



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO
4ª VARA DO TRABALHO DE PORTO ALEGRE
RTOrd 0020130-36.2018.5.04.0004
AUTOR: MARCO ANTONIO DOS SANTOS COSTA
RÉU: SOLUCOES EM AÇO USIMINAS S.A.

MARCO ANTONIO DOS SANTOS COSTA ajuíza ação trabalhista pelo rito ordinário em face de **SOLUÇÕES EM AÇO USIMINAS S/A** em 28/02/2018. Aduz que laborou para a reclamada de 11/10/1993 a 06/09/2017, quando foi despedido sem justa causa. Exerceu, por último, a função de Operador Industrial III. Refere que sua última remuneração foi no valor de R\$ 4.713,00. Formula suas pretensões. Junta documentos. Atribui à causa o valor de R\$ 176.487,42. Requer a concessão da assistência judiciária gratuita. A reclamada contesta o feito (ID. 3ff825d - Págs. 125-148). Suscita prescrição. Refuta o mérito. Junta documentos. Na audiência, colhem-se as declarações das partes. Sem outras provas a serem produzidas, é encerrada a instrução. Razões finais remissivas. Tentativa de conciliação frustrada. Vêm os autos conclusos. **EXAMINO.**

LEI 13.467/17. APLICABILIDADE.

A Lei 13.467/17 se revela inaplicável, porque **é formal e materialmente ilegítima**, tal como refere tese aprovada na II JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO, organizada pela ANAMATRA e formada por Juízes, Advogados, Sindicalistas, Professores e Estudantes que lidam com o Direito do Trabalho, não há como aplicá-la aos processos em curso, nem aos novos, já que avessa ao ordenamento jurídico-trabalhista. Na medida em que retiram direitos e impõem penalidades, em um raciocínio avesso à proteção, atraem a aplicação do art. 9º da CLT. Como refere o Ministro Carlos Ayres Brito, na ADPF 130, da qual foi Relator: "São de todo imprestáveis as tentativas de conciliação hermenêutica da Lei 5.250/67 com a Constituição, seja mediante expurgo puro e simples de destacados dispositivos da lei, seja mediante o emprego dessa refinada técnica de controle de constitucionalidade que atende pelo nome de "interpretação conforme a Constituição". A técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursionamento do intérprete em legiferação por conta própria. Inapartabilidade de conteúdo, de fins e de viés semântico (linhas e entrelinhas) do texto interpretado. Caso-limite de interpretação necessariamente conglobante ou por arrastamento teleológico, a pré-excluir do intérprete/aplicador do Direito qualquer possibilidade da declaração de inconstitucionalidade apenas de determinados dispositivos da lei sindicada, mas permanecendo incólume uma parte sobejante que já não tem significado autônomo. Não se muda, a golpes de interpretação, nem a inextrincabilidade de comandos nem as finalidades da norma interpretada. Impossibilidade de se preservar, após artificiosa hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilíbrio interno de uma lei (a Lei federal nº 5.250/67) que foi ideologicamente concebida e normativamente apetrechada para operar em bloco ou como um todo pro indiviso". Exatamente idêntico raciocínio serve à Lei 13.467/17.

Na realidade das relações de trabalho, o capital (empregador) exerce autotutela. Não precisa do Estado para fazer valer seus direitos. Pode despedir, transferir de horário ou local; reduzir ou aumentar salários e - dizem alguns - até mesmo aplicar penalidades (nada obstante o silêncio legal a esse respeito). O trabalhador, por sua vez, nem mesmo em caso de não pagamento de salário ou de assédio ostensivo, tem condições de exercer seus direitos sem a mediação estatal. Até mesmo para sair de um vínculo pernicioso, em que esteja trabalhando, por exemplo, em condições análogas a de escravo, o trabalhador terá que constituir um Advogado, ajuizar uma demanda, provar (algo muitas vezes quase impossível) o ato lesivo e, só então, após o longo percurso do processo, receber suas verbas resilitórias. Nem mesmo a Justiça do Trabalho altera essa realidade. O trabalhador, que já não tem garantia alguma contra a despedida, sabendo-se afastado também da possibilidade de recorrer à Justiça do Trabalho, suportará toda lesão que lhe for imposta. Não poderá concretamente exercer seus direitos no âmbito do contrato, nem poderá buscá-los junto ao Estado e isso implica ruptura do pacto democrático que justifica o monopólio da jurisdição, quebrando a ordem constitucional vigente.

