

CNJ: 0439800-33.2007.5.09.0071 TRT: 04398-2007-071-09-00-6 (RO)

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de RECURSO ORDINÁRIO, provenientes da 01ª VARA DO TRABALHO DE CASCAVEL, sendo recorrente JOSIAS MIRANDA e recorrido INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PRISIONAL LTDA..

I - RELATÓRIO

As partes interpuseram recurso ordinário em face da sentença de fls. 241-250, complementada pela decisão resolutiva de embargos de declaração de fls. 262-263, ambas proferidas pela Exma. Juíza do Trabalho Luciane Rosenau Aragon, que acolheu parcialmente os pedidos.

Os recursos foram julgados em 10/02/2010, conforme v. Acórdão de fls. 325-348 e, em 24/03/2010, foi proferida decisão resolutiva de embargos de declaração (fls. 360-371), ambos da lavra da Exma. Desembargadora Fátima Teresinha Loro Ledra Machado.

Inconformadas, as partes interpuseram recursos de revista (fls. 372-384 e 385-389), julgados pela E. 1ª Turma do C. TST em 02/08/2017, conforme Acórdão de fls. 436-442, com decisão resolutiva de embargos de declaração proferida em 30/08/2017 (fls. 453-460), ambas da lavra do Exmo. Ministro Lélio Bentes Corrêa.

CNJ: 0439800-33.2007.5.09.0071 TRT: 04398-2007-071-09-00-6 (RO)

Os embargos interpostos pela ré não foram conhecidos, conforme decisão do Exmo. Ministro Presidente da Primeira Turma, Walmir Oliveira da Costa, em 01/02/2018 (fls. 470-472), sendo determinada a remessa dos autos a este Regional para reexame do recurso ordinário do autor, considerando os efeitos da confissão ficta, nos termos da decisão de fls. 436-442.

É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

A admissibilidade do recurso já foi analisada no v. Acórdão de fls. 325-348.

MÉRITO

1. Revelia

O autor pleiteia a aplicação da pena de revelia à reclamada, sob o argumento de que o preposto enviado por esta à audiência de instrução não era empregado da empresa (fls. 264-266).

Decido.

A pretensão em epígrafe já foi analisada no Acórdão de fls. 436-442, no qual a 1ª Turma do E. TST reconheceu a irregularidade da representação da empresa na audiência, por preposto não empregado, aplicando à ré os efeitos da confissão ficta quanto à matéria de fato, o que será observado na análise dos tópicos subsequentes.

CNJ: 0439800-33.2007.5.09.0071 TRT: 04398-2007-071-09-00-6 (RO)

Esclareço, desde já, que <u>a análise dos tópicos</u> seguintes será restrita às questões sobre as quais a confissão ficta atribuída à <u>ré exerça efetiva influência</u>. Quanto às demais questões, <u>será feita remissão</u> aos fundamentos adotados por esta C. Turma no Acórdão de fls. 325-348, por razões de economia e celeridade.

Nada a prover.

2. Diferenças salariais

Decidiu o juízo de origem (fls. 239-247):

"Equiparação salarial - diferenças salariais

Ao argumento de que realizava as mesmas atividades que os agentes penitenciários públicos mas auferia remuneração inferior, pretende o reclamante ver reconhecida a equiparação salarial e receber as diferenças salariais correspondentes.

Respeitando posicionamento em sentido contrário, entendo que não há como prevalecer a equiparação pretendida, sob pena de ainda que por via transversa, se burlar a exigência do concurso público como meio de ingresso no funcionalismo público. Ademais, é incontroverso que o reclamante manteve contrato de trabalho com pessoa jurídica de direito privado, regido pela CLT.

Entender em sentido diverso, ainda que com base princípio da isonomia - que entendo não ser a hipótese dos autos já que os regimes jurídicos são diferentes -, é admitir que o funcionário público também pudesse pleitear FGTS ou seguro-desemprego, por exemplo.

