

Número do processo: 01383-2006-382-04-00-0 (RO)
Desembargador(a): JOÃO ALFREDO BORGES ANTUNES DE MIRANDA
Data de Publicação: 13/10/2008

TRIBUNAL	PODER REGIONAL	DO	JUDICIÁRIO TRABALHO	DA	4ª	FEDERAL REGIÃO
			RO			FI.1

EMENTA: INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. OPÇÃO SEXUAL. Situação em que a prova oral deixou evidente que a autora foi vítima de ofensas verbais praticadas pela empregadora, por meio de seu preposto que, ao tomar conhecimento de sua homossexualidade e de relacionamento estreito, mantido com uma colega de trabalho, passou a insultá-la quanto à sua opção sexual, passando a atribuir-lhe os piores serviços, resultando, por fim, na sua despedida. Comprovada a repercussão do dano, na medida em que todos os colegas de trabalho do setor de costura, cerca de 400 (quatrocentas) pessoas, ficaram sabendo que a reclamante e sua companheira haviam sido despedidas em função do relacionamento amoroso que mantinham. Indenização por dano moral que se defere.

Recurso da reclamante a que se confere provimento parcial no item.

VISTOS e relatados estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO** interposto de sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara do Trabalho de Taquara, sendo recorrentes _____ e _____ **S.A.** e recorridos **OS MESMOS**.

Inconformadas com a sentença das fls. 493/505 proferida pelo Juiz Marcelo Bergmann Hentschke, que lhes foi parcialmente desfavorável, as partes interpõem recursos.

Nas razões das fls. 515/547 a reclamante pretende a reforma da decisão original relativamente à indenização por danos morais, horas extras decorrentes da invalidade do regime compensatório, horas *in itinere*, salários dos dias de dispensa, honorários advocatícios, e indenização pertinente ao Imposto de Renda.

Nas razões das fls. 550/554 a reclamada busca a modificação do julgado no

pertinente às férias, horas extras e intervalos.
Contra-razões nas fls. 562/570 e 576/579.

Processo não-sujeito a parecer do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

ISTO POSTO:

DO RECURSO DA RECLAMANTE. 1. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. OPÇÃO SEXUAL.

A reclamante se volta contra a decisão em tela que não lhe deferiu o pagamento de indenização por danos morais, decorrente da discriminação em virtude da sua opção sexual. Sustenta que ficou demonstrada atitude ilícita por parte da empresa, por meio dos gerentes _____ e _____ (superiores hierárquicos da autora), ofendendo a sua esfera pessoal e causando-lhe dano (abalo moral), quando, descobrindo que ela mantinha relacionamento com outra colega de trabalho (porque viu aliança no seu dedo, e também no dedo de sua colega), diversas vezes afirmou que “não tinham vergonha na cara” e “não tinham moral na empresa”. Diz que as ofensas tornaram-se de conhecimento de muitos empregados, refletindo no âmbito interno da empresa, após a saída da reclamante, afetando a sua honra e imagem no convívio social e no âmbito da competência profissional. Acrescenta que por efetuar as referidas humilhações e despedir a autora por manter relacionamento com outra empregada, a reclamada deve responder pela indenização postulada, sugerindo o valor de 100 (cem) salários da recorrente. A reclamada apresentou defesa assegurando ser inverídico o fato narrado na petição inicial, ponderando que, na empresa, vários empregados mantêm relacionamento íntimo entre si e nunca houve qualquer discriminação ou ameaça.

O Juízo de origem entendeu que não havia a possibilidade de relacionar dano moral a uma despedida imotivada, nem de atribuir à reclamada a hostilidade a trabalhadores homossexuais, se o conjunto da prova oral evidenciava exatamente o contrário, a existência de grande número de pessoas dessa condição em atividade e o tratamento sem discriminações por parte da empresa.

Por dano moral entende-se aquele dano causado em um bem protegido pelo direito sem, porém, que tenha ocorrido consequências de ordem patrimonial.

É indiscutível que a honra e a boa fama profissional são bens extrapatrimoniais protegidos pelo ordenamento jurídico.

O artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal preceitua:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

O artigo 927 do Código Civil preceitua que aquele que viole direito ou cause prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano.

Nos termos do artigo 389 do Código Civil, aquele que descumprir uma obrigação responderá por perdas e danos. Os pressupostos essenciais da determinação do dever de reparação são:

- 1) erro de conduta do agente, em sua atitude antijurídica;
- 2) ofensa a um bem jurídico, patrimonial ou extrapatrimonial;
- 3) relação de causalidade entre a antijuridicidade da ação e o dano causado.

O dano moral pode ser comprovado por qualquer meio legal, a teor do artigo 332 do CPC. Justamente porque a questão envolve aspecto psicológico, subjetivo, as testemunhas são elementos fundamentais na apuração do fato e de suas conseqüências.

