



PODER JUDICIÁRIO JUSTIÇA DO TRABALHO TRIBUNAL REGIONAL DO
TRABALHO DA 1ª REGIÃO 6ª Turma

PROCESSO nº 0100881-86.2018.5.01.0038 (ROT)

RECORRENTE: LUCIENE SOUZA PAIVA DA SILVA

RECORRIDO: CENTRO ORTOPEDICO TRAUMATOLOGICO TIJUCA LTDA

RELATOR: ANGELO GALVAO ZAMORANO

EMENTA

VALORES APONTADOS NA INICIAL. ART. 840, § 1º, MERA ESTIMATIVA. ART. 12, §2ºIN 41 DO TST. Para fim do que dispõe o art. 840, §§ 1º e 2º, da CLT, o valor da causa será estimado, observando-se, no que couber, o disposto nos arts. 291 a 293 do Código de Processo Civil."

CORREÇÃO MONETÁRIA. IPCA-E. Em recente decisão proferida pelo Tribunal Pleno do STF nos autos do Recurso Extraordinário nº 870947, foi declarada a inconstitucionalidade da atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, qual seja a TRD - Taxa Referencial Diária (TRD), uma vez que a mesma "não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina. Assim sendo, o índice de correção monetária adotado é o IPCA-E - Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial, porque mais adequado para recompor a perda do poder de compra, conforme decidido pela Suprema Corte, devendo ser aplicado a partir de 25/3/2015, a modulação fixada pelo C. TST.

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de **RECURSO ORDINÁRIO** em que são partes:**CENTRO ORTOPEDICO TRAUMATOLOGICO TIJUCA LTDA** e **LUCIENE SOUZA PAIVA DA SILVA**, como Recorrentes e, **OS MESMOS**, como Recorridos.

RECORREM ORDINARIAMENTE A RECLAMADA E A RECLAMANTE, em face da r. sentença id. 1b3c0eb, proferida pelo MM Juízo da 38ª VT/RJ (da lavra do Juiz PAULA CRISTINA NETTO GONÇALVES GUERRA GAMA), **que julgou procedentes em parte os pedidos narrados na petição inicial.**

RELATÓRIO

A RECLAMADA(CENTRO ORTOPEDICO TRAUMATOLOGICO TIJUCA LTDA), em suas razões id. 8728509, postula a reforma da sentença para o afastamento da condenação ao pagamento de horas extras, impugnando também a forma de cálculo do intervalo intrajornada, pugna pela manutenção da justa causa aplicada e pelo afastamento da dispensa da reclamante ao pagamento de honorários advocatícios.

A RECLAMANTE (LUCIENE SOUZA PAIVA DA SILVA), nas razões de seu recurso adesivo de id. 908c864, postula a reforma da sentença para a procedência do pedido de indenização por dano moral, utilização dos valores descritos na inicial como teto de cálculo e atualização monetária pelo IPCA.

As partes apresentaram contrarrazões, ids. 885fd0d e fc3179c, sustentando a manutenção do julgado, naquilo que lhes favorecem individualmente.

Autos não remetidos ao Ministério Público, na forma do artigo 85 do RI - TRT - 1ª Região.

Éo relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

DO CONHECIMENTO

Recursos tempestivos (reclamante - id. 2f93e08; reclamada - id. 90f768a).

Regular a representação (reclamante - id. 2edc1fd; reclamada - id. e133cdb).

Preparo efetuado (id. e2d62aa).

Não houve recolhimento de custas pela reclamante, pois não foi condenado neste sentido.

CONHEÇO dos recursos porque preenchidos os pressupostos legais de admissibilidade.

MÉRITO

DO RECURSO DA RECLAMADA

I - DA JORNADA

Nego provimento

O juízo de primeiro grau condenou a reclamada ao pagamento de horas extras, sob os seguintes fundamentos:

"Pretende a reclamante o pagamento de horas extras, inclusive pela supressão do intervalo intrajornada, além de domingos e feriados em dobro. Defende-se a reclamada com base nos controles de ponto.

