

PROCESSO Nº TRT 0000934-84.2013.5.06.0009 (RO)

ÓRGÃO JULGADOR : 3ª TURMA
RELATOR : DES. RUY SALATHIEL DE A. M. VENTURA
RECORRENTE(S) : **CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO EMPRESARIAL 1002**

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. INTERVALO INTRAJORNADA. FRUIÇÃO PARCIAL. PAGAMENTO INTEGRAL. NATUREZA SALARIAL DA PARCELA. REPERCUSSÕES. Ao deixar de conceder o referido intervalo nos limites fixados no artigo 71, da Consolidação das Leis do Trabalho, o empregador tem como sanção a obrigatoriedade de remunerar o período correspondente de forma integral, que tem fundamento na preocupação com a saúde do obreiro, constitucionalmente garantida (art. 7º, XXII, da CF/88), tratando-se de norma de ordem pública, de caráter cogente, tendo por base o valor da hora normal, acrescido de, no mínimo, 50%, na linha da iterativa jurisprudência do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, estratificada na Súmula nº 437 do C. TST. Devidas as repercussões em face da natureza salarial da referida parcela.

Vistos etc.

Recurso Ordinário interposto pelo **CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO EMPRESARIAL 1002**, de decisão proferida pela MM. 9ª Vara do Trabalho do Recife/PE que julgou procedente em parte a Reclamação Trabalhista em epígrafe, ajuizada por **JAILSON PAULO DA SILVA**, consoante julgado fls. 110/111.

Embargos declaratórios opostos às fls. 114/116, rejeitados, nos termos do julgado de fls. 121/122.

Em suas razões recursais (fls. 124/136), o recorrente rebela-se contra a decisão revisanda que deferiu o pagamento das horas extras, inclusive aquelas decorrentes do intervalo intrajornada, alegando que a prova testemunhal obreira mostrou-se frágil, porquanto não conseguiu fazer prova de todos os dias laborados, como ratificou o fato de que o autor usufruía do intervalo intrajornada. Aduz que as horas extras porventura trabalhadas foram devidamente quitadas, e que a repetição do pagamento provocara um enriquecimento ilícito. Caso mantido, requer que o condeno deve ficar limitado apenas ao período do contrato de trabalho da testemunha. Defende a natureza indenizatória do intervalo intrajornada, pleiteando ainda que seja deduzido o tempo parcialmente usufruído confessado na exordial. Rebela-se contra o deferimento das repercussões das horas extras no repouso semanal remunerado, tendo em vista a condição mensalista do autor, bem como os reflexos do repouso em outras parcelas, a teor da OJ nº 394 do C. TST. Postula que sejam excluídos do seu cômputo os dias não trabalhados, tecendo ainda considerações a respeito do adicional de periculosidade, alegando que as atividades desenvolvidas pelo reclamante não implicava em contato com agentes perigosos à vida e à saúde, não havendo assim contato diário ou freqüente com o suposto agente perigoso indicado no laudo pericial. Pede deferimento.

Contrarrazões não apresentadas, conforme certidão de fl. 146.

A espécie não exige intervenção obrigatória do Ministério Público do Trabalho (artigo 49 do Regimento Interno deste Sexto Regional).

É o relatório.

VOTO:

Das horas extras e do intervalo intrajornada

A recorrente, em suas razões recursais, sustenta, em suma, a imprestabilidade da prova oral obreira, sob o fundamento de que as informações por ela prestadas não se mostraram contundentes, tendo demonstrado que não mantém quantidade de empregados suficientes para manter controle de ponto, não havendo que falar na Súmula nº 338 do C. TST. Defende a tese de que o autor usufruía corretamente do intervalo intrajornada, e que as testemunhas por ele trazidas eram empregados terceirizados e laboravam em dias alternados. Acresce ainda afirmando que uma delas confirmou que o reclamante, no horário de almoço, era substituído pelo garagista, deixando claro que não ultrapassava as horas normais.

Pede, por consequência, a exclusão do condeno das horas extras deferidas, bem como dos reflexos no repouso semanal remunerado, em razão da condição mensalista do autor, bem como as repercussões dele deferidas em outras verbas rescisórias, a teor da OJ nº 394 do C. TST.

À análise.