Não há como pressupor que todas as pretensões rejeitadas em um processo foram deduzidas de má-fé, a ponto de justificar a aplicação de regras cujo claro objetivo é punir o trabalhador que exerceu seu direito à tutela jurisdicional. Ao contrário, em uma realidade na qual o vínculo se protraí no tempo e os trabalhadores não tem acesso aos documentos do contrato, não há como exigir razoavelmente que eles saibam, de antemão, quais de suas demandas serão acolhidas pelo Poder Judiciário. Aliás, trata-se de exigência absurda, na medida em que a existência mesma de um processo pressupõe a dúvida quanto à existência da lesão, a capacidade de comprová-la em juízo e a possibilidade de convencer o Estado acerca da necessidade de reparação. A Justiça do Trabalho, caso a Lei 13.467/17 seja aplicada, será o único ramo do Poder Judiciário em que o acesso à justiça será restrito àqueles que, de antemão, já conhecem o resultado do processo. A aplicação da Lei 13.467/17 afastará os trabalhadores da Justiça do Trabalho, fazendo com que o temor do resultado do processo se constitua como fator silencioso e perverso de vedação do acesso à justiça. Então, os preceitos morais de busca do bem de todos, preservação da dignidade humana ou redução das desigualdades, previstos na Constituição de 1988, serão concretamente negados à maioria absoluta da população brasileira, feita de gente que vive do trabalho que realiza e que diariamente suporta uma relação assimétrica, na qual não pode senão obedecer ao comando do empregador, se quiser manter sua fonte de subsistência. Por fim, observo que a proteção aos direitos trabalhistas, mediante tutela estatal diferenciada, caracteriza-se historicamente como elemento de contenção da luta de classes que, se suprimido, provocará o renascer do confronto direto, disseminando o caos.

JORNADA. A reclamada traz aos autos meros relatórios de horário, sem assinatura do autor e sem qualquer elemento que demonstre tenham sido confeccionados à época do contrato. Em depoimento pessoal, a preposta da reclamada informa *"que trabalha na reclamada desde maio de 2017 e é assistente de RH; que embora tenha espaço no cartão para a assinatura do empregado, eles não recebem, porque os registros são gerados apenas no sistema, que não sabe dizer se algo no registro confirma tenha ele sido produzido na época do vínculo; que o RH pode fazer observações no registro ponto; que tanto o supervisor, quanto o RH conseguem inserir horários no registro ponto do empregado se ele, por exemplo, esquecer de fazer a marcação; não trabalhava na época do reclamante; que não sabe se o reclamante trabalhava além do horário registrado."* Considerando que a reclamada traz aos autos meros relatórios de horário sem assinatura da parte autora e sem qualquer elemento que demonstre tenham sido os mesmos confeccionados à época do contrato, bem como que a preposta sequer trabalhou à época do vínculo, desconhece os horários praticados pelo autor e admite que tanto o supervisor quanto o pessoal do RH podem fazer alterações nos registros, tais documentos não servem para o fim do art. 74 da CLT. Diante disso, admito como verdadeiros os horários informados pelo reclamante, nos termos 400 do Código de Processo Civil. Arbitro que a jornada do autor tenha sido de segundas, quartas e sextas (2 primeiras de cada mês) das 7h15min às 18h30min, e nas terças e quintas das 7h15min às 17h, com 30min de intervalo, nas segundas, quintas e sextas-feiras (a partir da terceira de cada mês). Fixo que, nas sextas-feiras conseguia fruir de 1h de intervalo intrajornada. Arbitro ainda que, nas segundas, quartas e sextas, o autor laborasse de forma remota por 15min diários, das 19h às 19h15min. Em face das jornadas arbitradas, que revelam realização habitual de horas extras, não há falar em regime de compensação. Diante disso, são devidas as diferenças de horas extras pleiteadas, bem como o pagamento dos intervalos intrajornada, não concedidos regularmente. Nos termos do art. 71, § 4º, da CLT, combinado com o entendimento consubstanciado na Súmula 437 do TST, a não-concessão, mesmo que parcial, do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, implica o pagamento total do período do intervalo, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho. Saliento que, os relatórios de horário serão considerados apenas para aferição de frequência ao trabalho.

