



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

Processo nº 0011926-36.2013.5.01.0206 (RO)
(Recurso Ordinário)

RECURSO ORDINÁRIO. CONDIÇÕES INADEQUADAS DOS SANITÁRIOS. DANO MORAL. DEVIDO. Com efeito, não se pode admitir, no âmbito trabalhista, que a empregadora não possua banheiros adequados para seus empregados, na medida em que configura total desrespeito à saúde e à intimidade dos seus empregados. A submissão dos empregados, dentre eles o autor, a péssimas condições de trabalho, em especial a falta de medidas de higiene mínimas, por certo, viola os princípios da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e da proteção do trabalhador. Note-se que no ambiente laboral, a vulnerabilidade do trabalhador deve ser tutelada, sobretudo quando em desigual confronto a eterna dicotomia capital x trabalho. Tanto é assim que a dignidade da pessoa humana foi erigida como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III da CF/88), assim como os valores sociais do trabalho (art. 1º, inciso III da CF/88), cabendo assinalar que o valor da dignidade humana do trabalhador alcança todos os setores da sociedade, e principalmente a ordem jurídica, sendo contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto. Nesse aspecto, a manutenção de um ambiente de trabalho desprovido de instalações adequadas, que não possui sanitários em condições de uso, por certo viola os princípios constitucionais invocados, expondo o trabalhador a uma situação vexatória. Portanto, impõe-se concluir pela existência do dano moral, diante do desrespeito aos direitos da personalidade do empregado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de **Recurso Ordinário** em que são partes: WASHINGTON ALVES DE OLIVEIRA e VIA VAREJO S/A, como recorrentes e recorridos.

Inconformados com a r. sentença de ID c0ae6a5, proferida pela Excelentíssima Juíza Roberta Ferme Sivolella, do MM. Juízo da 6ª Vara do Trabalho de Duque de Caxias, que julgou parcialmente procedentes os pedidos da inicial, recorrem ordinariamente o reclamante, ID cd45d1f, e a reclamada, ID 05d0ddc.

Pretende o reclamante a reforma do *decisum* no tocante às horas

extras, ao intervalo intrajornada, ao acúmulo de funções e aos honorários advocatícios.

A reclamada, por sua vez, postula a reforma da r. sentença quanto ao dano moral.

Custas e depósito recursal, ID be7bc3e.

Contrarrazões apresentadas pelo reclamante d744e57.

Não houve remessa dos autos ao Douto Ministério Público do Trabalho, por não se vislumbrar quaisquer das hipóteses previstas no anexo ao Ofício PRT/1ª Reg. nº 214/13-GAB, de 11.03.2013.

É o relatório.

VOTO

1. CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos recursais, conheço dos recursos, exceto com relação aos documentos de ID d49f98c, que acompanham o recurso da reclamada, por não comprovadas as hipóteses da Súmula 8, do C. TST.

2. MÉRITO

RECURSO DO RECLAMANTE

DAS HORAS EXTRAS

Alega o autor, na inicial, que foi admitido na ré em 23.03.2007, para exercer a função de ajudante de externo, sendo dispensado em 25.09.2013.

Sustenta que laborava, em média, de segunda-feira a sábado, das 07:00 às 22:00 horas, com apenas vinte minutos de intervalo para refeição, bem como em quatro domingos nos meses de janeiro, maio, outubro, novembro e dezembro.

Assevera que, diante da real jornada imposta pela ré, jamais recebeu

a totalidade das horas extras laboradas, tampouco as trabalhadas nos domingos.

A ré, em sua defesa, ID 5081713, refuta as assertivas da inicial, aduzindo "*que o reclamante jamais prestou seu labor nos moldes e horários como alegado na inicial e, quando o fez, tais jornadas foram anotadas pelo próprio autor nos controles de ponto ora juntados e, conseqüentemente, foram corretamente pagas, e/ou compensadas, de forma total e absolutamente correta, nada restando devido ao reclamante, nesse particular*" (ID 5081713 - Pág. 7).

O MM. Juízo a quo, ao dirimir a controvérsia, assim se pronunciou:

"Dizendo-se admitido pela ré em 23 de março de 2007, na função de Ajudante de externo, alega o autor que laborava de segunda a sábado, das 07:00 às 22:00 horas, com intervalo para refeição e descanso de 20 minutos, além de 4 domingos mensais nos meses de janeiro, maio, outubro, novembro e dezembro de cada, e demitido imotivadamente em 25 de setembro de 2013, com último salário de R\$ 2.489,66. Postula, em decorrência o pagamento de diferenças salariais a partir de acúmulo de função, alegando que era obrigado a realizar a montagem de móveis, além de horas extras acrescidas de 50% e 100%, com reflexos, e indenização por danos morais em virtude das condições dos banheiros da ré.

As diferenças salariais foram postuladas com base em alegado acúmulo de função, situação que ocorre quando o empregado desempenha outras atividades que além daquelas previstas originariamente em seu contrato de trabalho, sem perceber o salário correspondente a real função exercida.

Ao poder diretivo do empregador, dentro de seu , cabe delimitar ius variandi as funções do trabalhador mediante retribuição salarial estipulada, inclusive com alteração das funções do trabalhador com incremento de seus afazeres. Tais alterações somente guardam irregularidade quando não possuem qualquer correlação com as atividades originais para os quais o empregado fora contratado e quando importam no elastecimento da jornada em decorrência dos novos misteres.

O entendimento exposto supra encontra guarida no parágrafo único do art. 456 da CLT, o qual dispõe que, à míngua de estipulação expressa em contrário, admite-se que o empregado esteja obrigado a exercer qualquer serviço dentro da empresa, observada a sua capacitação para as respectivas funções.