Primeiramente destaco que a recorrente, apesar de alegar que restou demonstrado nos autos que não mantém quantidade de empregados suficientes para manter obrigatoriamente controle de jornada, anexou aos autos as folhas de ponto acostadas às fls. 08/14 (autos apartados), relativas aos meses de novembro de 2011 a fevereiro de 2012, abril, maio e dezembro de 2012, com registros britânicos, e sem qualquer anotação de prestação de labor suplementar.

Em contrapartida, analisando, por exemplo, os holerites anexados às fls. 25 e 69 (autos apartados) pertinentes aos meses de dezembro e abril de 2012, constato, muito estranhamente, o pagamento fixo de 80 horas extras, fato repetido na maioria dos demais contracheques colacionados ao feito.

Isto posto, cai por terra todos os argumentos trazidos na peça recursal quanto ao ônus da prova, entendendo que o juízo *a quo*, ao aplicar a Súmula nº 338 do C. TST, o fez corretamente, inclusive levando-se em conta as informações trazidas pela prova testemunhal obreira (fls. 79/80), a qual confirmou que o autor, embora contratado para trabalhar na escala 12x36, prestava serviço de segunda a sexta-feira das 07h00 às 19h00, e aos sábados, das 07h00 às 16h00, com 20 a 30 minutos de intervalo.

Conclui-se, dessa forma, que as anotações constantes nos cartões de ponto não retratam a realidade, daí porque correta a invalidade declarada aos mesmos pela instância primária, devendo prevalecer as horas extras alegadas pelo reclamante na exordial, que não foram quitadas pela parte ré (42 horas semanais, com adicional de 50%), nas quais se incluem as horas destinadas ao descanso.

Correta também a decisão quanto ao deferimento das repercussões no aviso prévio, nas férias +1/3, nos 13º salários, no FGTS+40% e no repouso semanal remunerado, em face da prestação habitual de serviços em sobrejornada, e, neste último, a teor do disposto no artigo 7º, alínea “a”, da Lei nº 605/49.

Ora, o pedido não é de pagamento do RSR, mas de repercussão neste, das horas extras só agora reconhecidas, o que é diferente, já tendo a jurisprudência firmado entendimento nesse sentido, nos termos da Súmula nº 172 do C. TST, *in verbis*: “*Computam-se no cálculo do repouso semanal remunerado as horas extras habitualmente prestadas.*”

Ademais, o gozo parcial do intervalo intrajornada viola o disposto no artigo 71, da CLT, e gera o direito à remuneração do interregno integral e tem fundamento na preocupação com a saúde do obreiro, constitucionalmente garantida (art. 7º, XXII, da CF/88).

Ressalte-se que tal condenação não acarreta duplicidade indevida de pagamento, porque o empregado tem direito, tanto ao recebimento das horas extras decorrentes do efetivo trabalho em período no qual deveria estar de repouso - quando acarreta a extrapolação dos limites diário e semanal de labor, previstos em lei -, como da penalidade pecuniária pelo descumprimento de norma de proteção à saúde do trabalhador.

Cumprir destacar ainda possuir natureza salarial a parcela prevista no § 4º do art. 71 da CLT.

Neste sentido o teor da Súmula nº. 437 do C. TST:

INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

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.

II - 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.

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.**

IV - Ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e alimentação não usufruído como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, caput e § 4º da CLT.

No que diz respeito à aplicação da OJ nº 394 do TST, registro que sequer houve deferimento, ou mesmo pedido na exordial, de pagamento das diferenças provenientes da repercussão das horas extras no repouso semanal em outras verbas, pelo que carece de interesse a demandada no particular.

Não há que falar também em exclusão dos dias não trabalhados, uma vez

que a Vara de origem está deferindo pagamento de diferenças de horas extras trabalhadas e não quitadas.

Por fim, não há que falar em reforma da condenação em razão do período do contrato de trabalho da testemunha patronal (OJ nº 233 do C. TST), porquanto o convencimento do juízo a respeito dos fatos trazidos na peça vestibular baseou-se na prova testemunhal obreira. Por tais aspectos, descabível a argumentação de que o autor deveria produzir prova testemunhal, quando o ônus probatório do fato obstativo ao direito do autor cabia à demandada.

Nestes termos, nego provimento ao recurso, no particular.