FGTS. O reconhecimento do direito ao pagamento de verbas de natureza salarial implica o reconhecimento de que os valores devidos a título de FGTS foram recolhidos a menor durante o vínculo de emprego, sendo devido o pagamento do FGTS incidente sobre as parcelas deferidas, bem como o acréscimo de 40%.

HONORÁRIOS DE ADVOGADO. O artigo 133, conjugado com o artigo 1º, inciso IV (princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito), ambos da Constituição de 1988, derogaram o 14 da Lei nº 5.584-70. Sendo, o Advogado, indispensável à administração da Justiça e tendo, o Brasil, como princípio fundamental, o da valorização social do trabalho, não há como negar ao profissional liberal que prestou serviços, o pagamento de seus honorários, quando atua em favor de quem sofreu lesão a direitos.

A Lei nº 5.584-70, anterior ao texto da Constituição, se afigura incompatível não apenas com seus termos, como também com os princípios que a inspiram. Admitir o contrário implicaria olvidar os fundamentos que justificam a existência mesma da Justiça do Trabalho. Inviável, ademais, pretender atribuir ao empregado o ônus de arcar com os honorários do advogado, na medida em que tal equivaleria a determinar desconto indevido nos créditos trabalhistas cujo pagamento à época própria já lhe foi sonogado. Não sendo o trabalhador quem deu causa à existência da lide, e já havendo arcado com o ônus decorrente do tempo do processo, revela-se flagrantemente desproporcional impor ao empregado a consequência dos descumprimentos dos deveres contratuais e legais da demandada. Ao contrário, embora seja impossível apagar a integralidade dos dissabores causados à outra parte - referentes à angústia com a injustiça, a postergação da reintegração patrimonial e toda sorte de transtornos decorrentes do litígio judicial - deve a ré, ao menos, arcar com a integralidade dos prejuízos econômicos diretamente causados, inclusive com custeio dos serviços dos profissionais que se fizeram necessários para viabilizar ao empregado a concretização dos seus direitos. O valor deverá ser atualizado na proporção dos créditos trabalhistas.

JUSTIÇA GRATUITA. A comprovação da necessidade de gratuidade da justiça se dá pela declaração de insuficiência de recursos, especialmente porque tal circunstância é de ser presumida, tratando-se de trabalhador inserto em realidade na qual o trabalho é a fonte de sobrevivência física. Observo que mesmo a redação dada à CLT pela Lei 13.467/17 permite que tal benefício seja outorgado em qualquer circunstância, pois prevê duas hipóteses diversas para a sua concessão. Ao art. 790, § 3º, trata da faculdade de conceder a gratuidade àqueles que "perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social". O § 4º, por sua vez, permite a concessão do benefício da justiça gratuita "à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo", sem qualquer ressalva quanto ao valor do salário. A parte autora é, portanto, autêntica destinatária da norma jurídica, razão pela qual concedo o benefício da gratuidade integral, na forma do art. 5º, LXXIV (o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos), da Constituição.

PRESCRIÇÃO. A Constituição garante aos trabalhadores brasileiros o direito fundamental de propor ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, estabelecendo "prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho". Garante, também, "relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa". Trata-se de direitos fundamentais com direta relação entre si. A partir do momento em que a nova ordem constitucional garante proteção efetiva contra despedida arbitrária ou sem justa causa, é razoável que durante a execução do vínculo haja um prazo para que a parte exerça suas pretensões, a fim de que seja resguardada a paz social, principal argumento para a existência do instituto da prescrição. Ocorre que a jurisprudência dominante, e bem assim a maior parte da doutrina, vêm negando eficácia plena e imediata ao inciso I do art. 7º da Constituição e, por consequência, chancelando um suposto direito absoluto do empregador, de pôr fim ao vínculo de emprego, sem sequer informar o motivo de seu ato. Ora, se o empregador tem direito de extinguir o vínculo de emprego quando quiser, sem precisar motivar seu ato, não é razoável que os créditos por ele não adimplidos durante o vínculo estejam sujeitos à prescrição. O raciocínio não é novo. Márcio Túlio Viana já o defende há algum tempo, ao argumento de que o princípio da proteção se justifica pela existência do inegável poder social, que um dos contratantes exerce sobre o outro. Esse poder acarreta, dentre tantas disparidades, a circunstância objetiva de que durante o contrato, qualquer ato do empregado pode ensejar a perda do posto de trabalho. Posto que, via de regra, é a exclusiva fonte de sobrevivência do trabalhador. É o seu modo de ser-no-mundo. É o espaço onde passa a maior parte do seu tempo acordado. É o lugar em que tem amigos, obrigações, desafios e afetos. Por isso, a perda do trabalho tem características tão distintas, para o empregado e para o empregador. Também por isso, é falacioso afirmar que a pretensão ao pagamento de qualquer verba trabalhista pode ser exercida durante o curso do contrato. Não pode. Todos sabemos disso, mas calamos diante de uma suposta unívoca compreensão do texto de lei. Ocorre, entretanto, sistematizar as normas trabalhistas, buscando aplicá-las de modo a fazer valer o princípio da proteção, expressado em termos constitucionais como valorização social do trabalho. E o único modo de fazê-lo é contando o prazo de prescrição apenas a partir do término da relação de emprego, quando o empregado passa a ter a possibilidade real (e não apenas retórica) de buscar junto ao Poder Judiciário, a satisfação de seus créditos. Nesse sentido vem entendendo a jurisprudência italiana que, em decisão paradigmática da Corte Constitucional (sentença n. 63, de 10 de junho de 1966), declarou a inconstitucionalidade das normas

