar na jornada ordinária legal de 08 horas diárias e 44ª semanal, tanto que consta do cabeçalho dos registros de ponto a adoção do divisor 220.

Assim, ante a irregular adoção do regime 12x36, reformo a sentença para deferir a partir de 07.08.2022 e conforme horários anotados nos cartões de ponto, horas extras excedentes à 8ª hora diária de trabalho e à 44ª semanal, não cumulativas, com o adicional legal e reflexos no cálculo do aviso prévio, repouso semanal remunerado, férias acrescidas de 1/3, décimos terceiros salários e FGTS, mais multa de 40%.

Reformo.

ADICIONAL NOTURNO

Pugna o reclamante pelo deferimento do pedido de pagamento do adicional noturno.

Sustenta que o adicional noturno era computado a menor, como se demonstra com base nos próprios registros, a exemplo daquele de fl. 270 dos autos em PDF, referente a março de 2023. Pontua que o reclamante desempenhou jornada noturna das 22:00 às 06:00 horas (considerando-se o instituto da prorrogação), o que demanda 9,14 horas noturnas, já com a redução ficta.

Com razão.

Como visto, os registros de ponto foram considerados válidos como

meio de prova. Ainda, nesse julgamento não se reconheceu a validade do regime 12x36 praticado pela reclamada. Nesse cenário, não há que se falar em aplicabilidade do parágrafo único do art. 59A acima transcrito.

Dito isso, tem-se que o reclamante, conforme se constata do registro de ponto de março de 2023, trabalhou em prorrogação do trabalho noturno, que não foi devidamente pago, restando diferenças a serem adimplidas.

Com efeito, o § 2º do art. 73 da CLT classifica como noturno apenas o labor compreendido entre as 22h de um dia e às 5h do dia subsequente. Todavia, o referido dispositivo legal deve ser interpretado em conjunto com a norma prevista no § 5º do art. 73, a qual dispõe: *'Às prorrogações do trabalho noturno aplica-se o disposto neste Capítulo'*.

Logo, tendo a jornada abrangido todo o horário noturno, estendendo-se o trabalho após as 5h, é devido, também, o adicional pertinente quanto às horas prorrogadas, não porque o labor após as 5h seja considerado como noturno, em ampliação à previsão do § 2º do art. 73 da CLT, mas porque houve a prorrogação desse labor, o que reclama a incidência do disposto no § 5º do mesmo artigo.

Ademais, prevendo a lei o pagamento do dito adicional como compensação ao trabalhador pelo maior desgaste físico e mental sofrido com a prestação de serviços durante o horário noturno, mais se justifica tal compensação quando o desgaste é intensificado pelo prosseguimento do labor após as 05h da manhã.

Registre-se, ainda, que o art. 7º, XXII, da CF garante ao trabalhador o direito "à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança".

Desse modo, como o tratamento concedido pela CLT ao trabalho desenvolvido em horário noturno, incluídas as horas prorrogadas além deste, tem por foco a saúde do trabalhador e a segurança no trabalho, reduzir sua aplicação, mesmo que parcialmente, consistiria em violação do texto constitucional, o que não pode ser admitido.

Nesse sentido, dispõe o item II da Súmula nº 60 do TST:

"ADICIONAL NOTURNO. INTEGRAÇÃO NO SALÁRIO E PRORROGAÇÃO EM HORÁRIO DIURNO. (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 6 da SDI-1) - Res. 129/2005 - DJ 20.04.2005 [...]

II - 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. (ex-OJ nº 6 Inserida em 25.11.1996)."

Diante de tais fundamentos, reformo a sentença para deferir o

pagamento de diferenças de adicional noturno sobre as horas prorrogadas, com a observância da redução ficta da hora noturna, além dos reflexos em aviso prévio, repouso semanal remunerado, férias acrescidas de 1/3, décimos terceiros salários e FGTS, mais multa de 40%.

INTERVALO INTRAJORNADA

Visa o reclamante o deferimento do pedido de pagamento do intervalo intrajornada.

Sustenta que os intervalos registrados nos controles não são verídicos, considerando que o reclamante trabalhava durante os intervalos, apesar de registrá-los como se gozados fossem. Em seguida expõe: *"Ele se alimentava durante os intervalos, mas sem descansar. Perceba-se que ele estava sempre respondendo ao rádio e ao telefone celular; posto que não podia se desvencilhar destes no horário de intervalo, muito menos deixar de acompanhar o serviço e responder a tais meios de comunicação. Em suma, o trabalho não parava".*

Menciona o depoimento da testemunha e requer a reforma da sentença.

Ao exame.

Os registros de ponto contêm consignações de horários de intervalo intrajornada variáveis correspondentes a uma hora. Nesse cenário, era ônus do reclamante demonstrar que os horários ali anotados não correspondem à realidade fática vivenciada e que, em verdade, não usufruía da pausa intervalar na sua integralidade.