Pela análise dos sobreditos controles, verifica-se que, por exemplo, no id f331b6b, no ponto de agosto de 2016, a marcação é britânica para todo o mês. O mesmo se observa em outros meses do contrato de trabalho.

Como se não bastasse, o preposto afirma que os funcionários passam o cartão quatro vezes por plantão (item 18 do depoimento pessoal); todavia, no ponto dos autos, só há duas batidas - entrada e saída.

Diante do caráter britânico (TST, súmula 338, III) e da incongruência verificada diante do depoimento do preposto, os documentos perdem a força probante, pelo que lhes afasto, para fixar a jornada conforme a inicial: escala de 12 x 36, com realização de uma hora extra diária e fruição de trinta minutos de intervalo intrajornada.

Defiro, pois, uma hora extra por plantão realizado, mais uma hora extra pela supressão intervalar, considerando a jornada supra fixada, com divisor 220, adicional de 50%, mais projeções em RSR, férias + 1/3, trezenos, FGTS + 40%.

Nos cálculos, observe-se a evolução salarial.

Defiro os feriados trabalhados em dobro - TST, súmula 444. A verba é indenizatória e não gera projeções.

No que se refere aos domingos não é devida a dobra, haja vista que na jornada de 12x36, a autora já compensa o trabalho nos dias de folga.

Indefiro os adicionais de 80% e 100% para as horas extras, ante a ausência de previsão normativa.

Pretende a reclamada a reforma do julgado, alegando, em síntese, que a reclamante não teria se desincumbido do ônus probatório que lhe cabia com as provas produzidas, posto que ao apontar que os controles de frequência não refletem a real jornada, teria atraído para si o ônus probatório. Aduz, ainda, que deve ser aplicada a nova sistemática para a supressão do intervalo intrajornada, devendo ser pago apenas o período suprimido.

Sem razão.

O presente capítulo do recurso beira a ausência de dialeticidade recursal, posto que não atacou o principal fundamento da sentença, qual seja, que os registros de ponto apresentados eram inválidos, por serem uniformes.

Assim, desconsiderada a idoneidade dos registros de frequência, deve prevalecer a jornada declinada na inicial, como bem decidiu o juízo de piso.

No que diz respeito ao regramento do intervalo intrajornada, também carece de razão a reclamada, posto que os serviços foram prestados antes das alterações perpetradas pela lei 13.467/17, devendo prevalecer o entendimento constante da Tese prevalecente nº 6 deste regional que estabelece que ainda que concessão do intervalo tenha ocorrido de forma parcial, caberá o pagamento como hora extra do período integral:

"INTERVALO INTRAJORNADA. SUPRESSÃO OU CONCESSÃO

PARCIAL. PAGAMENTO DO PERÍODO TOTAL."

Pelo exposto, neste particular, nego provimento ao recurso.

II - DA EXTINÇÃO CONTRATUAL

Nego provimento

O juízo de piso afastou a justa causa aplicada e condenou a reclamada ao pagamento de verbas rescisórias, nos seguintes termos:

"A reclamante assevera que foi dispensada por justa causa e requer a conversão em dispensa imotivada. Defende-se a reclamada ao fundamento de que a autora não teria exercido suas atribuições com responsabilidade, por deixar de ministrar remédios a paciente com doença hepática grave, que acabou na UTI.

A defesa não incluiu a conduta da obreira em nenhuma das hipóteses do art. 482 da CLT, faltando, assim, a tipificação.

Além disso, no id df06b27, consta que a reclamante esteve com o paciente o dia inteiro, inclusive às dezoito horas, pelo que não se pode imaginar o motivo pelo qual teria deixado de ministrar a medicação Hemax.

Ademais, o preposto, em depoimento, afirmou que, na documentação, consta que o remédio foi ministrado pela autora (item 4), sendo que apenas a chefia alegou que a medicação foi encontrada intacta.