Além do mais, a equiparação salarial, que é o instituto invocado na exordial, prevista no artigo 461, da CLT, pressupõe o trabalho realizado para o mesmo empregador e na mesma localidade, hipótese não verificada nos autos, porque o reclamante trabalhava para o INAP, já os funcionários públicos estaduais para o Estado do Paraná.

memur também é réalizar justiça

3ª TURMA CNJ: 0439800-33.2007.5.09.0071

TRT: 04398-2007-071-09-00-6 (RO)

Não fossem os argumentos já expostos bastantes para indeferir o pretendido, não posso deixar de mencionar que recentemente (no dia 13 de maio de 2009) instruí a reclamatória trabalhista distribuída também para esta 1a Vara do Trabalho e autuada sob número 2835/2008, promovida pelo Sr. Ivair Papini (patrocinado pelos mesmos advogados que atuam representando o autor na presente reclamatória) em face do INAP. Na instrução realizada nos autos mencionados, a testemunha de indicação obreira, Sr. Givanildo de Jesus, disse que "...os funcionários do Estado que trabalhavam no presídio ocupavam o cargo de direção, vice direção e chefia de segurança da unidade; que Edson era funcionário Público e ocupava o cargo de agente penitenciário, mas também respondia pela função de chefia de segurança da unidade..."

Pelo que se pode concluir a partir do depoimento acima transcrito, ainda que houvessem agentes penitenciários (funcionários públicos) prestando serviços na unidade prisional, todos eles desempenhavam funções que não se confundiam com a de agente disciplinar, o que parece também justificar eventual ganho salarial superior.

Aliás, ainda que os ganhos fossem superiores nem se sabe o quanto maiores eram, já que o documento de fl. 30 não permite saber a quem foi pago o valor e não é contemporâneo ao período de duração do contrato de trabalho do autor, porém permite concluir que o salário básico (o único que em tese permitiria equiparação), auferido pelo pretenso paradigma (que não trabalhou no mesmo período que o autor) era inferior àquele percebido pelo reclamante sendo que este mais de um ano antes de setembro de 2007 (data do recibo em questão), já recebia mais de R\$ 600,00 (seiscentos reais) como salário básico (vide documento de fl. 119). Cumpre ressaltar que as demais parcelas salariais constante do documento de fl. 30 são todas de cunho pessoal, além do que o destinatário daquele pagamento, ao que tudo indica, foi contratado em 20 de agosto de 2007, mais de um ano depois do autor ter deixado de laborar ao INAP.

Por essas razões, rejeito o pedido de letra "a" da exordial."

CNJ: 0439800-33.2007.5.09.0071 TRT: 04398-2007-071-09-00-6 (RO)

O autor alega, em síntese, que foram preenchidos os requisitos previstos no art. 461 da CLT, pois comprovado o exercício de funções similares às exercidas pelo paradigma Edson Santos (servidor público), razão pela qual lhes seriam devidas diferenças salariais. Invoca também o princípio constitucional da isonomia salarial. Pede a reforma (fls. 266-271).

Analiso.

O autor alegou na inicial que prestava serviços idênticos aos prestados pelos Agentes Penitenciários servidores públicos, no mesmo local e com o mesmo grau de responsabilidade, razão pela qual teria direito à mesma remuneração, indicando como paradigma o servidor Edson dos Santos (fl. 3).

A ré alegou em defesa que "o autor apenas exerceu a função de AGENTE DE DISCIPLINA, que embora tenha similitude com as funções de AGENTES PENITENCIÁRIOS do Estado do Paraná, com eles não se confunde, até mesmo porque não passou o autor pelo crivo de concurso público e foi empregado apenas da reclamada, que é empresa privada e não tem em seu quadro de pessoal AGENTES PENITENCIÁRIOS" (fl. 47).

Em relação à prova oral emprestada (fls. 191-195), a primeira testemunha do autor afirmou que "Trabalhou para a ré de 02/01/02 a 30/07/07, contratado pela ré e na função de agente de disciplina" e que "faziam a segurança interna do presídio, trabalhando com rádio de comunicação e, dependendo do setor, também usando ferramentas

CNJ: 0439800-33.2007.5.09.0071 TRT: 04398-2007-071-09-00-6 (RO)

que eram manuseadas pelos internos e aos quais os agentes de disciplina precisavam fazer o acompanhamento".

As demais testemunhas não foram questionadas

no particular.