Interrogado, declarou o autor:

"(...) que os horários de entrada e saída eram registrados de forma efetiva e correta, com exceção do horário de almoço; que, no horário de almoço, estava sempre no monitoramento; que tirava 40 minutos de intervalo intrajornada; (...)."

Vejamos as declarações prestadas pela única testemunha ouvida:

*"que foi empregado da reclamada por um ano, sendo desligado no dia 18/04/2023; que, antes disso, trabalhou como terceirizado por um ano; que, como empregado, trabalhou como operador de CFTV; que o reclamante foi contratado como CFTV, mas trabalhava como inspetor de mall; que as atividades do reclamante eram diferentes das atividades do depoente; **que tinham 1h de intervalo, mas nem sempre usufruíam desse intervalo; que, quando tinha ocorrência, tiravam cerca de 30 minutos;** que trabalhava no mesmo horário do reclamante; que, como inspetor de mall, o reclamante inspecionava o mall e, que se houvesse ocorrência, inspecionava a ocorrência; que o reclamante ia para sala de monitoramento quando tirava o intervalo do depoente; (...) que o reclamante almoçava dentro de uma salinha no CFTV; que poderiam usar o refeitório; que, no horário, somente havia o reclamante como inspetor; **que ninguém substituíam o reclamante durante o intervalo dele; que não tirava intervalo no mesmo horário que o Autor.**"*

Analisando o depoimento prestado pela testemunha, tem-se que o reclamante alcançou o encargo de demonstrar a impossibilidade de usufruir do intervalo intrajornada na sua integralidade, ao menos quando aconteciam as ocorrências. As ocorrências aconteciam, conforme já visto em tópicos antecedentes, fazendo parte das funções do reclamante enquanto *inspetor mal*. Considerando que a testemunha afirmou que tinham intervalo de uma hora, mas que nem

sempre usufruíam, fixo que, em duas vezes por semana, o reclamante usufruía 40 minutos de intervalo intrajornada.

Assim, reformo a sentença para deferir, duas vezes por semana, o período suprimido correspondente a 20 (vinte) minutos, acrescido de 50%, sem integração e reflexos, dada a natureza indenizatória da referida parcela, na forma do §4º do art. 71 da CLT.

Reformo, nesses termos.

FERIADOS

Busca o reclamante a reforma da sentença quanto ao tópico em destaque.

Sustenta o reclamante que não há que se falar validade da jornada 12x36, além de afirmar que não há pagamento de feriado em dobro nos contracheques, apesar da reclamada aduzir em sua defesa que pagava os feriados trabalhados.

Com razão.

Inválido o regime adotado pela reclamada de 12x36, não há que se falar que a remuneração mensal pactuada abrange também o feriado laborado. O sistema praticado pela reclamada é considerado inexistente, tornando inaplicável a nova regra do parágrafo único do art. 59-A da CLT.

Analisando os cartões de ponto, verifica-se que o reclamante trabalhou, por exemplo, em 15.11.2022 e 01.01.2023 sem o correspondente pagamento desses dias trabalhados.

Assim, reformo a sentença para deferir o pedido de pagamento em dobro dos feriados laborados, considerados os nacionais, sem integração, dada a ausência de habitualidade.

Reformo, nesses termos.

DESCONTOS

Não se conforma o reclamante com o indeferimento do pedido de devolução dos descontos.

Sustenta que "*no ato da dispensa todos os benefícios de cartão alimentação, vale transporte e planos de saúde e odontológico foram automaticamente suspensos, por óbvio*". Argumenta que não teve acesso a qualquer destes benefícios após o ato rescisório, porque imediatamente bloqueados nos sistemas respectivos. Também aponta que não houve prova de que o reclamante

continuou se beneficiando de tais vantagens após o seu ato rescisório, afirmando, ainda, que lançamento de falta resta impugnado, posto que fora entregue atestado.

Ao exame.

Narrou o autor na inicial que foram "efetuados descontos indevidos na rescisão, no importe de R\$ 945,00; R\$ 165,06; R\$ 63,83; R\$ 53,20 e R\$ 30,41; sob as rubricas, respectivamente, de "Ticket não devolvido", "Desc. Plano de saúde", "Vale-transporte", "Dias faltas" e "Desc. Plano odonto depend". Reputou indevidos alegando que *"jamais houve ticket ou vale transporte não devolvido, bem como porque o reclamante não faltou, muito menos permaneceu com plano de saúde, inclusive quanto a dependente, após sua saída"*.

Contestando, alegou a reclamada que os descontos decorrem de autorização legal ou normativa. Expôs que o autor foi despedido no dia 20/04/2023. Pontuou que o Ticket Alimentação e Vale-transporte são vantagens antecipadamente ofertadas início do mês para cobrir a integralidade do respectivo período.