Ante a negativa da reclamada, permanece com o autor o ônus em comprovar suas alegações, na forma do art. 333, I do CPC c/c art. 818 da CLT, ao que não logrou êxito no que tange à função de "montador", eis que não produziu prova convincente neste sentido. A prova oral colhida confirmou que o autor não realizava a montagem propriamente dita de móveis, e sim tão somente o encaixe de pés e encostos de sofás, sem a indicação de que fosse realizada, de fato, a elaboração ou montagem de móveis de maior complexidade.

Assim, se o autor não se desincumbe de comprovar que o empregador o obrigou a realizar serviços que, de fato, fossem alheios e estranhos à função original para a qual fora contratado, não se evidencia que houve o acúmulo de funções alegado, não sendo devidas as diferenças salariais postuladas, tampouco os reflexos, por consectários, no que tange ao período em que o autor laborou como ajudante interno.

No que tange à jornada alegada na exordial , não produziu o autor prova consistente acerca da inidoneidade dos controles juntados pela ré e quanto ao horário alegado, mormente porque os controles juntados apresentam, em grande parte, marcação de horários que se coadunam com a prova oral colhida (verificando-se que a testemunha do autor indicou variabilidade de horário, em

média,entre 20:00 e 22:00), como, por amostragem, se depreende do período entre novembro e dezembro de 2011- Id. 5082179-, com horários de saída, em sua maioria, posteriores às 21:00. de se frisar que a mesma testemunha acabou por confirmar que as entregas terminavam, em verdade, entre 16:00 e 17:30, sendo certo que os controles trazidos pela ré apresentam marcação de horário de saída que inclui, por posterior ao horário indicado pela dita testemunha, o deslocamento e, am algumas ocasiões, a espera na fila para o retorno de mercadorias (sabido que tal situação não era diária, como o próprio depoimento pessoal demonstrou). Este mesmo horário indicado faz cair por terra a alegação acerca da inviabilidade de fruição do intervalo intrajornada em sua integralidade "sob pena de não acabarem as entregas a tempo", pois decerto a fruição de 30 minutos a mais em tal intervalo não inviabilizaria o término das ordens de serviço, dada a variabilidade de horários de saída registrado. Não houve, por outro lado, prova de efetivo impedimento da fruição de tal intervalo ou efetiva fiscalização da ré neste sentido. Conclui-se, assim, que também não foi produzida prova acerca da inidoneidade dos controles de ponto no que tange à frequência lançada .

Não comprovada a jornada indicada na exordial, e não se vislumbrando, a partir da documentação acostada, diferenças de horas extras a serem quitadas, indefiro os pedidos correspondentes, bem como seus reflexos, por consectários." (ID c0ae6a5 - Pág. 2/3).

Insurge-se o reclamante em face do *decisum*, alegando que os cartões de ponto juntados aos autos são imprestáveis como meio de prova, tendo em vista que apócrifos e que a testemunha arrolada por ele confirma a inidoneidade dos controles.

Prossegue, aduzindo que o laudo pericial realizado pela 32ª Vara do Rio de Janeiro demonstra que os controles de ponto podem ser adulterados por seus funcionários e a seu bel prazer.

Analisa-se.

Inicialmente, conforme entendimento do C. TST consubstanciado na Súmula 338, item I, é ônus do empregador a apresentação dos controles de frequência, de forma que a não apresentação injustificada gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. Compulsando-se os autos, verifica-se que a reclamada se desincumbiu desse mister, consoante documentos de ID 5081929; 5081955; 5081971; 5082081; 5082090; 5082109; 5082134; 5082161; 5082179; 5082200.

Quanto aos documentos colacionados, não apresentam horários de entrada e de saída uniformes, sendo assim válidos como meio de prova.

No que tange à argumentação de que os cartões de ponto não podem ser levados em consideração por não conterem a assinatura do reclamante, é certo que o §2º do artigo 74 da CLT não considera a assinatura do empregado condição de validade do controle de jornada, não ensejando a sua apresentação a inversão do ônus da prova ou a confissão ficta da reclamada.

Desse modo, a ausência de assinatura do empregado nos cartões de ponto não é suficiente para inverter o ônus da prova, conforme jurisprudência do C. TST, *in verbis*:

"HORAS EXTRAS. CARTÕES DE PONTO. AUSÊNCIA DE ASSINATURA DO EMPREGADO. ÔNUS DA PROVA. A Jurisprudência majoritária desta Corte superior considera que a ausência de assinatura do empregado nos cartões de ponto configura mera irregularidade administrativa, ante a inexistência de previsão legal para tal exigência. Nessas circunstâncias, não se transfere o ônus da prova da jornada ao empregador. Precedentes do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista conhecido e não provido.(...)" (RR - 175600-46.2004.5.02.0056 , Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 23/09/2009, 1ª Turma, Data de Publicação: 09/10/2009).

"EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007. HORAS EXTRAS. CARTÕES DE PONTO NÃO ASSINADOS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE. A e. 5ª Turma negou provimento ao recurso de revista do Reclamante com fundamento na premissa de que a ausência de assinatura nos cartões de ponto não inverte o ônus da prova das horas extras. Com efeito, esta e. Subseção já decidiu (TST-E-RR-392.267/97.0, SBDI-1, Rel. Min. Milton de Moura França, DJU de 5/10/2001; TST-E-RR-570.418/99.6, SBDI-1, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJU de 1º/12/2000) que a mera ausência de assinatura nos cartões de ponto não é suficiente para inverter o ônus da prova das horas extras, por ausência de imposição em lei de que esses cartões sejam assinados. Incólumes, portanto, os artigos 74, § 2º, da CLT e 221 do Código Civil de 2002. Recurso de embargos não provido" (E-RR - 91700-36.2001.5.02.0036 , Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 18/06/2009, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 26/06/2009).

A instrução processual compreendeu, além da prova documental, o depoimento pessoal das partes e a oitiva de duas testemunhas, sendo uma indicada pelo autor e outra pela ré.