Ante a pena de confissão ficta aplicada à reclamada, presume-se verdadeira a alegação da inicial de que o autor, como Agente de Disciplina, realizava as mesmas atividades que os Agentes Penitenciários admitidos por meio de concurso público, eis que não infirmada pela prova oral.

Nesse contexto, e considerando que os demais requisitos do art. 461 da CLT restaram incontroversos nos autos, restaria analisar a possibilidade de reconhecimento da equiparação salarial entre empregados celetistas contratados por empresa privada e servidores públicos estatutários do Estado do Paraná, admitidos por meio de concurso público.

Como se trata de questão de direito, em relação à qual a confissão ficta aplicada à reclamada não exerce qualquer influência, faço remissão aos fundamentos expostos quanto ao tema no acórdão proferido por esta Turma à fl. 328-331, em razão dos quais foi mantida a decisão que indeferiu o pedido de equiparação salarial, sob a justificativa de que não é possível estender os mesmos direitos e vantagens dos Agentes Públicos do Estado do Paraná a empregados de empresas privadas, pois se submetem a regimes jurídicos diversos (estatutário e celetista, respectivamente).

Ante o exposto, nego provimento.

CNJ: 0439800-33.2007.5.09.0071 TRT: 04398-2007-071-09-00-6 (RO)

3. Indenização por dano moral

Constou da r. sentença (fl. 245):

"Dano Psíquico - dano moral - acidente de trabalho

A tese do autor de que o contrato de trabalho gera um comprometimento mútuo e que a rescisão contratual imotivada é deslealdade do réu, não tem qualquer amparo legal, notadamente quando o trabalhador não é detentor de qualquer modalidade de estabilidade ou garantia de emprego.

A dispensa do autor, no meu entender, decorre do exercício do direito potestativo de seu ex-empregador de dispensar, sem que isso caracterize ato de deslealdade, mesmo porque, o reclamante sempre soube que poderia ser dispensado a qualquer tempo, já que não era detentor de estabilidade ou garantia de emprego. Se a legislação prevê a multa indenizatória como forma de compensar a dispensa sem justa causa, é esta a compensação devida ao empregado, não podendo o julgador fazer as vezes de legislador.

Ainda, pelo que se pode concluir da inicial, o pedido tem como escopo a perturbação/medo que acometeria e perseguiria o reclamante - mesmo após a rescisão - em razão da natureza da função por ele desempenhada junto ao réu. Sob a ótica do autor, este estado de temor permanente, que inclusive se estenderia aos seus familiares, se equipara a acidente de trabalho (doença profissional).

A pessoa que se candidata para exercer a função de agente de disciplina junto a uma unidade prisional, por certo sabe das implicações inerentes ao cargo a que se propôs ocupar. O autor não procurou emprego para cuidar de inocentes crianças, antes, sabia, que estaria em contato com presidiários de maior ou menor agressividade ou perigo. Assim, tendo procurado este emprego há que se presumir que seja alguém com perfil para assumir a função, sem maiores temores ou preocupações com as possíveis implicações.

Aliás, o próprio autor invoca a teoria da previsibilidade para tentar imputar culpa a ré (fl. 08), pelo que, utilizando o mesmo raciocínio da inicial, também reputo perfeitamente previsível ao autor, antes de se candidatar

3ª TURMA

CNJ: 0439800-33.2007.5.09.0071 TRT: 04398-2007-071-09-00-6 (RO)

e assumir a vaga, ter consciência de eventuais desdobramentos futuros.

Não se pode esquecer também que o dano mencionado na exordial é hipotético, o temor é de quem sabe ser ameaçado, de poder ser de alguma forma intimidado, não sendo, concreto. Não há sequer provas ou indícios de que o trabalhador tenha enfrentado algum dissabor ou ameaça real.

Mesmo que assim não fosse, o comprometimento psíquico noticiado na inicial não restou demonstrado nos autos, já que não foi colacionado qualquer laudo médico atestando essa condição, ônus que caberia ao autor, por ser fato constitutivo de seu direito.

Deixo de apreciar o pedido de dano moral em razão de discriminação racial face o contido à fl. 177.

Por essas razões, rejeito os pedidos "d" e "e"."