Assim, a prova da ocorrência do dano moral - em face da gravidade que representa, tanto para o ofendido, que tem violado os seus direitos da personalidade, garantidos em nível constitucional, quanto para o ofensor, em virtude da indenização a ser imposta - deve ser robusta, de modo a não permitir nenhuma dúvida quanto à ocorrência do fato gerador, ou seja, a efetiva ofensa ao bem jurídico extrapatrimonial tutelado, bem como quanto ao nexo de causalidade entre a antijuridicidade da ação e o dano causado. _____ (fl. 477), ouvida como informante, por ser companheira da autora, disse que foi despedida pelos gerentes _____, porque mantinha relacionamento com a reclamante. Disse não ter sido informada de qualquer regra que impedisse o relacionamento entre colegas de serviço e os mencionados gerentes alegaram que, pela sua condição de homossexual, não teria autoridade, conduta ou moral para exercer cargo de liderança, sendo despedida em 6 de agosto, mesmo dia da reclamante. Afirmou que, além de _____, _____, a declarante e a reclamante, ninguém mais presenciou essa conversa, sabendo, por uma ex-colega, que após a despedida houve comentários a respeito do assunto, de _____ e _____, e estes foram ouvidos por várias ex-colegas. Mencionou que, na vigência do contrato de trabalho, em várias oportunidades foi agredida verbalmente pelos mesmos gerentes, na frente de outros trabalhadores, sendo chamada de "machorra" e que "tinha perdido a vergonha na cara". Acrescentou a informante que no dia em que colocou seu anel de noivado, _____ veio à sua mesa, perguntando quem havia dado o anel, recebendo como resposta que não eram devidas satisfações da vida privada e, tendo verificado igual adorno no dedo da reclamante, disse à depoente ter encontrado, e, na presença de Janete e Rose, repetiu que a depoente e a reclamante "tinham perdido a vergonha na cara", sendo a reclamante também agredida verbalmente, nos mesmos termos e na frente dos colegas. Declarou a informante que foi indicada para determinado cargo de chefia, mas foi vetada por _____, sob o argumento de que era "machorra", sendo defendida pelo chefe _____, que assegurou ter a depoente condições de exercer o cargo. Mencionou que alguns dias antes da despedida, a depoente e a reclamante foram conversar com o gerente industrial _____,

queixando-se das atitudes de _____ e _____, oportunidade em que o interlocutor disse que nada podia fazer, a menos que apresentassem quatro testemunhas dos fatos e que “já estava cheio delas”, devendo retornar ao trabalho.

A testemunha _____, apresentada pela autora, por sua vez, ex-colega do setor da reclamante, confirmou a investigação de _____ sobre as alianças encontradas nos dedos da reclamante e de _____, tendo ouvido as mesmas expressões mencionadas no depoimento da informante, “não tinham vergonha na cara” e que “não tinham moral na empresa” e que depois desse dia os piores serviços eram designados para a reclamante. Disse que presenciou _____ proferindo estas palavras à reclamante porque saiu do vestiário junto com _____ e foi para a esteira em que a reclamante estava, porque trabalhava com ela naquele período. Disse ainda que após a reclamante ter sido chamada para uma sala, no dia em que foi despedida, e _____ (sua companheira) logo em seguida, não mais voltando a trabalhar após a reunião, escutou _____ e _____ comentando que elas haviam sido despedidas em função do relacionamento que mantinham. Mencionou ainda não ter conhecimento de que na empresa trabalhassem outros casais do mesmo sexo, e assegurou haver homossexuais na empresa, não tendo notado qualquer tipo de perseguição contra eles. Disse que não presenciou _____ chamar a reclamante ou _____ de machorras e que todos os colegas de trabalho do setor de costura, por volta de 400 pessoas, ficaram sabendo que a reclamante e _____ tinham sido despedidas em função do relacionamento amoroso que mantinham. Afirmou que havia um colega, de nome _____, que trabalhava na montagem e tinha cabelo comprido, pintava as unhas e usava maquiagem, e _____, que ainda trabalhava na empresa (fls. 478/480).

_____, testemunha apresentada pela reclamante, por sua vez, ficou sabendo do relacionamento mantido entre a reclamante e _____ em função da união entre ambas, tendo mencionado que, após a referida união, as duas empregadas passaram a ter outro tratamento, por parte de _____ e _____, tendo ouvido a mesma expressão mencionada nos depoimentos anteriores (“que haviam perdido a vergonha na cara”). Disse que presenciou _____ dizer que a reclamante não poderia ser promovida em função da sua escolha sexual. Afirmar ter conhecimento de que na empresa reclamada trabalhavam e ainda trabalham homossexuais, não tendo conhecimento de qualquer perseguição, determinada pela opção sexual, apenas ficam “mais de lado”. Explicou que, a seu juízo, os homossexuais não têm tanto espaço, e, por exemplo, no refeitório sentam sozinhos, sendo discriminados pelos colegas e chefes. Acrescentou que foi cogitado que a reclamante fosse promovida a auxiliar mas não foi aceita em função de sua opção sexual; que ouviu do líder _____ um comentário de que a reclamante teria condições de ser auxiliar mas que fora vetada por _____ em função de sua opção sexual (fls. 480/481).

_____, testemunha apresentada pela ré, inquirido também como informante, por exercer cargo de confiança, disse ser homossexual e ter conhecimento do relacionamento entre a reclamante e _____, porque se encontravam em festas. Assegurou nunca ter presenciado qualquer tipo de discriminação com os colegas homossexuais, nem as agressões verbais de _____ ou _____, dirigidas à reclamante ou _____ . Atribuiu a

despedida dessas empregadas à redução do quadro da empresa, tanto que, no mesmo dia, foram despedidas outras trabalhadoras. Disse nunca ter sido discriminado no refeitório da empresa, onde almoça sozinho ou na companhia de _____ colegas.