acerca da prescrição, contidas no Código Civil de 1942, para o efeito de concluir não haja prazo prescricional em curso durante o período de vigência de contrato de trabalho não contemplado com a tutela real, ou seja, com a verdadeira e efetiva garantia contra a perda do posto de trabalho. A existência mesma de contrato de trabalho em curso constitui, assim, causa de impedimento do curso da prescrição. Na aludida decisão, a Corte Constitucional Italiana faz afirmação que serve com exatidão à realidade brasileira: "Não existem obstáculos jurídicos que impeçam de fazer valer o direito ao salário. Existem, todavia, obstáculos materiais, isto é, a situação psicológica do trabalhador, que pode ser induzido a não exercer o próprio direito pelo mesmo motivo pelo qual muitas vezes é levado à sua renúncia, isto é, pelo temor da dispensa; de modo que a prescrição, fluindo durante a relação de emprego, produz exatamente aquele efeito que o art. 36 pretendeu coibir proibindo qualquer tipo de renúncia: mesmo aquela que, em particulares situações, pode se encontrar implícita na ausência do exercício do próprio direito e, portanto, no fato que se deixe consumir a prescrição". No Brasil, a necessidade de valorização social do trabalho como fundamento da República e a cláusula expressa no art. 9º da CLT, que torna nulos quaisquer atos tendentes a suprimir, fragilizar ou mitigar direitos trabalhistas, determina a compreensão de que a restrição ao direito fundamental de ação contido no art. 7º, XXIX, da Constituição, se opera apenas nas hipóteses em que exista efetiva garantia de manutenção do emprego, sob pena de estarmos (como estamos!) chancelando diariamente renúncia de crédito alimentar, em afronta clara e incontornável ao que estabelecem os artigos 100, § 1º-A, da Constituição e 1.707, do Código Civil. Essa compreensão decorre de um olhar para o ordenamento jurídico como sistema, cujo escopo é fazer prevalecer os valores eleitos como essenciais em determinado Estado. É, também, fazer prevalecer "a justiça" como um dos "valores supremos de uma sociedade fraterna", na dicção do preâmbulo do nosso texto constitucional. Nesse sentido, também, são os enunciados aprovados pela Comissão 2 - Relações coletivas de trabalho e democracia, do XV CONAMAT, realizado em Brasília-DF, entre os dias 28 de abril e 1º de maio deste ano: "PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA A DISPENSA ARBITRÁRIA (artigo 7o, I, CF). NÃO-REGULAMENTAÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL: INAPLICABILIDADE. Considerando que a prescrição não é um "prêmio" para o mau pagador, enquanto não aplicado efetivamente o direito de proteção contra a dispensa arbitrária previsto no inciso I do art. 7 da CF, que gera ao trabalhador a impossibilidade concreta de buscar os seus direitos pela via judicial, não se pode considerar eficaz a regra do inciso XXIX do artigo 7, no que se refere à prescrição que corre durante o curso da relação de emprego. Por isso, enquanto não conferirmos efetividade plena ao artigo 7, I, da CF/88, não se pode declarar a prescrição quinquenal." Por todos esses fundamentos, entendo que, enquanto não garantida a plena eficácia do sistema de garantia contra a despedida arbitrária de que cogita o art. 7º da Constituição, a vigência do contrato de emprego constitui elemento impeditivo ao fluxo do prazo prescricional, cuja contagem, portanto, tem início tão-somente após o rompimento da relação. Em decorrência, não sendo possível tampouco cogitar acerca da prescrição bienal de que trata a Constituição, inexistente prescrição a ser pronunciada no caso em apreço.