Do adicional de periculosidade

Pleiteia o demandado que seja reformada a decisão revisanda, alegando que, trabalhando o autor na função de porteiro, não se enquadra em quaisquer das hipóteses previstas na NR 16 Anexo 3, e, por tal razão, não há que falar em direito à percepção do adicional de periculosidade, no percentual de 30%, por ausência de previsão legal.

Argumenta ainda que o perito se equivocou ao concluir que o simples fato do reclamante auxiliar pessoas a se desprenderem de elevadores paralisados enseja o pagamento do referido adicional, posto que sequer adentrava no poço do elevador, cujo incidente ocorria de forma extremamente eventual, não havendo assim contato freqüente ou diário com o suposto agente perigoso.

No entanto, conforme laudo pericial anexado às fls. 89/96, elaborado em relação às funções e ao ambiente de trabalho do autor, revela que este, além de atuar na portaria do condomínio, laborava em serviços de emergência, limpando as áreas internas (esquadrias no poço do elevador), reparos nas instalações hidráulicas e elétricas deste, bem como nas suas paralisações por excesso de peso, utilizando chaves em suas portas para abri-lo (03 a 04 vezes por semana), e ainda manobras no comando elétrico do motor diesel, para acionar a chave manual, tudo isso com o elevador conectado à energia elétrica.

Concluiu que não havia prevenção de contato direto com as partes energizadas das caixas e fios do elevador, nem isolamento da área de trabalho, ou mesmo prevenção contra descarga elétrica proveniente da rede de alta tensão da Celpe, cujo trabalho era executado de forma intermitente, razão pela qual, considerou periculosa a atividade desempenhada pelo autor, a teor da Lei nº 7.369/85 e do Decreto nº 93.412/85, que instituiu o recebimento do adicional ao empregado que exerce atividades em condições perigosas, independente da função, bem com aos empregados do setor de energia elétrica.

Ora, havendo nos autos prova pericial circunstanciada e conclusiva acerca da existência de periculosidade nas atividades de trabalho do autor, não há o que se reformar na sentença. Embora o julgador não esteja adstrito à perícia, a sentença deve ser mantida, se não há dúvida quanto à idoneidade e à capacitação do perito.

A parte que busca provimento jurisdicional diverso daquele apontado na conclusão da prova técnica deve trazer aos autos elementos sólidos e consistentes que possam infirmar a conclusão do perito, pois conforme disposto no art. 436 do CPC, não estando adstrito à prova pericial, o Juiz pode *“formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos”*.

In casu, o recorrente não logrou demonstrar situação diversa, ou mesmo que o contato com energia elétrica se dava de forma eventual, como alega em sua peça recursal. Pelo contrário. Diversamente, afirmou o perito que as atividades de risco desenvolvidas pelo autor faziam parte da sua rotina de trabalho, ficando exposto à eletricidade, de 03 a 04 vezes por semana, habitualmente por 30 a 60 minutos.

Assim, diante da ausência de elementos em contrário, há de prevalecer as conclusões do laudo acostado aos autos.

Destaco ainda o teor do item I da Súmula nº 364 do C. TST:

“I - Faz jus ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido. (ex-Ojs da SBDI-1 nºs 05 - inserida em 14.03.1994 - e 280 - DJ 11.08.2003)”

Por fim, não há que falar em ausência de previsão legal e normativa na época em que o autor prestou serviço à parte ré, posto que, além do contrato de trabalho do autor haver se encerrado em 2013 e, portanto, posterior à publicação da Lei nº 12.740/2012, a presente concessão baseou-se na antiga redação do artigo 193 da CLT que já previa o seu deferimento a quem exercesse atividade em contato com inflamáveis, explosivos e energia elétrica (Lei 7.369/85). Com a nova redação do artigo 193, o adicional foi estendido aos que exercem a função de vigilantes, profissão esta regulamentada pela Lei nº 7.103, de 20 de junho de 1983.

Dessa forma, nego provimento ao recurso também neste particular.

CONCLUSÃO:

Ante o exposto, nego provimento ao recurso. Tudo consoante fundamentação.

ACORDAM os Desembargadores da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Tudo consoante fundamentação.

Recife, 24 de agosto de 2015.

Assinatura eletrônica (Lei nº 11.419/2006)

RUY SALATHIEL A. M. VENTURA

Desembargador Relator