_____, testemunha apresentada pela ré, disse não ter conhecimento do relacionamento mantido entre a reclamante e _____, não tendo presenciado nem ficado sabendo de qualquer agressão verbal, além de nunca ter presenciado discriminação contra colegas homossexuais. Refere a declarante ter conhecido uma colega, _____, que era homossexual e líder de treinamento, promovida a gerente de costura da empresa _____, e que foi trabalhar _____ na _____ Bahia.

Ainda que a prova oral revele a presença de atuais e antigos empregados homossexuais, alguns com demonstrações ostensivas, em sua apresentação física, evidenciando sua preferência sexual, também deixou evidente que a autora foi vítima de ofensas verbais praticadas pela empregadora, que, ao tomar conhecimento de sua homossexualidade e de relacionamento estreito, mantido com uma colega de trabalho, por meio de seus prepostos passou a insultá-la quanto à sua opção sexual (afirmando que “não tinham vergonha na cara” e que “não tinham moral na empresa”), inclusive passando a atribuir-lhe os “piores serviços (fl. 479, testemunha _____), resultando, por fim, na sua despedida. Também ficou comprovada a repercussão na empresa, na medida em que todos os colegas de trabalho do setor de costura, cerca de 400 (quatrocentas) pessoas ficaram sabendo que a reclamante e sua companheira haviam sido despedidas em função do relacionamento amoroso que mantinham.

Apreendido esse contexto, constata-se que restaram devidamente comprovadas, por meio da prova testemunhal, as alegações da inicial quanto às ofensas morais sofridas pela reclamante no decorrer da contratualidade, restando devidamente evidenciada a prática, por preposto da ré, de imputar acusações ofensivas à honra e à moral da autora, de modo a ensejar o deferimento de indenização por dano moral.

Quanto à fixação da indenização, o Juiz deverá se nortear por regras de equidade, fixando indenização de natureza patrimonial ou então de natureza não-econômica, como desagravo público, por exemplo. Para isso, no entanto, é necessário que se tenha uma visão clara do que pretende a reclamante em termos de indenização e da repercussão das acusações na comunidade, ainda mais em Município pequeno como de Igrejinha (em que localizada a empresa ré) e de Parobé (em que residiam a autora e sua companheira).

Na fixação da indenização, o Juiz deve levar em consideração tanto a extensão do dano quanto a capacidade financeira do agente que o causou, não se justificando venha a reparação a constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos _____ abusos _____ e _____ exageros. Na espécie, entende-se não ter o fato causado reflexo direto de natureza econômica ou financeira à autora, pois inclusive não há prova de ter a reclamante sido impedida de trabalhar em função do fato a ela imputado, pois a rescisão contratual operou-se sem justa causa (fl.53). Em vista disso e, ainda, considerando a função desempenhada pela autora (serviços gerais no setor de costura), percebendo como maior remuneração a quantia de R\$ 2,23 por hora,

conforme se constata do TRCT da fl. 53, e tendo seu contrato de trabalho vigorado de 02-02-2005 a 07-08-2006, entende-se razoável fixar o valor da indenização em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Cabe referir o caráter punitivo e o caráter pedagógico da indenização arbitrada, razoável ao se considerar o porte da reclamada, empresa integrante de grande rede do comércio de calçados. Dá-se provimento parcial ao recurso da reclamante, no item, para condenar a reclamada ao pagamento de indenização por dano moral, fixada em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), que serão corrigidos monetariamente a partir da data de publicação do acórdão.

2. REGIME COMPENSATÓRIO. INVALIDADE.

A reclamante busca a reforma da sentença quanto à matéria em apreço assegurando que faz jus ao pagamento das horas irregularmente compensadas, com integrações, porque ainda que o regime compensatório tenha previsão em convenção coletiva, a prestação de horas extras torna inaplicável a disposição normativa. Cita o entendimento jurisprudencial constante na Súmula nº 85, item IV do TST, no sentido de que a prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Na inicial a reclamante postulou o pagamento do adicional de horas extras e integrações, decorrente da nulidade do regime compensatório, em virtude do não-atendimento das condições impostas no artigo 60 da CLT. Considerando que a autora não realizava atividades insalubres, o Juízo entendeu que estava superada a questão da infringência à regra do artigo 60 da CLT, acrescentando que mesmo se houvesse a presença de algum agente insalubre em sua prestação laboral, não teria êxito a postulação, tendo em vista o entendimento jurisprudencial constante na Súmula nº 6 deste Tribunal, segundo a qual, *Desde que facultada, mediante acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho, é regular a adoção do regime de compensação de horários em atividade insalubre, independentemente da licença prévia de que trata o art. 60 da CLT*. Citou o entendimento jurisprudencial constante na Súmula nº 349 do TST, no sentido de que *A validade de acordo coletivo ou convenção coletiva de compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre, prescinde da inspeção prévia da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho (art. 7º, XIII, da CF/1988; art. 60 da CLT)*. Decidiu pela validade do regime compensatório, tendo em vista a esse regime de trabalho foi instituído em normas coletivas (cláusula 8, fl. 294), e observando os limites fixados na inicial.