O reclamante, em depoimento pessoal, declarou que:

"(...) que trabalhava das 07 as 21:30/22:00 horas; que não tomava café da manhã na empresa; que trabalhava de segunda a sábado e em alguns domingos nos períodos de festas e feriados (mês das maes, e de outubro a janeiro) nesse período em todos os domingos do mês; que não trabalhava nos feriados do comercio, trabalho, natal e ano novo; que tinha compensação, mas esta não era completa, "faltando horas"; que nunca teve acesso a relatorio de ponto; (...) que na verdade tinha acesso ao horario pela WEB podendo reclamar se houvesse erro, mas "muitas vezes" não era modificado, muito raro; que fazia a rota Região dos Lagos, Araruama; que tirava de 15 a 20 minutos de intervalo para refeição, devido ao transito e duração da viagem (...)" (ID 5304210).

O preposto da reclamada, no depoimento pessoal, afirmou que:

"que os empregados tinham acesso aos controles de ponto pelo sistema Web; que se tivesse incorreção poderiam solicitar a correção pelo proprio sistema ou atraves do encarregado; que essa correção era realizada e constava no relatorio de ponto como AE, referente ao cartao externo; (...) que se o funcionario não puder marcar o ponto, ele devera procurar o encarregado para fazer o acerto no cartao externo e este é lançado posteriormente; que quando isso ocorre, consta no relatorio de ponto como se fosse controle externo AE, assim como na correção; que quando não tem nenhuma ocorrencia no cartao, pode ter ocorrido um erro no lançamento; que para imprimir o contracheque, deve haver a validação do cartão de ponto (...)"

que pode ter ocorrido trabalho aos domingos , geralmente nos meses de maio, meados de novembro e dezembro, não acontecendo em agosto e outubro; que quando há a compensação de horários, não há qualquer registro no controle de ponto, ficando em branco; que no caso de faltas, fica a ocorrência A2 A2; que no caso do dia 31/05/2010 (fls. 184) o dia foi abonado; que quando está em branco, além da compensação, também pode ser hipótese de folga; que o cartão externo é uma folha com as informações do funcionário e o horário manuscrito pelo próprio; que quando há duas marcações de saída ou duas marcações de entrada (fls 181 e 182) possivelmente é devido a erro no sistema, com a tentativa de marcação duas vezes pelo funcionário; que acredita que a existência de 2 horários de saída no dia 06/01/2010 (fls. 179) tenha sido retificação do horário no sistema, pelo DP; que o autor não possuía rota fixa, não sabendo informar sobre alguma área de atuação com mais frequência; (...) que dependendo da rota, o autor poderia fazer de 30 a 40 notas por dia, se fosse mais próxima ou de 5 a 10 notas caso fosse mais distante; que existe setor chamado base que mantém contato somente no caso do cliente não estar atendendo no endereço;(...)" (ID 5304210).

A testemunha do autor, Amilton Caetano Freitas, assim se manifestou:

"que trabalhou por cerca de 4 anos na mesma equipe que o autor, o que ocorreu na parte final de seu contrato que foi de 2007 a 13/12/2012; que trabalhava como motorista de entregas e o autor era ajudante; (...) que trabalhou com o autor no horário de 07 a 20/22:00 horas de segunda a sábado e em domingos em épocas festivas nos meses de maio e de outubro a janeiro); que nessa época, trabalhavam de 2 a 3 domingos por mês; que não trabalhavam nos feriados do trabalho, natal, ano novo e finados, bem como dia do comércio; que não havia compensação; que tirava de 20 a 30 minutos de intervalo para refeição, o que ocorria para que pudessem terminar as entregas; que a última entrega ocorria por volta das 16/17:30 horas e depois disso retornava com o caminhão para a empresa onde fazia o retorno das mercadorias devolvidas, ficando na fila aguardando a vez, de 1 hora a 1:30 horas; que de 3 a 4 vezes na semana tinha retorno de mercadoria; que trabalhavam na Região dos Lagos; que faziam uma base de 30 clientes por dia com cerca de 40 a 45 notas; que as entregas duravam em média de 3 minutos a 45 minutos/1 hora; que tinha acesso ao ponto através da WEB, porém a máquina não funcionava ou tinha que imprimir, mesmo verificando que estava errado; que falava com a Sra Iraci, que dizia que mandaria um e-mail para São Paulo, mas o horário não era retificado; que tinham que confirmar os horários para poder imprimir os contracheques; que do depósito a Região dos Lagos levava cerca de 2/2:30 horas, levando de 3 a 4 horas em épocas festivas; que no caso do retorno de mercadoria tinham que justificar, podendo resultar mesmo assim em uma carta de alerta ou advertência verbal; que a fiscalização quanto ao intervalo se dava através do tacógrafo, com cobrança posterior em virtude do tempo em que ficou parado e o retorno de mercadorias; que quando o ponto estava bom, marcava todos os dias a entrada e saída, sendo que em média uma vez por semana o controle apresentava problemas; que geralmente na saída quando havia problema, deixavam com o guarda o controle para bater posteriormente; que já verificou inconsistência no sistema WEB em relação a dias trabalhados; que durante os 4 anos trabalhados sempre fez a rota mencionada, sendo que "uma vez ou outra" iam para outras áreas (Zona Sul, Baixada, Especial); que isso ocorria no máximo uma vez na semana ou no mês". (ID 5304210).