O autor alega que não houve contestação específica quanto ao pedido de indenização por danos morais, restando incontroversas as ameaças sofridas durante o pacto laboral. Afirma que estava sujeito aos mesmos riscos dos servidores públicos, razão pela qual mereceria tratamento igual, nos termos do "caput" do art. 5º da CF. Aduz que desde a contratação a reclamada deveria ter tomado as medidas necessárias, como por exemplo, o pagamento de adicional de periculosidade ou o lançamento no contrato de cláusula de risco. Pede a reforma (fls. 272-275).

Examino.

Os danos morais consistem no "agravo ou constrangimento moral infligido quer ao empregado, quer ao empregador, mediante violação de direitos ínsitos à personalidade, como consequência da relação de emprego" (DALAZEN, João Oreste. Aspectos do dano moral

CNJ: 0439800-33.2007.5.09.0071 TRT: 04398-2007-071-09-00-6 (RO)

trabalhista, Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 65, nº 1, out/dez 1999).

A indenização relativa ao dano moral encontra amparo no art. 5°, incisos V e X, da Constituição Federal, vez que, o último inciso, em particular, garante serem "invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". No âmbito infraconstitucional, a indenização por dano moral encontra-se assegurada no art. 186 do Código Civil, o qual dispõe que "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Para a configuração do dano moral, necessária a existência dos seguintes elementos: ato ilícito praticado pelo empregador, dano e nexo de causalidade entre o dano e o ato.

A pretensão recursal diz respeito ao dano psíquico/moral decorrente do labor em situação de "risco de vida" na penitenciária gerida pela ré. Vale ressaltar que, embora mencione nas razões do recurso o dano psíquico (em razão do qual havia pleiteado, na inicial, danos materiais na modalidade lucros cessantes), seu pedido é de deferimento apenas da indenização por danos morais, razão pela qual a presente análise será restrita a esse aspecto.

No particular, o autor alegou na inicial (fls. 8-9), em suma, que sofreu dano psíquico, consistente em "impedimento de viver no status quo ante, possuir neurose traumática, em razão da vida

CNJ: 0439800-33.2007.5.09.0071 TRT: 04398-2007-071-09-00-6 (RO)

profissional anterior e ansiedade pelo elemento surpresa a que está sujeito (medo)". Disse ainda que sofria situações de ansiedade, aflição e medo resultantes das condições de trabalho na penitenciária gerida pela ré, mencionando que estava constantemente exposto a situações de "risco de vida".

Na defesa, a ré negou que o autor tivesse sofrido danos psíquicos em decorrência do labor, que nunca praticou qualquer ato ilícito "tendente a provocar danos morais ao autor" e que as "agruras derivadas da natureza do labor em instituições prisionais" são "de conhecimento público e notório, inseridas no âmbito da condições gerais do contrato de trabalho de quem se dispõe a prestar serviços em instituições que tais, para o que o autor foi treinado e remunerado" (fls. 52-53).

No tocante à prova oral emprestada (fls. 191-195), a primeira testemunha do autor alegou que:

"(...) os agentes sofriam ameaças dos internos, dizendo estes que quando saíssem "teriam algum acerto aqui fora"; desconhece a ocorrência de algum problema de saúde ou acidente de trabalho com João ou Jovane; (...) depois da saída do depoente este efetivamente chegou a ter ameaças de um ex-detento; o depoente passou a trabalhar em outro local, à noite, e o ex-detento ao se encontrar com o depoente fez a ameaça de que "nós íamos ter um acerto"; não sabe se assim ocorreu também diretamente com João e Jovane após saírem da ré; (...) a ameaça que o depoente recebeu por ex-detento após o desligamento do depoente da ré, foi pelo fato do ex-

CNJ: 0439800-33.2007.5.09.0071 TRT: 04398-2007-071-09-00-6 (RO)

detento dizer que "lá dentro eu era autoridade e aqui fora éramos todos iguais".

A segunda testemunha do autor relatou que:

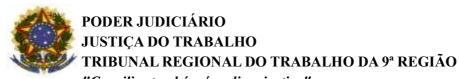
"(...) depois de se desligar da ré, o depoente esteve em uma casa agropecuária fazendo compras e ao acertar o pagamento ouviu um ex-detento que se encontrava às suas costas dizer "essa é a hora", o que para o depoente significa que seria para vingança e exigiu que o depoente ficasse mais atento; não sabe se João e Jovane receberam ameaças depois de se desligarem da ré, "porque eu não estava perto para saber"; (...) o depoente não realizou B.O. ao receber a ameaça antes referida".