Com referência ao entendimento jurisprudencial constante na Súmula nº 85, item IV, do TST (no sentido de que a prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada), mencionado pela autora nas razões do recurso, sinal-se que este Relator não adota o mencionado entendimento, o qual não vincula o julgador, não possuindo caráter obrigatório quanto à sua adoção, já que não-vinculativo.

Pelos fundamentos expendidos, nega-se provimento ao recurso da reclamante no item.

3. HORAS IN ITINERE.

A reclamante se volta contra a decisão em tela que não lhe deferiu o pagamento de horas *in itinere*, sustentando que terminava sua jornada laboral em horários incompatíveis com os de transporte público regular (05h às 14h18min; 06h30min às 17h15min; 05h às 14h48min, 14h48min às 0017min, 05h às 14h48min, 07h às 16h48min), sendo por isso que a reclamada disponibilizava transporte próprio para o deslocamento da autora. Buscou o pagamento de horas *in itinere*, assegurando que utilizava veículo fornecido pela empresa, para o deslocamento da residência ao trabalho e no sentido inverso, com duração de 40 minutos diários, descontado pequeno valor a título de passagem mensal.

O item I da Súmula nº 90 do TST dispõe no sentido de que *O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno, é computável na jornada de trabalho.* É necessário, portanto, o preenchimento de dois requisitos para a percepção das horas *in itinere*, quais sejam: o fornecimento de transporte pelo empregador e local de trabalho de difícil acesso, ou transporte da empresa e inexistência de alternativas, por não haver transporte público. O item II da Súmula nº 90 do TST, por sua vez, disciplina que *A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas in itinere.*

Na defesa a reclamada reconhece que fornecia transporte, mas que este não era gratuito (fl.37), e que o tempo gasto no trajeto não era o apontado na inicial, mas não informa outro. O documento da fl. 52 noticia que a autora residia no Município de Parobé e a reclamada estava localizada no Município de Igrejinha, as quais distam aproximadamente 9 km uma da outra, conforme pesquisa no sítio da internet (www.abcr.org.br).

O laudo pericial contábil (quesito nº 10, fl.442) conclui que, considerados os horários de ônibus que constam do documento de fl. 407 e a jornada de trabalho realizada pela reclamante, não havia transporte público para o horário de entrada, de novembro de 2001 a junho de 2004 e no horário de saída, de fevereiro de 2005 a agosto de 2006.

Comprovada a incompatibilidade de horários nesses períodos, e ainda que a autora tivesse tido descontada parte das despesas decorrentes, como se observa pelos demonstrativos de pagamento de fls. 81/97, sob o código 095, tendo a reclamada subvencionado parte das despesas com transporte, são devidas as horas *in itinere*. O pagamento de parcela do transporte, pela ré, não exclui o direito postulado.

Considerando que a perícia contábil concluiu que não havia transporte público para o horário de entrada, de novembro de 2001 a junho de 2004 e no horário de saída, de fevereiro de 2005 a agosto de 2006, a condenação deve observar os períodos em questão, deferindo-se o pagamento de horas *in itinere* nestes períodos, considerados 15 (quinze) minutos de deslocamento para o horário de entrada, de novembro de 2001 a junho de 2004 e 15 (quinze) minutos de deslocamento no horário de saída, de fevereiro de 2005 a agosto de 2006, entendendo-se como razoável em face da distância entre as cidades de Parobé

e Igrejinha, de aproximadamente 9 km. Dá-se provimento parcial ao recurso da reclamante no item para condenar a reclamada ao pagamento de horas *in itinere* correspondentes a 15 (quinze) minutos de deslocamento para o horário de entrada, de novembro de 2001 a junho de 2004 e 15 (quinze) minutos de horas *in itinere* correspondentes ao deslocamento no horário de saída, de fevereiro de 2005 a agosto de 2006, com integrações em férias com 1/3, repousos, aviso-prévio, gratificações natalinas, FGTS e indenização compensatória provisória de 40%.

4. SALÁRIOS. DIAS DE DISPENSA. CONVENÇÃO COLETIVA.

A reclamante busca a reforma do julgado quanto ao item em foco sustentando que faz jus ao pagamento dos salários correspondentes aos dias de dispensa porque o acordo firmado entre a empresa e o sindicato para que houvesse a dispensa dos empregados uma vez por semana, sem a respectiva remuneração, é nulo porque afronta o princípio constitucional da irredutibilidade salarial. Diz que os riscos do negócio são sempre do empregador e que não restou demonstrada situação de força maior ou prejuízo autorizadora da supressão do salário, na forma do artigo 503 da CLT. Cita o artigo 501, parágrafo 1º, da CLT, e os artigos 6º e 7º, inciso VI, da CF.