Sucedendo que a reclamada não provou que, de fato, a medicação foi encontrada intacta, e conseqüentemente não foi ministrada pela reclamante.

A testemunha da reclamada afirmou que não chegou a ver o remédio e recebeu apenas informações da farmácia (itens 14 e 15). Isso não é prova cabal da alegada conduta obreira.

Conforme consta do item 11 do testemunho de Marilene, o Hemax vem em dose única, de modo que pode ter havido confusão entre os frascos, entre a medicação que sobrou na farmácia e a quantidade ministrada ao paciente.

Frisa-se que aos autos não veio nenhum documento acerca de controle de medicação comprada e medicação efetivamente usada no mês de agosto de 2017, pelo que não se pode saber se, realmente, algo sobrou.

Como se não bastasse, a reclamante apresenta vida profissional pregressa intacta, daí, a dificuldade de se pensar que não ministrou medicação ao paciente.

Sem tipificação, sem prova cabal e sem vida pregressa maculada, elide-se a justa causa, para se considerar o contrato rompido por dispensa imotivada.

Em consequência, acolho o pedido de pagamento de: saldo salarial de 31 dias de agosto de 2017, aviso prévio de 36 dias, 5/12 de férias proporcionais + 1/3, décimo terceiro proporcional de 2017 (9/12), FGTS não depositado durante o contrato, inclusive sobre o trezeno e aviso ora deferidos, mais a multa rescisória de 40%, multa do art. 477 da CLT.

Ante a ocorrência de controvérsia, indefiro a multa do art. 467 da CLT."

Pretende a reclamada a reforma do julgado, alegando, em síntese, que a ausência de tipificação não é motivo para o afastamento da penalidade de justa causa aplicada.

Analiso.

Por certo apenas a ausência de tipificação da penalidade de justa causa aplicada ou a tipificação equivocada não pode, por si só, ser motivo para o afastamento da justa causa.

Ocorre que, no caso, não foi este o fundamento utilizado no julgado que, apesar de citar tal fato, foi alicerçado na ausência de provas do fato imputado à reclamante, qual seja, a falta de ministração de medicamento a paciente de responsabilidade da reclamante.

Assim, não demonstrado o fato imputado à reclamante e que embasou a sua dispensa por justa causa, não resta outra saída ao julgado a não ser o afastamento da penalidade imposta pela ausência de provas do fato gravoso.

Mantém-se.

III - DOS HONORÁRIOS

Dou provimento

O juízo de origem condenou a reclamante ao pagamento de honorários no importe de 10% sobre os valores indeferidos, porém a dispensou, considerando o benefício da gratuidade de justiça.

Irresignada, a reclamada pretende a reforma no que diz respeito à exigibilidade dos honorários.

Pois bem.

Acerca da exigibilidade dos honorários, em razão da parte beneficiária da gratuidade de justiça, deve ser observado o disposto no art. 791-A, § 4º da CLT que assim dispõe:

"§4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário."

Assim, dou provimento ao recurso, para reformando a sentença, determinar que na execução de honorários sucumbenciais seja observado o disposto no art. 791-A, § 4º da CLT.

DO RECURSO DA RECLAMANTE

I - DO DANO MORAL

Nego provimento

O juízo de ordinário julgou improcedente o presente pedido, sob os seguintes fundamentos:

"A parte autora requer ser ressarcida pelo dano moral, ante a dispensa por justa causa, fazendo com que não recebesse as verbas rescisórias.

Ocorre que a parte pôde recorrer ao Judiciário e ver reconhecida a dispensa imotivada, com o consequente crédito daí resultante.

Ademais, as verbas serão quitadas com juros e correção, que servem para ressarcir a mora nas obrigações em dinheiro - CC , art. 404.

Acrescente-se que a dispensa por justa causa decorre da cláusula resolutiva tácita inerente a todo e qualquer contrato de trabalho, acionada dentro do poder de disciplina do empregador. Cabe à Justiça averiguar a legalidade da justa causa, mas não se pode jamais impedir o patrão de aplicá-la. Não se trata, pois, de ato ilícito, pelo que não surge a reparabilidade.