Acrescentou que *"se o autor recebeu no início do mês de abril/23 o Ticket Alimentação e Vale-transporte, contemplando integralmente o mês, e tendo a extinção do contrato ocorrido no dia 20/04/2023, não é viciado o desconto das vantagens concedidas e referentes ao período posterior a extinção do contrato, sob pena de enriquecimento sem causa do autor"*.

Seguiu expondo que *"Os dias de falta foram devidamente descontados porque o reclamante faltou, injustificadamente, ao serviço durante vários dias, conforme se apura nos cartões de ponto ora colacionados"*, além de destacar que quanto *"aos Planos de Saúde e Odontológico também sofreram os descontos devidos, proporcionais aos dias trabalhados no mês da despedida"*.

A pretensão foi indeferida, conforme os seguintes fundamentos:

"Caberia ao demandante, por força do art. 818 da CLT, comprovar a ilicitude dos descontos efetivados quando da rescisão do contrato de trabalho, ônus do qual não se desincumbiu.

Os descontos foram lícitos porque correspondentes a adiantamentos de benefícios, razão pela qual indefiro o pleito "n".

A sentença merece reparos, ainda que parcialmente.

Lícitos os descontos com relação ao vale-transporte e às faltas. O vale transporte é pago de forma antecipada, tendo a reclamada demonstrado o pagamento da parcela ao autor no dia 24.03.2023, de forma antecipada. O contrato foi rescindido em 20.04.2023, tendo o reclamante trabalhado até o dia 19.04, de modo que houve o desconto dos dias não trabalhados.

Com relação às faltas, há registros nos espelhos de ponto, não havendo nos autos os correspondentes atestados médicos que abonassem as referidas faltas.

No tocante ao desconto a título de ticket alimentação e no valor de R\$ 945,00, tem-se que se mostra excessivo. Com efeito, o documento de ID. 82e84ed aponta crédito no último dia de trabalho do autor, em 19.04.2023, no valor de R\$ 770,00. No entanto, o valor descontado foi de R\$ 945,00, superando o valor efetivamente devido.

Assim, reformo a sentença para limitar o desconto a título de "ticket não devolvido" no importe de R\$ 770,00, sendo devida a devolução do valor de R\$ 175,00.

Com relação aos descontos a título de plano de saúde e plano de odontológico, embora seja possível ao empregador proceder a desconto de valores resultantes da utilização de plano de saúde pelo empregado, que espontaneamente a ele aderiu e se beneficiou dos serviços oferecidos, não consta dos autos autorização do trabalhador para o desconto em caso de rescisão contratual. Ainda, sequer a reclamada demonstrou a correção dos valores descontados, de modo que reformo a sentença para deferir a devolução dos valores descontados a título de "Desc. Plano de saúde" e "Desc. Plano odonto depend".

Em suma, reformo a sentença para limitar o desconto a título de "ticket não devolvido" no importe de R\$ 770,00, sendo devida a devolução do valor de R\$ 175,00 e, ainda, deferir a devolução dos valores descontados a título de "Desc. Plano de saúde" e "Desc. Plano odonto depend".

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Por fim, almeja o reclamante a majoração do percentual fixado a título de honorários advocatícios.

Com razão.

Tendo em vista os critérios trazidos pelo §2º, do art. 791-A, da CLT - grau de zelo do profissional; lugar de prestação do serviço; natureza e importância da causa; e o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, majoro o percentual fixado para 15% sobre o valor da condenação.

Reformo.

Pelo exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso adesivo do reclamante para: **a)** deferir o pagamento de um acréscimo salarial fixado em 10% sobre o salário do reclamante em face do acúmulo de função e repercussões sobre aviso prévio, férias acrescidas de 1/3, 13º salário e FGTS + 40%; **b)** deferir a partir de 07.08.2022 e conforme horários anotados nos cartões de ponto, horas extras excedentes à 8ª hora diária de trabalho e à 44ª semanal, não cumulativas, com o adicional legal e reflexos no cálculo do aviso prévio, repouso semanal remunerado, férias acrescidas de 1/3, décimos terceiros salários e FGTS, mais multa de 40%; **c)** deferir o

pagamento de diferenças de adicional noturno sobre as horas prorrogadas, com a observância da redução ficta da hora noturna, além dos reflexos em aviso prévio, repouso semanal remunerado, férias acrescidas de 1/3, décimos terceiros salários e FGTS, mais multa de 40%; d) deferir o período suprimido correspondente a 20 (vinte) minutos a título de intervalo intrajornada, duas vezes por semana, acrescido de 50%, sem integração e reflexos, dada a natureza indenizatória da referida parcela, na forma do §4º do art. 71 da CLT; e) deferir o pedido de pagamento em dobro dos feriados laborados, considerados os nacionais, sem integração, dada a ausência de habitualidade; f) limitar o desconto a título de "ticket não devolvido" no importe de R\$ 770,00, sendo devida a devolução do valor de R\$ 175,00 e, ainda, deferir a devolução dos valores descontados a título de "Desc. Plano de saúde" e "Desc. Plano odonto depend".; g) majorar o percentual fixado para 15% sobre o valor da condenação.