Diante da postulação da autora quanto ao pagamento de diferenças remuneratórias, relativas a 220 horas normais trabalhadas, por ter sido dispensada do serviço, pela iniciativa da empresa, em diversas oportunidades, a reclamada contrapôs o argumento de que em todas as dispensas foram pagos o salário e os repousos correspondentes. Assegurou que em julho de 2002 celebrou acordo com o sindicato da categoria profissional, com a permissão de uma dispensa por semana sem a respectiva remuneração. A perícia contábil (quesito nº 11, fl. 443) confirmou os termos da defesa, no sentido de que a reclamada concedeu dispensas, sem descontos nos salários, existindo acordo para redução de salários nas fls. 250/252. Efetivamente, a cláusula 02, fl. 250 fixou dias sem atividade na empresa reclamada, em julho de 2002, e o item 2.3. disciplinou que, em virtude da redução da jornada de trabalho, os salários seriam também diminuídos, na mesma proporção.

Na esteira do decidido e ainda que contrariados os interesses da autora, quanto a manter os ganhos mensais, independentemente do desempenho de sua ex-empregadora, que suprimiu as atividades em alguns dias, certamente por uma retração do mercado consumidor, entende-se que são preponderantes as razões subjacentes ao acordo celebrado pelo sindicato de classe, cujo reconhecimento é imperativo constitucional, conforme o inciso XXVI do artigo 7º da Constituição Federal. Desta forma, é válida a previsão em convenção coletiva de trabalho, não cabendo falar em afronta ou violação ao artigo 503 da CLT; artigo 501, parágrafo 1º, da CLT, e artigos 6º e 7º, inciso VI, da CF. Nega-se provimento ao recurso da reclamada no item.

5. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

A reclamante se volta contra a decisão em foco que entendeu não-preenchidos os requisitos da Lei nº 5.584/1970, estando ausente credencial sindical. Deferiu o benefício da Justiça Gratuita com fundamento no artigo 790, parágrafo 3º, da

CLT, tendo em vista a declaração de pobreza da fl.11. A reclamante postulou honorários advocatícios e requereu a concessão do benefício da Justiça Gratuita. Juntou declaração de pobreza (fl.11). Não trouxe credencial sindical.

Tendo em vista o cancelamento da Súmula nº 20 deste Tribunal, decidida na sessão do Tribunal Pleno (de 26 de setembro de 2005), e cessando as razões de vinculação ao entendimento nela expresso, reafirma-se a posição original de cabimento dos honorários advocatícios no processo trabalhista, reconsiderando-se a posição anteriormente adotada, decorrente da vigência da citada Súmula e do respeito às disposições contidas no artigo 896, parágrafo 3º, da CLT. Sendo a assistência judiciária instituto que resguarda o direito de acesso do hipossuficiente à Justiça, não se pode fazer uma interpretação restritiva das regras do artigo 14 e seguintes da Lei nº 5.584/1970. A assistência judiciária deverá ser prestada pelo sindicato profissional, porém não com exclusividade. O comando legal expresso na Lei nº 5.584/1970 (artigo 14) deve ser interpretado como uma obrigação imposta ao sindicato (artigo 19), e não como uma regra excludente e, portanto, de exclusividade. Por outro lado, como bem refere Ada Pellegrini Grinover, a garantia da assistência judiciária (e aí se insere o direito a ser assistido por um advogado habilitado), é a consequência lógica da igualdade jurídica, pois ela tutela o efetivo exercício desta igualdade perante os tribunais. Portanto, o direito a ser assistido por um advogado habilitado e não sofrer os ônus financeiros da constituição do mandato judicial, caso vencedor, é um direito de cidadania que envolve o livre acesso ao Judiciário e a igualdade perante a parte economicamente mais forte (artigo 5º, inciso LXXIV, da CF). Para o deferimento da assistência judiciária, estabelecida pela Lei nº 1.060/1950, a norma legal prevê somente a declaração expressa da condição de miserabilidade jurídica da reclamante (a autora perceber salário inferior ou igual ao dobro do salário mínimo legal, ou ainda, comprove ou declare, sob as penas da lei, a sua condição de incapacidade econômica), nos termos do artigo 790, parágrafo 3º, da CLT, de forma que não lhe permita demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família. Não é essencial, entretanto, esta prova de incapacidade econômica, bastando a simples afirmação do declarante ou de seu advogado, na petição inicial, para considerar configurada a sua situação econômica, conforme consta no *caput* do artigo 4º e seu parágrafo 1º.

Tal entendimento se encontra consubstanciado na Orientação Jurisprudencial nº 304 da SBDI-1 do TST, que se adota. Portanto, sequer existe necessidade de constar no instrumento de mandato poderes especiais para o procurador realizar tal declaração.

A assistência judiciária compreende, entre outras, as seguintes isenções: taxas judiciárias, emolumentos, custas, despesas com publicações, honorários de advogado e peritos (artigo 3º e seus incisos). Também prevê, no seu artigo 11, *caput*, serem os honorários advocatícios pagos pelo vencido, quando o beneficiário for vencedor na causa. Desta forma, como, no caso, foram implementados os requisitos legais

(declaração de miserabilidade jurídica juntada na fl.11), é de ser concedido o benefício da assistência judiciária, bem como os honorários assistenciais, por força do artigo 11 da legislação acima referida. Em relação às Súmulas nºs 219 e 329, e Orientação Jurisprudencial nº 305 da SBDI-1 do TST, que traduzem o entendimento predominante no TST sobre a matéria, salienta-se que podem ser ou não adotadas, na medida em que não têm efeito vinculante. Assinala-se, por pertinente, que o entendimento manifestado pela Turma julgadora, quando entende cabível o deferimento da assistência judiciária e honorários assistenciais mesmo quando o advogado não está credenciado pelo sindicato da categoria profissional, se coaduna com a ampliação da competência da Justiça do Trabalho, que passou a analisar matérias que, ainda que vinculadas à relação do trabalho, não tem natureza trabalhista.