A testemunha da ré pronunciou-se no seguinte sentido:

"que não tinha contato com o autor, mas somente o via na parte da manhã ao bater o cartão por volta das 07:30 horas; que o depoente era auxiliar de encarregado e em rota, sendo que fazia a rota Seropédica (Costa Verde toda) como motorista e auxiliava o encarregado Antonio; que os funcionários fazem o acesso ao cartão de ponto pela WEB; que havia 3 máquinas disponíveis, sendo duas em funcionamento; que as vezes uma das duas máquinas estava quebrada; que quando não conseguia marcar o horário, reclamava diretamente com o encarregado que passava a reclamação para o DP; que nas vezes que verificava os horários não estavam registrados e voltava a reclamar com o encarregado; que os horários que

estavam registrados contumavam estar corretos; que não havia ordem no sentido de não tirar uma hora de intervalo para refeição; (...) que existia folga compensatoria e compensação de horarios na ré; que nos ultimos dois anos não houve entrega aos domingos, tendo isso recomeçado neste mês; que antes havia trabalho em domingos e alguns feriados em epocas festivas (maio, e de novembro a meados de janeiro); (...) que em média para carregar e liberar o caminhão as equipes levavam de 07:30 a 09:00 horas, dependendo do carregamento; que saia para sua rota por volta das 09:30 horas; que do deposito a Seropedica levada de 40 a 50 minutos; que o deposito ficava inicialmente na Pavuna e posteriormente em Parada Angelica em Duque de Caxias; que fazia cerca de 32 clientes por dia, levando cerca de 05 a 30 minutos por entrega, dependendo do 21. que as entregas termiravam em média 16:00 horas e as vezes antes; que parava para almoçar algumas vezes, o que dependia de acordo com a equipe; que a ordem da empresa é no sentido de tirar 1 hora de almoço, sendo que o depoente tirava de 30 minutos a 1:30 hras de intervalo; que de Seropedica ate o deposito, levava cerca de 1 hora, chegando ao deposito por volta das 17:10 horas, pois pegava o onbus de 17:30 da empresa; que ao chegar na empresa tinha que prestar contas, o que levava em torno de 20 a 50 minutos, dependendo da fila, que nesse caso perdia o onibus e tinha que pegar outro; que tinha que abastecer o veiculo ao voltar ao deposito na Pavuna, mas na epoca de Duque de Caxias nao era mais obrigatorio, podendo abastecer no dia seguinte; que no abastecimento, levava cerca de 10 minutos; que a rota do autor era fixa na Região dos Lagos; que na fila do retorno, o empregado não tinha que justificar o retorno da mercadoria, mas isto era feito atraves de telefone para a base no momento da tentativa de entrega, e era gerado um codigo; (...) que não verificou incorreção co relação aos dias trabalhados, mas em algumas ocasioes faltava o harario de entrada ou de saida, quando comunicava ao encarregado, sendo que algumas vezes era necessario afzer nova reclamação para então ser feita a retificação; que nunca deixou de marcar o horario por nenhum motivo; que o sistema bloqueava a marcação do horario se não houvesse observancia do intervalo de 11 horas entre um dia e outro e que isso já ocorreu com o depoente; que quando isso ocorria, somente poderia marcar o horario quando o sistema liberasse, e nesses casos ficava alem do horario para cumprir a jornada; que nesse caso, ficava "rodando pelo deposito" e fazendo alguma atividade ate dar o horario." (ID 5304210).

Em que pese o entendimento do Juízo *a quo*, verifica-se que restou comprovada pela prova testemunhal a inidoneidade dos controles de ponto colacionados aos autos.

Nota-se que a testemunha indicada pelo reclamante confirma que as máquinas usadas para o registro de ponto com frequência apresentavam problemas, bem como que o horário lançado nos controles nem sempre correspondiam a real jornada desenvolvida, não sendo o horário retificado pela empresa.

Além disso, verifica-se que a testemunha do autor informa jornada similar a alegada na inicial e superior, e muito, àquela constante dos controles de ponto. Observa-se que o depoente assevera que *"trabalhou com o autor no horário de 07 a 20/22:00 horas de segunda a sábado"*, sendo que o horário informado de 16/17:30, corresponde ao horário aproximado da última entrega, não compreendendo o tempo de retorno a empresa (2/2:30 horas) e o tempo gasto na fila para retorno das mercadorias (1/1:30horas, três a quatro vezes na semana).

A testemunha da ré, embora não tenha trabalhado com o autor,

assevera em seu depoimento "*que o sistema bloqueava a marcação do horário se não houvesse observância do intervalo de 11 horas entre um dia e outro e que isso já ocorreu com o depoente; que quando isso ocorria, somente poderia marcar o horário quando o sistema liberasse, e nesses casos ficava além do horário para cumprir a jornada; que nesse caso, ficava "rodando pelo depósito" e fazendo alguma atividade ate dar o horário.*", o que corrobora com a alegação inidoneidade dos controles de ponto colacionados aos autos.

Com relação ao trabalho aos domingos, observa-se que a testemunha indicada pelo reclamante confirma o trabalho em pelo menos dois domingos nos meses de maio, outubro, novembro, dezembro e janeiro.

A testemunha da reclamada, por sua vez, reconhece a prestação de serviços aos domingos em épocas festivas (maio, e de novembro a meados de janeiro), embora sustente que nos últimos dois anos não houve entrega aos domingos. Registre-se que a parte final da informação prestada vai de encontro à dada pelo preposto da reclamada que, em seu depoimento, asseverou "*que pode ter ocorrido trabalho aos domingos, geralmente nos meses de maio, meados de novembro e dezembro*".

Ressalte-se, ainda, que a inidoneidade dos cartões de ponto enseja a invalidade dos acordos de compensação, na medida em que não há como conferir o seu cumprimento.

Admite-se, portanto, como verdadeira a jornada indicada na inicial, com as limitações impostas pelo depoimento prestado pelo autor e da testemunha arrolada por este, fixando-se, desta forma, a jornada média do reclamante como sendo: das 07:00 às 20:00 horas, de segunda-feira a sábado, e, em dois domingos nos meses de maio, outubro, novembro, dezembro e janeiro.