Dessa forma, não há dano e não surge a responsabilidade civil, conforme já decidiu o TRT 1, por meio da tese jurídica prevalecente no. 1.

Nada a deferir."

Pretende a reclamante a reforma do julgado, alegando, em síntese, que a extinção contratual sob o argumento indevido de justa causa e o não pagamento das verbas rescisórias lhe causou danos em sua esfera extrapatrimonial.

Sem razão.

Sobre o tema Ressalvo o meu entendimento pessoal sobre o dano moral em caso de inadimplemento das verbas rescisórias, por entender que ocorre *in re ipsa*, sendo cabível a indenização pela ausência, ou mesmo atraso, no pagamento das verbas rescisórias, independentemente da comprovação do dano, e adoto a tese jurídica prevalecente no julgamento pelo Pleno deste Regional em decisão em sede de Incidente de Uniformização de Jurisprudência, Processo nº 0000065-84.2016.5.01.0000 - de relatoria do Desembargador do Trabalho Marcelo Augusto Souto de Oliveira, a seguir transcrita:

TESE JURÍDICA PREVALECENTE - 01. DANO MORAL. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL OU ATRASO NO PAGAMENTO DAS VERBAS RESCISÓRIAS. DANO IN RE IPSA E NECESSIDADE DE PROVA DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO TRABALHADOR. Ainda que o dano moral seja *in re ipsa*, não é toda a situação de ilegalidade que é capaz de, automaticamente, causar um abalo moral indenizável. A situação de ilegalidade que constitui suporte para a indenização moral é aquela que impõe ao homem médio um abalo moral significativo. O dano moral não decorre, por si só, de mero inadimplemento contratual ou da falta de pagamento das verbas rescisórias pelo empregador, a não ser que se alegue e comprove (CLT, art. 818 c/c do CPC/15, art. 373, inciso I) de forma inequívoca, o nexo de causalidade entre tal inadimplemento e a superveniência de transtornos de ordem pessoal dele advindos.

Assim, no caso em exame, ainda que tenha restado evidenciado que a empregadora não quitou as verbas salariais e rescisórias de seu empregado, não restou comprovado nos autos o sofrimento ou constrangimento alegados na inicial, bem como o nexo de causalidade entre a ausência de pagamento destas parcelas e o dano de natureza moral sofrido, ônus do Reclamante, na forma dos artigos 818, da CLT e 373 do CPC, por se tratar de fato constitutivo do seu direito, do qual não se desincumbiu.

Nesse sentido, nego provimento ao recurso, para reformar a sentença, nesse particular.

II - DOS VALORES DA INICIAL / DO TETO PARA CÁLCULO.

Dou provimento

Sobre a questão, restou decidido que:

"Dada a exigência do art. 840, p. 1º da CLT, nos cálculos, considerem-se os valores apontados na inicial como teto para cada uma das verbas anteriormente deferidas.

Para os pedidos cujos valores não foram apontados na inicial por inestimáveis (CPC, art. 324, II), considere-se o importe de R\$532,00, em função das custas legais mínimas de R\$10,64."

Insurge-se a reclamante contra o julgado, alegando, em síntese, que os valores constantes da inicial devem ser considerados como estimativa, não havendo falar em teto para cálculo.

Com razão.

No que diz respeito a essa questão, adoto o entendimento constante do art. 12 da Instrução Normativa nº 41 do TST que assim estabelece:

"Art. 12. Os arts. 840 e 844, §§ 2º, 3º e 5º, da CLT, com as redações dadas pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, não retroagirão, aplicando-se, exclusivamente, às ações ajuizadas a partir de 11 de novembro de 2017.

(...)

§2º Para fim do que dispõe o art. 840, §§ 1º e 2º, da CLT, o valor da causa será estimado, observando-se, no que couber, o disposto nos arts. 291 a 293 do Código de Processo Civil."