Assim, entende-se que a reclamante tem direito aos honorários assistenciais e/ou de sucumbência, tendo em vista a declaração de miserabilidade jurídica juntada na fl. 11, por força do artigo 11 da Lei nº 1.060/1950, calculados conforme Súmula nº 37 deste Tribunal. Dá-se provimento ao recurso ordinário da reclamante no item para concedendo-lhe o benefício da assistência judiciária, acrescer à condenação o pagamento de honorários assistenciais, na razão de 15% sobre o valor da condenação.

6. IMPOSTO DE RENDA. INDENIZAÇÃO.

A reclamante se volta contra a decisão em epígrafe que autorizou os descontos fiscais. Pretende também a reforma da sentença que indeferiu a pretensão de indenização dos prejuízos sofridos com os descontos fiscais. Diz que a reclamada agiu ilicitamente, propiciando a incidência de tributos pelo acúmulo de créditos em face do não-recolhimento nas épocas próprias. Traz jurisprudência em seu favor.

As contribuições fiscais decorrem de expressa determinação legal, sendo matéria de ordem pública, pouco importando que estejam ou não previstas de forma expressa na sentença. Tais contribuições, nos termos da Súmula nº 25 deste Tribunal, sempre serão recolhidas pelo empregador e descontadas dos haveres do empregado, quanto à parte de responsabilidade deste, já que tais parcelas são sempre devidas pelo empregado ao Órgão Previdenciário e à Receita Federal. Os critérios para cálculo são aqueles fixados pela Súmula nº 27 deste Tribunal.

Quanto à indenização relativa aos descontos fiscais, é entendimento majoritário da Turma que o empregador não auferirá quaisquer vantagens com os descontos a título de imposto de renda na fonte e de contribuição previdenciária, pois tais descontos são compulsórios, decorrendo as referidas retenções de obrigação legal, nos termos do artigo 46 da Lei nº 8.541/1992. A legislação em vigor impõe ao Juiz Trabalhista a obrigação de determinar a dedução dos valores relativos às contribuições fiscais, não havendo como condenar o empregador a indenizar o empregado em valor equivalente aos descontos fiscais em ação judicial, quando somente foi observada a legislação

vigente à espécie. Considera a Turma que inexistente base legal para o deferimento de qualquer indenização, pois até o momento da decisão sequer ficou caracterizado prejuízo indenizável, já que este ficará configurado somente no momento do pagamento das parcelas.

Portanto, julga-se incabível a indenização em questão.

Nega-se provimento ao recurso da reclamante no item.
DO RECURSO DA RECLAMADA.

1. FÉRIAS.

A reclamada busca a reforma do julgado que a condenou ao pagamento da dobra de férias correspondentes a 2001/2002, 2002/2003 e 2003/2004 e simples, em relação a 2004/2005, todas com acréscimo de 1/3. Sustenta que as férias foram pagas e concedidas corretamente, consideradas as faltas injustificadas da reclamante nos períodos aquisitivos, e que o artigo 134, parágrafo 1º, da CLT, admite o fracionamento das férias em dois períodos, desde que um deles não seja inferior a 10 (dez) dias. Aduz que a desobediência ao artigo 135 da CLT constitui mera infração administrativa, não sendo devido o pagamento da dobra, e que a concessão antecipada das férias não frustra o objetivo profilático do descanso. Traz jurisprudência a estear a pretensão.

Os documentos das fls. 83, 86 e 165 comprovam a comunicação da empresa à Subdelegacia do Trabalho a respeito da concessão das férias coletivas, de 19-06-2006 a 3-07-2006, 15-12-2005 a 11-01-2006 e 21-12-2000 a 31-12-2000, respectivamente, satisfazendo o disposto no artigo 139, parágrafo 2º, da CLT, relativamente à comunicação ao órgão local do Ministério do Trabalho, as datas de início e de término das férias. Segundo o perito contábil (quesito nº 07, fl. 441), foi constatada a repartição do período aquisitivo de 2001 a 2002 em duas épocas, com duração de quinze dias cada uma, atendendo à determinação do parágrafo 1º do artigo 139 da CLT, mas, sem observar o disposto no parágrafo 2º, o que enseja o pagamento da dobra, conforme o artigo 137 da CLT. Conforme o laudo pericial, as férias de 2002/2003 foram divididas em 15 dias e 9 dias, em afronta à mencionada norma legal, que determina o pagamento da dobra. Com relação ao período de 2003/2004, foi concedido apenas um período de férias, de doze dias e meio, em afronta ao inciso I do artigo 130 da CLT, sendo cabível o pagamento em dobro. Ainda conforme o laudo pericial, em 2005 a reclamante gozou de 25 dias de férias em um único período, novamente com infringência à regra que impõe a concessão de trinta dias de férias. Com relação a este último período, como o artigo 134 da CLT prevê a concessão das férias nos doze meses seguintes à aquisição do direito, é indevida a dobra, mas apenas o pagamento simples, conforme decidido.