Assim, impõe-se a reforma da r. sentença para, considerando a jornada fixada, condenar a reclamada ao pagamento de horas extraordinárias, consideradas essas a) as excedentes à oitava hora diária ou a quadragésima quarta hora semanal, observando-se o parâmetro mais benéfico ao autor e b) trabalho em 2 domingos nos meses de maio, outubro, novembro, dezembro e janeiro.

A apuração do valor devido a título de horas extraordinárias deverá observar: a evolução salarial; as Súmulas 264 e 347, ambas do C. TST; a integração da média de horas extraordinárias; o adicional de 50%; os dias efetivamente trabalhados; dedução de valores já pagos a idêntico título; o divisor de 220; o adicional de 100% em relação aos domingos (Lei

605/49, art. 9º - aplicação analógica). Reflexos em repouso semanal remunerado, férias acrescidas 1/3, gratificações natalinas e FGTS + 40%.

Não há que se falar em integração dos repouso semanais remunerados já acrescidos com a integração das horas extraordinárias em outras parcelas, posto que implica em *bis in idem*, consoante a OJ nº 394 da SDI-I do C. TST.

Dou parcial provimento.

DO INTERVALO INTRAJORNADA

Irresignado com o *decisum* que indeferiu o pedido de horas extras decorrentes da não concessão do intervalo intrajornada, recorre o reclamante alegando que a prova oral comprova a não concessão do intervalo mínimo legal de uma hora.

Analisa-se.

Nota-se nos autos que a testemunha indicada pelo autor, Amilton Caetano Freitas, afirma, em seu depoimento, que o autor "*tirava de 20 a 30 minutos de intervalo para refeição, o que ocorria para que pudessem terminar as entregas*".

A testemunha arrolada pela reclamada, apesar de não ter trabalhado com o autor, não podendo declarar nada sobre a fruição do intervalo intrajornada deste, admite, em seu depoimento, que ele mesmo às vezes gozava de apenas 30 minutos de intervalo para refeição e descanso.

Além disso, verifica-se que, no caso vertente, sequer há pré-assinalação do intervalo intrajornada nos cartões de ponto.

Cumprе ressaltar, ainda, não ser a hipótese de aplicação do art. 62, I, da CLT, como alegado pela a reclamada em contestação. Isso porque, apesar do autor ter sido contratado como "ajudante externo", este tinha sua jornada de trabalho submetida à fiscalização da ré. Outra não pode ser a conclusão, na medida em que o autor, além de ter rotas diárias pré-estabelecidas, tinha o horário de trabalho controlado pela ré por controle de ponto, com horários de entrada e saída.

A consequência legal em caso de desrespeito ao intervalo intrajornada, é o pagamento do período relativo ao intervalo não concedido, ou concedido

parcialmente, com acréscimo de 50% sobre o valor da hora normal de trabalho, independentemente de ter sido ou não ultrapassado o limite diário ou semanal de duração do trabalho.

Nesse sentido o entendimento consubstanciado na Súmula 437, item I, do C. TST, *in verbis*:

"INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT

I - Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não-concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração."

A parcela possui natureza de salário, e como tal, repercute no cálculo das parcelas contratuais e rescisórias, conforme entendimento consagrado no item III da aludida súmula, *in verbis*:

"III - Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais".

Desta forma, reforma-se a r. sentença para determinar o pagamento de uma hora extra diária, pela não concessão do intervalo intrajornada mínimo legal, com o adicional de 50% e reflexos em repouso semanal remunerado, férias acrescidas 1/3, gratificações natalinas e FGTS + 40%.

Dou provimento.

DO ACÚMULO DE FUNÇÃO

Alega o reclamante, na exordial, que embora tenha sido contratado para exercer a função de ajudante externo, exercia também a de montador, *"sendo obrigado a montar todos os sofás na casa dos clientes da Reclamada, sendo obrigado a escrever em cada nota fiscal que os moveis estavam em perfeito estado visual."*(ID 3005468 - pág. 2). Postula o pagamento de diferenças salariais.

A ré nega as assertivas da inicial, argumentando que o autor não exercia a função de montador, já que dispunha de pessoal contratado para exercer tal função.

Ressalta que "enquanto ajudante externo ele apenas "abria" a caixa para que o cliente confirmasse que a mercadoria estava ali, e que correspondia ao produto adquirido, fazendo a anotação na nota." (ID 5081713 - Pág. 4).

O MM. Juízo de primeiro grau indeferiu o pedido, nos seguintes termos:

"Dizendo-se admitido pela ré em 23 de março de 2007, na função de Ajudante de externo, alega o autor que laborava de segunda a sábado, das 07:00 às 22:00 horas, com intervalo para refeição e descanso de 20 minutos, além de 4 domingos mensais nos meses de janeiro, maio, outubro, novembro e dezembro de cada, e demitido imotivadamente em 25 de setembro de 2013, com último salário de R\$ 2.489,66. Postula, em decorrência o pagamento de diferenças salariais a partir de acúmulo de função, alegando que era obrigado a realizar a montagem de móveis, além de horas extras acrescidas de 50% e 100%, com reflexos, e indenização por danos morais em virtude das condições dos banheiros da ré.

As diferenças salariais foram postuladas com base em alegado acúmulo de função, situação que ocorre quando o empregado desempenha outras atividades que além daquelas previstas originariamente em seu contrato de trabalho, sem perceber o salário correspondente a real função exercida.

Ao poder diretivo do empregador, dentro de seu , cabe delimitar ius variandi as funções do trabalhador mediante retribuição salarial estipulada, inclusive com alteração das funções do trabalhador com incremento de seus afazeres. Tais alterações somente guardam irregularidade quando não possuem qualquer correlação com as atividades originais para os quais o empregado fora contratado e quando importam no elastecimento da jornada em decorrência dos novos misteres.