Diante de tais fundamentos, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso da reclamada. Ainda, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso adesivo do reclamante para: a) deferir o pagamento de um acréscimo salarial fixado em 10% sobre o salário do reclamante em face do acúmulo de função e repercussões sobre aviso prévio, férias acrescidas de 1/3, 13º salário e FGTS + 40%; b) deferir a partir de 07.08.2022 e conforme horários anotados nos cartões de ponto, horas extras excedentes à 8ª hora diária de trabalho e à 44ª semanal, não cumulativas, com o adicional legal e reflexos no cálculo do aviso prévio, repouso semanal remunerado, férias acrescidas de 1/3, décimos terceiros salários e FGTS, mais multa de 40%; c) deferir o pagamento de diferenças de adicional noturno sobre as horas prorrogadas, com a observância da redução ficta da hora noturna, além dos reflexos em aviso prévio, repouso semanal remunerado, férias acrescidas de 1/3, décimos terceiros salários e FGTS, mais multa de 40%; d) deferir o período suprimido correspondente a 20 (vinte) minutos a título de intervalo intrajornada, duas vezes por semana, acrescido de 50%, sem integração e reflexos, dada a natureza indenizatória da referida parcela, na forma do §4º do art. 71 da CLT; e) deferir o pedido de pagamento em dobro dos feriados laborados, considerados os nacionais, sem integração, dada a ausência de habitualidade; f) limitar o desconto a título de "ticket não devolvido" no importe de R\$ 770,00, sendo devida a devolução do valor de R\$ 175,00 e, ainda, deferir a devolução dos valores descontados a título de "Desc. Plano de saúde" e "Desc. Plano odonto depend".; g) majorar o percentual fixado para 15% sobre o valor da condenação.

Acordam o(a)s Magistrado(a)s da 4ª TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA QUINTA REGIÃO, Excelentíssimo Desembargador AGENOR CALAZANS e Excelentíssima Juíza Convocada ANGÉLICA DE MELLO FERREIRA, sob a Presidência da Excelentíssima Desembargadora ELOÍNA MACHADO, com a presença do(a) Ex.mo(a) representante do d. Ministério Público do Trabalho, na 04ª Sessão Presencial Ordinária, iniciando-se no dia 12 DE FEVEREIRO DO ANO DE 2025, às 9h, cuja pauta foi disponibilizada no Diário Eletrônico do dia 03/02/2025,

por unanimidade, **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso da reclamada.

Ainda, **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso adesivo do reclamante para: **a)** deferir o pagamento de um acréscimo salarial fixado em 10% sobre o salário do reclamante em face do acúmulo de função e repercussões sobre aviso prévio, férias acrescidas de 1/3, 13º salário e FGTS + 40%; **b)** deferir a partir de 07.08.2022 e conforme horários anotados nos cartões de ponto, horas extras excedentes à 8ª hora diária de trabalho e à 44ª semanal, não cumulativas, com o adicional legal e reflexos no cálculo do aviso prévio, repouso semanal remunerado, férias acrescidas de 1/3, décimos terceiros salários e FGTS, mais multa de 40%; **c)** deferir o pagamento de diferenças de adicional noturno sobre as horas prorrogadas, com a observância da redução ficta da hora noturna, além dos reflexos em aviso prévio, repouso semanal remunerado, férias acrescidas de 1/3, décimos terceiros salários e FGTS, mais multa de 40%; **d)** deferir o período suprimido correspondente a 20 (vinte) minutos a título de intervalo intrajornada, duas vezes por semana, acrescido de 50%, sem integração e reflexos, dada a natureza indenizatória da referida parcela, na forma do §4º do art. 71 da CLT; **e)** deferir o pedido de pagamento em dobro dos feriados laborados, considerados os nacionais, sem integração, dada a ausência de habitualidade; **f)** limitar o desconto a título de "ticket não devolvido" no importe de R\$ 770,00, sendo devida a devolução do valor de R\$ 175,00 e, ainda, deferir a devolução dos valores descontados a título de "Desc. Plano de saúde" e "Desc. Plano odonto depend".; **g)** majorar o percentual fixado para 15% sobre o valor da condenação. Arbitra-se à condenação o valor de R\$ 80.000,00. Custas pela reclamada.

ELOINA MARIA BARBOSA MACHADO
Relator(a)