Interpretando-se o artigo 134, parágrafo 1º da CLT, chega-se à conclusão de que o fracionamento de férias não enseja a repetição do pagamento desta vantagem, desde que os períodos fracionados sejam iguais ou superiores a 10 dias e, ainda, que o respectivo fracionamento seja, no máximo, em dois períodos concessivos. Esclarece-se que não implica em mera infração

administrativa a concessão de férias sem a observância dos limites supramencionados, ou seja, quando fracionadas em mais de dois períodos e/ou em frações inferiores a 10 (dez) dias. O que ocorre, na realidade, é a concessão de dias por mera liberalidade do empregador, mas que não se caracterizam em férias, simplesmente porque não foi observado o disposto em lei em relação ao descanso anual. Esta situação caracteriza-se como fraude e desvirtuamento às normas da CLT quando asseguram o direito às férias.

Assim, a concessão de férias não previstas nos moldes legais, por si só, caracteriza-se em ato nulo, a teor do artigo 9º da CLT, implicando na obrigação do empregador em conceder novamente tal período ou efetuar o pagamento das frações de férias inferiores a 10 dias, ou daqueles dias em que as férias foram fracionadas em mais de 02 (dois) períodos. Ainda que concedidas dentro do prazo concessivo, considera-se não ter sido assegurado o respectivo descanso anual, sendo devido, portanto, o seu pagamento.

Pelos fundamentos expendidos, nega-se provimento ao recurso ordinário da reclamada no item.

2. HORAS EXTRAS. CRITÉRIO DE CONTAGEM MINUTO A MINUTO.

A reclamada busca a reforma da sentença quanto ao item em foco sustentando que não pode ser considerado o critério de contagem minuto a minuto, adotado na origem, porque as convenções coletivas de trabalho permitem a marcação do ponto até 10 (dez) minutos antes e após o término da jornada de trabalho, sem que este seja considerado como tempo à disposição do empregador. O período não-prescrito de vigência do contrato de trabalho da autora vigorou de 16-11-2001 a 07-08-2006. A partir da publicação da Lei nº 10.243, em 20-06-2001, como no caso, deve-se aplicar estritamente o disposto no parágrafo 1º do artigo 58 da CLT, excluindo-se do cálculo da jornada de trabalho, as variações de horário não-excedentes de cinco minutos no registro de ponto, obedecido o limite máximo diário de dez minutos. Não se poderá excluir da contagem da duração do trabalho mais do que dez minutos em cada jornada de trabalho, nem mais do que cinco minutos em cada batida de ponto.

O laudo pericial contábil (quesito nº 02, fl. 440) concluiu que se utilizado o critério em análise (artigo 58, parágrafo 1º, da CLT), ainda assim existirão diferenças de horas extras relativas ao mês de março de 2001, e nos demais meses, não. Constatadas diferenças de horas extras em favor da autora, é de ser mantida a decisão.

Nega-se provimento ao recurso da reclamada no item.

3. INTERVALOS. REDUÇÃO.

A reclamada pretende a modificação do julgado quanto ao item em foco assegurando que a partir de janeiro/2004 a autora passou a usufruir do intervalo de 01 (uma) hora. Diz que, tendo laborado em jornada de seis horas, usufruiu de 30 (trinta) minutos de intervalo, o que é válido porque autorizado por convenção coletiva (artigo 611, parágrafo 1º, da CLT, e artigo 7º, inciso XXVI, da CF), autorizada pelo Mtbe. Acaso mantida a condenação, pretende vê-la limitada ao adicional de 50% sobre os 30 (trinta) minutos faltantes para completar o intervalo.

A perícia contábil (quesito nº 01, fl. 440) noticiou que eram concedidos somente 30 (trinta) minutos de intervalo para alimentação, e a fração de hora restante não foi remunerada como hora extra. Registrou o perito ainda que a partir de 6 de janeiro de 2004, foi concedido intervalo de uma hora. O Juízo de origem não acolheu a validade da disposição normativa que permite a redução do horário destinado à refeição, e adotou o entendimento jurisprudencial constante na OJ nº 307 da SBDI-1 do TST e deferiu 01 (uma) hora diária de intervalo para repouso e alimentação, com adicional de 50%, com integrações.

O artigo 71 da CLT preceitua que os intervalos para alimentação e repouso, quando o trabalho contínuo exceder de seis horas, serão, no mínimo, de uma hora e no máximo de duas horas, salvo o pactuado em acordo ou convenção coletiva, no caso do intervalo máximo, sendo ainda de quinze minutos tais intervalos, quando a jornada de trabalho não exceder de seis horas, mas ultrapassar quatro horas. Determina, ainda, que os intervalos de descanso não serão computados na duração do trabalho. Nos termos do parágrafo 3º deste dispositivo legal, o limite mínimo de uma hora para fins de repouso e refeição poderá ser reduzido por ato do Ministro do Trabalho quando, ouvida a Secretaria de Segurança e Medicina do Trabalho, se verificar que o estabelecimento atende integralmente às exigências concernentes à organização dos refeitórios e quando os respectivos empregados não estiverem sob regime de trabalho prorrogado a horas suplementares.