O entendimento exposto supra encontra guarida no parágrafo único do art. 456 da CLT, o qual dispõe que, à míngua de estipulação expressa em contrário, admite-se que o empregado esteja obrigado a exercer qualquer serviço dentro da empresa, observada a sua capacitação para as respectivas funções.

Ante a negativa da reclamada, permanece com o autor o ônus em comprovar suas alegações, na forma do art. 333, I do CPC c/c art. 818 da CLT, ao que não logrou êxito no que tange à função de "montador", eis que não produziu prova convincente neste sentido. A prova oral colhida confirmou que o autor não realizava a montagem propriamente dita de móveis, e sim tão somente o encaixe de pés e encostos de sofás, sem a indicação de que fosse realizada, de fato, a elaboração ou montagem de móveis de maior complexidade.

Assim, se o autor não se desincumbe de comprovar que o empregador o obrigou a realizar serviços que, de fato, fossem alheios e estranhos à função original para a qual fora contratado, não se evidencia que houve o acúmulo de funções alegado, não sendo devidas as diferenças salariais postuladas, tampouco os reflexos, por consectários, no que tange ao período em que o autor laborou como ajudante interno." (ID c0ae6a5).

Irresignado com o julgado, recorre o reclamante, alegando que o preposto da ré admite, em depoimento, o exercício de funções extras pelo autor, ressaltando que as testemunhas declaram "que as atividades extras são uma determinação de seus encarregados, pelo déficit de funcionários" (ID cd45d1f - Pág. 20). Destaca que "não pode o empregado ser escravo do patrão, tendo que fazer o que este determinar, só por que esta sob a égide de uma remuneração, mas sim deve receber o salário na medida do serviço prestado"(ID

Analisa-se.

O autor, em depoimento, declarou que:

"que trabalhava como ajudante externo e fazia montagens de sofás (instalação de pés e encostos) e televisões em caso de troca; que os clientes diziam que o vendedor havia falado que os ajudantes iriam fazer a montagem; (...)" (ID 5304210)

O preposto da reclamada asseverou:

"(...) que o autor não realizava montagens, somente encaixe de encostos e pés de sofás; (...) que na empresa não há montagem de sofás, mas sim encaixe que é realizado pelo ajudante (...)" (ID 5304210)

A testemunha do autor, Amilton Caetano Freitas, afirmou:

"que trabalhou por cerca de 4 anos na mesma equipe que o autor, o que ocorreu na parte final de seu contrato que foi de 2007 a 13/12/2012; que trabalhava como motorista de entregas e o autor era ajudante; que o autor fazia montagens de sofás (desembalagens, aparafusagem de encosto) e geladeiras quando não passavam pela porta; que caso não fizessem tais montagens a mercadoria era devolvida e poderiam levar advertência e carta de alerta (...) que trabalhavam com mais um ajudante além do autor" (ID 5304210).

A testemunha da reclamada, Isaque de Brito Lima, declarou:

"que não tinha contato com o autor, mas somente o via na parte da manhã ao bater o cartão por volta das 07:30 horas; (...) que o depoente era auxiliar de encarregado e em rota, sendo que fazia a rota Seropedica (Costa Verde toda) como motorista e auxiliava o encarregado Antônio; (...) que algumas vezes realizou encaixe de sofás; que já se recusou a fazer esse encaixe e não houve devolução da mercadoria" (ID 5304210).

Note-se, contudo que a norma do parágrafo único do art. 456 da CLT dispõe que:

"À falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal".

Assim, o fato do empregado exercer várias tarefas dentro do horário de trabalho, desde que compatíveis com a função contratada, não gera direito a adicional salarial, salvo se a tarefa exigida tiver previsão legal de salário diferenciado. Não há no ordenamento jurídico previsão para a contraprestação de várias funções realizadas, dentro da mesma jornada de trabalho, para um mesmo empregador.

Tal procedimento não resulta em alteração contratual lesiva ao empregado, vedada pelo art. 468 da CLT, mas, apenas, configura o exercício do *jus variandi* que é

inerente à posição de empregador.

Ocorre que o que se vislumbra, na hipótese, é a diversidade de tarefas dentro da mesma jornada de trabalho, sobretudo porque não há nenhuma incompatibilidade entre as funções desenvolvidas pelo reclamante.

Assim, tem-se que as atividades realizadas pelo autor não eram alheias, mas, sim, relacionadas ao seu contrato de trabalho, em cujas condições inclui-se a de se obrigar a todo serviço compatível com a sua condição pessoal, nos termos do artigo 456 da CLT.

Portanto, o exercício de tarefas compatíveis com a função para a qual o autor fora contratado e remunerado insere-se nas atribuições contratuais.

Neste sentido, a jurisprudência do C. TST, *in verbis*:

"RECURSO DE REVISTA. DIFERENÇAS SALARIAIS. ACÚMULO DE FUNÇÕES. Interpretando-se as disposições da CLT (art. 456, parágrafo único), tem-se que, não havendo ressalva em sentido contrário, o empregado contratado está sujeito a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal. O acúmulo de funções, por si só, não gera direito a outro salário ou ao recebimento de diferenças salariais (-plus-). O salário fixado pelo empregador no ato da contratação é uma contraprestação pelo serviço executado pelo trabalhador, qualquer que seja a modalidade do trabalho. Logo, o salário serve para remunerar o serviço para o qual o empregado foi contratado, e não o exercício de cada função ou atividade que este venha a exercer. Precedente. Recurso de revista a que se dá provimento. Processo: RR - 17800-22.2009.5.08.0117 Data de Julgamento: 06/10/2010, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/10/2010."

Nego provimento.

DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Pretende o autor a condenação da reclamada ao pagamento de honorários advocatícios.

Analisa-se.