Pelo exposto, neste particular, dou provimento ao recurso do reclamante para afastar a utilização dos valores constantes dos pedidos como teto para limitação dos cálculos dos créditos deferidos.

III - DA ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA PELO IPCA-E

Dou provimento

O Tribunal Pleno do C. TST, no julgamento da Arguição de Constitucionalidade Nº - 60.2011.5.04.0231, em agosto de 2015, declarou a inconstitucionalidade da expressão "equivalentes à TRD" - Taxa Referencial Diária (TRD) - contida no artigo 39 da lei nº 8.177/91, acolhendo como índice de correção monetária o IPCA-E - Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial.

Em liminar concedida em outubro de 2015 na Reclamação 22012, o STF suspendeu os efeitos de decisão proferida pelo TST, quanto à referida determinação de substituição dos índices de correção monetária aplicada aos débitos trabalhistas, mantendo-se assim a Taxa Referencial Diária, prevista no artigo 39 da lei nº 8.177/91, como sendo o índice de correção aplicável aos débitos provenientes da Justiça do Trabalho.

No entanto, em recente decisão proferida pelo Tribunal Pleno do STF nos autos do Recurso Extraordinário nº 870947, foi declarada a inconstitucionalidade da atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, qual seja a TRD - Taxa Referencial Diária (TRD), uma vez que a mesma "não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina".

Assim sendo, o índice de correção monetária adotado é o IPCA-E - Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial, porque mais adequado para recompor a perda do poder de compra, conforme decidido pela Suprema Corte, devendo ser aplicado a partir de 25/3/2015, a modulação fixada pelo C. TST.

Ademais, o Pleno deste Tribunal Regional da 1ª Região, em Sessão realizada no dia 18/10/2018, nos autos da Arguição de Inconstitucionalidade - Processo nº 0101343-60.2018.5.01.0000, declarou a inconstitucionalidade do §7º, do artigo 879, da CLT, sendo o Acórdão publicado no dia 13 de novembro de 2018.

Dou provimento, para determinar a aplicação do IPCA-E à correção monetária do crédito a partir de 25/3/2015, conforme modulação fixada pelo C. TST.

DO PREQUESTIONAMENTO

Tendo este Relator adotado tese explícita acerca dos temas suscitados e sabendo-se que o Juiz não está obrigado a refutar todos os argumentos das partes, desde que fundamente o julgado, nos termos do que dispõe os artigos 371 e 489, ambos do CPC, artigo 832, da CLT e artigo 93,IX, da CRFB/88, tem-se por prequestionados os dispositivos legais invocados pela parte, como preconizado no inciso I, da Súmula nº 297 do Col. TST.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **CONHEÇO** os Recursos Ordinários interpostos pela **RECLAMANTE** e pela **RECLAMADA** e, no mérito, **DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO** para, reformando a sentença, determinar que na execução de honorários sucumbenciais seja observado o disposto no art. 791-A, § 4º da CLT, afastar a utilização dos valores constantes dos pedidos como teto para limitação dos cálculos dos créditos deferidos e determinar a aplicação do IPCA-E à correção monetária do crédito a partir de 25/3/2015, conforme modulação fixada pelo C. TST, na forma da

fundamentação supra.

A C O R D A M os Desembargadores da Sexta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, por unanimidade, , **CONHECER** os Recursos Ordinários interpostos pela **RECLAMANTE** e pela **RECLAMADA** e, no mérito, **DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO** para, reformando a sentença, determinar que na execução de honorários sucumbenciais seja observado o disposto no art. 791-A, § 4º da CLT, afastar a utilização dos valores constantes dos pedidos como teto para limitação dos cálculos dos créditos deferidos e determinar a aplicação do IPCA-E à correção monetária do crédito a partir de 25/3/2015, conforme modulação fixada pelo C. TST, nos termos do voto do desembargador relator.

Sala de Sessões, 15 de outubro de 2019.

Angelo Galvão Zamorano
Desembargador Federal do Trabalho
Relator

az4/sm/BM

Votos