As convenções coletivas de trabalho trazidas à colação prevêm a redução dos intervalos para trinta minutos (cláusula 03, fl. 259, vigente de 2002/2004; e cláusula 03, fl. 262, vigente de 2000/2002). Estas normas não se prestam a validar a redução do intervalo previsto no artigo 71 da CLT, pois não prevalecem sobre o comando contido naquele preceito legal. É neste sentido o entendimento expresso na Orientação Jurisprudencial nº 342 do TST, a qual dispôs o seguinte:

INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. NÃO CONCESSÃO OU REDUÇÃO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. VALIDADE. É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva.

Na situação específica dos autos, resta incontroverso que a autora trabalhava mais de seis horas ininterruptas, a atrair a incidência do disposto no artigo 71 da CLT. Ainda que haja acordo coletivo prevendo a redução do intervalo, é necessária a configuração dos demais requisitos exigidos em lei, os quais, contudo, não restaram caracterizados. A reclamada não demonstrou possuir autorização formalizada junto ao Ministério do Trabalho para a redução do intervalo para repouso e alimentação

dos trabalhadores, através de Portaria devidamente publicada em órgão oficial e renovada anualmente. A sua existência deveria ficar comprovada nos autos com a juntada de cópia respectiva, para dar validade ao ajustado em convenções coletivas. Tal requisito é essencial para a validade da redução do intervalo para repouso e alimentação, já que as normas da CLT são cogentes, não podendo ser alteradas pela vontade das partes, ainda que em negociação coletiva.

Incide no presente caso o parágrafo 4º do artigo 71 da CLT, que determina:

parágrafo 4º - *Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo, de no mínimo cinquenta por cento sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.*

Ora, quando o intervalo não é concedido ou quando é concedido parcialmente, o período do intervalo não concedido deve ser considerado como trabalhado e remunerado com o adicional de 50%, mesmo nos casos em que não ocorra acréscimo na jornada normal de trabalho de oito horas diárias. Nesses casos, deverá ser pago o valor da hora normal mais 50% e não apenas o adicional de 50%. Isto porque o intervalo não é computado na jornada de trabalho. Além disso, como o artigo 71 da CLT fala em remuneração, o seu pagamento terá efeitos reflexos nas demais parcelas salariais. Cumpre salientar que a afronta ao artigo 71 da CLT não se confunde com o deferimento de hora extra em si, porque a condenação em tela decorre da vulneração ao intervalo previsto em lei, revestindo-se de natureza punitiva ao empregador. Como, porém, o artigo 71 da CLT faz referência expressa à remuneração, o seu pagamento terá efeitos reflexos nas demais parcelas salariais, não cabendo falar em afronta ao artigo 7º, inciso XIII, da CF, artigo 71, parágrafo 3º, da CLT, nem em enriquecimento ilícito por parte da reclamante.

Considerando que o Juízo deferiu 01 (uma) hora diária, com o acréscimo de 50%, com integrações, relativamente à concessão do intervalo inferior a uma hora, é de ser provido parcialmente o recurso da ré para considerar devidos somente os 30 (trinta) minutos faltantes para completar 01 (uma) hora, sendo este o entendimento do Relator. Descabe falar em limitação, da condenação, ao adicional de horas extras, o que já restou observado na decisão original. Pelos fundamentos expendidos, dá-se provimento parcial ao recurso da reclamada no item para determinar que a condenação relativa aos intervalos para repouso e alimentação não-usufruídos incida sobre os 30 (trinta) minutos faltantes para completar 01 (uma) hora, mantidas as integrações deferidas na origem.

Ante o exposto,

ACORDAM os Magistrados integrantes da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso da reclamante para: **1)** condenar a reclamada ao pagamento de

indenização por dano moral, fixada em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), corrigíveis a partir da data de publicação do acórdão; **2)** condenar a reclamada ao pagamento de horas *in itinere* correspondentes a 15 (quinze) minutos de deslocamento para o horário de entrada, de novembro de 2001 a junho de 2004 e 15 (quinze) minutos de horas *in itinere* correspondentes ao deslocamento no horário de saída, de fevereiro de 2005 a agosto de 2006, com integrações em férias acrescidas de 1/3, gratificações natalinas, repouso semanais remunerados, aviso-prévio e FGTS acrescido da indenização compensatória provisória de 40%; **3)** concedendo-lhe o benefício da assistência judiciária, acrescer à condenação o pagamento de honorários assistenciais, na razão de 15% sobre o valor da condenação. Por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso da reclamada para determinar que a condenação relativa aos intervalos para repouso e alimentação não-usufruídos incida sobre os 30 (trinta) minutos faltantes para completar 01 (uma) hora, mantidas as integrações deferidas na origem. Valor da condenação de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), acrescido em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), fixando as custas complementares no valor de R\$ 400,00 (quatrocentos reais) na época da prolação da sentença, pela reclamada.

Intimem-se.

Porto Alegre, 1º de outubro de 2008 (quarta-feira).

DESEMBARGADOR JOÃO ALFREDO BORGES ANTUNES DE MIRANDA
Relator