Com efeito, na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou se encontrar em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família, nos termos da Súmula 219 do C. TST, *in verbis*:

"HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 305 da SBDI-1 ao item I) - Res. 197/2015, DEJT divulgado em 14, 15 e 18.05.2015

I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (art. 14, §1º, da Lei nº 5.584/1970). (ex-OJ nº 305da SBDI-I)

II - É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista.

III - São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego".

Assim, considerando que o autor não se encontra assistido pelo sindicato, resta mantida a sentença.

Nego provimento.

DO RECURSO DA RECLAMADA

DO DANO MORAL

Aduz o autor *"que era compelido a fazer suas necessidades fisiológicas em um vestiário sem condições primárias de assepsia, como também sem porta, inclusive na área destinada aos sanitários, ou seja, tendo assim que defecar de cócoras e a frente de seus demais colegas de trabalho"* (ID 3005468 - págs. 6/7). Sustenta, ainda, que era submetido a *"jornadas de trabalho absurdas e sem a devida compensação salarial"* (ID 3005468 - pág. 7), bem como que acumulava funções sem a correspondente gratificação.

Assim, requer o pagamento de indenização por danos morais.

A ré, em sua contestação, afirma que *"ao contrario do alegado na exordial, o reclamante possuía a sua disposição outros sanitários, no mesmo vestiário, com portas e devidamente limpos, ficando assim a critério do empregado o uso daqueles que não haviam sido reformados"* (ID 5081713 - Pág. 24). Acrescenta que *"mesmo que houvesse ocorrido o trabalho além da jornada legal, este, sem que reste demonstrada a intenção de prejudicar o empregado, não caracteriza assédio moral, para o qual é necessária a presença de uma intenção deliberada de prejudicar, de abater psicologicamente, de fragilizar a pessoa, de marginalizá-la no*

ambiente de trabalho" (ID 5081713 - Pág. 21). Por fim, sustenta que "o reclamante jamais exerceu quaisquer funções que não aquelas afetas e correlatas ao seu mister de ajudante externo, restando, assim, impugnadas todas as falsas alegações da inicial, nesse particular" (ID 5081713 - Pág. 22).

O MM. Juízo *a quo*, ao dirimir a controvérsia, assim se pronunciou:

"No que tange ao dano moral alegado, de fato os laudos trazidos com a inicial indicam que os banheiros da acionada ficaram, em parte do período postulado, em condições precárias. Tal condição afronta o dever do empregador em zelar pelo ambiente de trabalho do empregado, e representa violação aos seus bens incorpóreos, gerando o dever de indenizar- art. 5º, V e X da CRFB/88 c/c art. 186 do Código Civil.

Considerando-se a ausência de comprovação acerca do período em que perdurou a situação- uma vez desconsiderado o depoimento da testemunha indicada pelo reclamante, tenho por razoável fixar a indenização perseguida no valor equivalente a duas vezes a última remuneração do reclamante .Defiro defiro o pedido de pagamento de indenização por danos morais, no importe de R\$ 4979,32". (ID c0ae6a5)

Irresignado com a r. sentença, recorre a reclamada, alegando *"que as condições de higiene do banheiro masculino decorre, principalmente da falta de conscientização e de higiene dos próprios usuários do local, fato que, por si só, já exclui totalmente a responsabilidade da reclamada" (ID 05d0ddc - Pág. 3). Acrescenta que "oferecia SIM condições dignas nos banheiros, porém, impossível a reclamada ficar 100% do tempo fiscalizando o uso civilizado do espaço, a fim de evitar que os próprios empregados e usuários dos banheiros, não rabisquem as paredes, não usem de forma inadequada papel higiênico, dêem descarga após o uso entre outros comportamentos mínimos de educação"(ID 05d0ddc - Pág. 3).*

Analisa-se.

O autor em seu depoimento declarou:

"(...) que o banheiro era limpo no início, mas depois passou a ficar ruim, horrível (bem sujo e sem funcionários, sem portas); (...) que em agosto (quando de sua dispensa) não teve acesso ao banheiro e portanto não se recorda do seu estado; que da última vez que utilizou o banheiro, em julho, a situação ainda estava ruim." (ID 5304210).

O preposto da reclamada afirmou:

"(...) que o banheiro era "normal" e tinha limpeza em dois turnos, iniciando o primeiro as 05 e encerrando o segundo as 20:40 horas (...) que a equipe que faz a limpeza dos banheiros é formada por 6 pessoas; 11. que o banheiro atende cerca de 1000 funcionários (...) (ID 5304210).

A testemunha do reclamante, Amilton Caetano Freitas, informou:

"(...) que os banheiros, no início eram limpos, mas depois da fusão com o Ponto

Frio, em virtude do grande numero de funcionários, os banheiros ficaram degradantes, sujos, quebrados e sem portas; (...)" (ID 5304210).

A testemunha da reclamada, Isaque de Brito Lima, asseverou:

"(...) que havia 30 banheiros disponíveis para os ajudantes externos, acontecendo as vezes de algum estar quebrado; (...)" (ID 5304210).

Como visto, a prova testemunhal corrobora a tese do autor de que os banheiros da reclamada eram precários.

Note-se, ainda, que as fotos juntadas com a inicial (ID 3005706), evidenciam a ausência de portas em números sanitários, bem como a falta de assepsia dos mesmos.

Ressalte-se que os documentos ID d49f98c, que acompanham o recurso, não foram conhecidos, por não comprovadas as hipóteses da Súmula nº 08, do C. TST

Com efeito, não se pode admitir, no âmbito trabalhista, que a empregadora não possua banheiros adequados para seus empregados, na medida em que configura total desrespeito à saúde e à intimidade dos seus empregados.

A submissão dos empregados, dentre eles o autor, a péssimas condições de trabalho, em especial a falta de medidas de higiene mínimas, por certo, viola os princípios da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e da proteção do trabalhador.