CONCLUSÃO (ART. 832 DA CLT):

DEFIRO o pagamento de:

- a) diferenças de horas extras, assim consideradas as excedentes à 8º diária e/ou 44 semanal (critérios que se somam), observadas as jornadas arbitradas, com reflexos em repousos semanais remunerados e feriados;
- b) 1 hora acrescida do adicional de 50%, em razão de intervalos intrajornadas não fruídos, a cada jornada, conforme arbitrado, com reflexos em repousos semanais remunerados e feriados;
- c) diferenças de gratificações natalinas, férias (remuneração acrescida de 1/3) e pagamento de aviso prévio, pelo cômputo das horas extras inclusive relativas aos intervalos, já integradas em repousos semanais remunerados e feriados, pelo aumento da média remuneratória;
- d) FGTS incidente sobre as parcelas deferidas com acréscimo de 40%;
- e) honorários advocatícios no importe de 20% do valor bruto da condenação.

CRITÉRIOS DE CÁLCULO. A base de cálculo das horas extras deverá considerar a integralidade das

verbas salariais, conforme Súmula 264 do TST. Para cálculo das horas extras deverá ser utilizado o divisor 220 e os adicionais previstos nas Convenções Coletivas, sendo de 50%, para as duas primeiras horas e 100% para as demais. A correção monetária deverá ser realizada com base no IPCA-E. Os juros de mora são de 1% ao mês e de forma simples, desde o ajuizamento da ação e devem ser apurados separadamente, em relação a créditos trabalhistas e previdenciários. A atualização do FGTS deve seguir os mesmos critérios dos créditos trabalhistas. Não são cabíveis descontos fiscais e previdenciários, porque a executada é responsável exclusiva pela ausência de repasse à época própria, na forma do artigo 33, § 5.º, parte final, da Lei n.º 8.212/91. A contribuição previdenciária do empregador compreende o percentual de 20%, acrescida da parcela SAT e excluída a contribuição a terceiros. Não há compensação referente à mesma competência e ao mesmo fato gerador passíveis de serem deferidos.

FORMA DE CUMPRIMENTO. A sentença deverá ser liquidada por cálculo. Arbitro à condenação o valor de R\$ 30.000,00, **considerando a prescrição quinquenal para fins de recurso.** As partes estão cientes da data da prolação desta decisão. Custas na forma da lei, pela reclamada. Na forma da CLT, (art. 832, § 1º - Quando a decisão concluir pela procedência do pedido, determinará o prazo e as condições para o seu cumprimento), **determino que, tão logo apurada a conta, a reclamada cumpra a obrigação na forma do art. 880 da CLT, valendo a presente como mandado de citação.** No mesmo prazo, deverá comprovar os recolhimentos previdenciários e fiscais, vedadas deduções ou descontos, pois é de sua exclusiva responsabilidade o recolhimento e, portanto, a ausência dele em época oportuna.

Observo que não há "prequestionamento" para interposição de recurso da sentença de primeiro grau e que os embargos de declaração na Justiça do Trabalho são cabíveis apenas nas hipóteses de omissão ou contradição (art. 897-A da CLT). Por isso, desde logo as partes são advertidas de que eventual interposição de embargos de declaração em que verificado manifesto intuito procrastinatório implicará aplicação de pena por litigância de má-fé (arts. 81 e 1.026, § 2º, do CPC) e não haverá interrupção do regular prazo recursal.

Nos termos do art.495 do CPC, a presente sentença vale como título executivo para providências de hipoteca judiciária junto ao Cartório de Registro de imóveis. Eventuais despesas devem ser informadas nos autos, para inclusão na conta e pagamento ao final.

PORTO ALEGRE, 31 de Agosto de 2018

VALDETE SOUTO SEVERO
Juiz do Trabalho Titular