Note-se que no ambiente laboral, a vulnerabilidade do trabalhador deve ser tutelada, sobretudo quando em desigual confronto a eterna dicotomia capital x trabalho. Tanto é assim que a dignidade da pessoa humana foi erigida como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III da CF/88), assim como os valores sociais do trabalho (art. 1º, inciso III da CF/88), cabendo assinalar que o valor da dignidade humana do trabalhador alcança todos os setores da sociedade, e principalmente a ordem jurídica, sendo contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto.

Destaque-se que o art. 170, caput da CF/88, expressamente dispõe que a ordem econômica, baseada na valorização do trabalho e da livre iniciativa, tem como objetivo garantir a todos uma existência digna, consoante os ditames da justiça social, sendo que a existência digna somente é alcançada se respeitados os direitos fundamentais, dentre os quais se insere o direito ao meio ambiente saudável.

Nesse aspecto, a manutenção de um ambiente de trabalho desprovido de instalações adequadas, que não possui sanitários em condições de uso, por certo viola os princípios constitucionais invocados, expondo o trabalhador a uma situação vexatória.

Portanto, impõe-se concluir pela existência do dano moral, diante do desrespeito aos direitos da personalidade do empregado.

A atitude da ré indubitavelmente caracteriza abuso, porquanto configuram exercício de direito contra sua normal finalidade, não admitido no nosso ordenamento jurídico, constituindo-se em ato ilícito, violando os direitos do empregado e provocando evidente constrangimento, humilhação, dor e sofrimento, por subjugar o mais fraco e hipossuficiente, pela força econômica e pela força decorrente do poder diretivo patronal indevida e ilegalmente utilizadas.

Assim, sobressai evidente que o poder diretivo, nos moldes em que exercido pela ré, revela-se abusivo, culminando em invasão à privacidade e intimidade de seus empregados ao constrangê-los mediante a não disponibilização de condições de trabalho adequado, especialmente quanto ao uso do banheiro que constitui necessidade fisiológica básica de qualquer indivíduo.

O procedimento adotado pela ré reflete inaceitável inversão de valores, na medida em que a empresa impõe a prevalência de seu interesse em maior produtividade sobre a própria dignidade da pessoa humana.

Cumprе ressaltar que na hipótese, por se tratar de violação de direitos da personalidade, dentre eles o direito à privacidade e à intimidade, não se faz necessária a prova do dano, eis que este decorre simplesmente da violação do bem jurídico tutelado. Ou seja, provada a ofensa, configurado está o dano moral, sobretudo no caso dos autos em que este se revela inequívoco.

Há que se registrar, inclusive, que embora seja o dano moral aquele que atinge os direitos da personalidade, sem valor econômico, caracterizando-se, na relação de emprego, entre outros, por abusos cometidos por empregador com repercussão na vida privada e na intimidade do empregado ofendido, a condenação a indenizá-lo tem, além do intuito reparatório ao ofendido, o caráter punitivo, pedagógico e preventivo.

É que nosso ordenamento jurídico não possui especificamente indenização a título de dano punitivo, a exemplo da *Common Law*, onde os *punitive*

damage cumprem tal papel, ficando o mesmo compreendido dentro da indenização por dano moral, visando a desestimular o ofensor a repetir o comportamento legalmente inadmitido e a servir de exemplo para a sociedade, bem como na condenação da empresa, para o seu segmento econômico, prevenindo a ocorrência de novos abusos.

Para fixar a extensão do dano deve-se levar em conta duas finalidades: punir o infrator e compensar a vítima, em valor razoável, o suficiente para que se reprima a atitude lesiva, sem que se trate de valor inócuo ou que propicie o enriquecimento sem causa.

Por tudo que exsurge dos autos, tem-se como razoável o valor de R\$4.979,32 fixado pelo MM. Juízo *a quo*, por não ser tão alto que enseje o enriquecimento ilícito, nem tão módico a ponto de esvaziar o escopo do instituto.

Nego provimento.

ISTO POSTO,

ACORDAM os Desembargadores que compõem a Sexta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, **por unanimidade**, conhecer dos recursos, exceto com relação aos documentos de ID d49f98c, que acompanham o recurso da reclamada, por não comprovadas as hipóteses da Súmula 8, do C. TST e, no mérito, negar provimento ao recurso da reclamada e dar parcial provimento ao recurso do reclamante para, considerando a jornada fixada, condenar a reclamada ao pagamento: a) de horas extraordinárias, consideradas essas as excedentes à oitava hora diária ou à quadragésima quarta hora semanal, observando-se o parâmetro mais benéfico ao autor; b) de uma hora extra referente aos intervalos intrajornadas concedidos em apenas trinta minutos (CLT, art. 71, § 4º - Súmula 437, da SDI I, do TST); e c) de trabalho em 2 domingos nos meses de maio, outubro, novembro, dezembro e janeiro. A apuração do valor devido a título de horas extraordinárias deverá observar: a evolução salarial; as Súmulas 264 e 347, ambas do C. TST; a integração da média de horas extraordinárias; o adicional de 50%; os dias efetivamente trabalhados; dedução de valores já pagos a idêntico título; o divisor de 220; o adicional de 100% em relação aos domingos (Lei 605/49, art. 9º - aplicação analógica). Reflexos em repouso semanal remunerado, férias acrescidas 1/3, gratificações natalinas e FGTS

+ 40%, nos termos da fundamentação do voto do Relator. Nos termos da Instrução Normativa nº 3, alínea "c", do C. TST, arbitra-se em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) o novo valor da condenação, com custas pela ré, no valor de R\$ 400,00.

Rio de Janeiro, 08 de julho de 2015.

Desembargador Paulo Marcelo de Miranda Serrano
Relator