A terceira testemunha do autor afirmou que:

"(...) o depoente não recebeu ameaças físicas ou verbais de ex-detentos quando de seu desligamento da ré; o depoente já se encontrou com ex-detentos, inclusive dentro de ônibus, em viagem de Curitiba para Cascavel, sentindo-se desconfortável com a situação; um colega (Djalma) que atualmente trabalha na penitenciária e que já havia trabalhado com João e Jovane, chegou a ser agredido fisicamente por ex-detento, aqui em Cascavel; não é do conhecimento de que fato da mesma natureza tenha ocorrido com João e Jovane (...)".

A testemunha da ré disse que "o depoente não teve contatos com ex-detentos depois que saiu da ré; não tem conhecimento se João e Jovane sofreram ameaças de ex-detentos; nunca algum agente de disciplina comentou ter sofrido ameaças".

Conforme decisão do E. TST (fls. 436-442), a ré é confessa quanto à matéria de fato, razão pela qual se presumem verdadeiras as alegações da inicial no sentido de que o autor sofreu danos psíquicos (neurose traumática, ansiedade) em decorrência das condições de trabalho na penitenciária gerida pela ré, estando constantemente exposto a risco de morte, eis que não infirmadas pelas provas constantes dos autos.



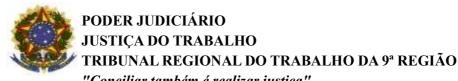
> CNJ: 0439800-33.2007.5.09.0071 TRT: 04398-2007-071-09-00-6 (RO)

Corroborando as alegações da inicial, a

primeira testemunha do autor afirmou que "os agentes sofriam ameaças dos internos dizendo estes que quando saíssem 'teriam algum acerto aqui fora'" e que ela própria já havia sofrido ameaça direta de ex-detento. A segunda testemunha do autor também afirmou que sofrera ameaça de ex-detento fora do presídio. E a terceira testemunha do autor disse que "um colega (Djalma) que atualmente trabalha na penitenciária e que já havia trabalhado com João e Jovane, chegou a ser agredido fisicamente por ex-detento, aqui em Cascavel". Tais alegações não são infirmadas pelo depoimento da testemunha da ré, pois o fato de ela própria não ter sofrido ameaças de detentos ou nunca ter ouvido de algum agente sobre eventuais ameaças sofridas não significa necessariamente que essa situação não tenha ocorrido com o reclamante.

Data venia do juízo de origem, não altera a conclusão acima os fatos de o autor ter se candidatado (espontaneamente) para a vaga de agente de disciplina prisional, bem como ter recebido remuneração e treinamento pelo exercício da função, pois ela tinha a obrigação de oferecer condições de trabalho minimamente seguras à integridade física e psicológica do obreiro, além de adotar medidas efetivas para a prevenção/tratamento de danos psicológicos aos empregados envolvidos diretamente na supervisão dos detentos, mormente diante da natureza do local de trabalho (presídio), o que não ocorreu, considerando o estado mental do obreiro durante e após o término do contrato de trabalho.

Sendo assim, entendo que restou caracterizado o dano moral, sendo devida ao reclamante a indenização pleiteada.



3ª TURMA

CNJ: 0439800-33.2007.5.09.0071 TRT: 04398-2007-071-09-00-6 (RO)

No tocante ao valor da indenização, o dano

moral é imensurável por critérios puramente matemáticos, pois não há como provar a intensidade de um sentimento que é próprio de cada pessoa, razão

pela qual se considera para sua quantificação a gravidade do dano causado, a

condição social do autor, a situação econômica da ré, o grau de culpa desta,

e a dupla finalidade da indenização: de confortar a vítima pelo infortúnio

sofrido e de desestimular a ré a praticar ilícitos da mesma natureza.

Dessa maneira, o valor da indenização não

pode constituir sanção irrisória ao causador do dano, nem implicar

enriquecimento sem causa para a vítima. Esses, contudo, são apenas

parâmetros que devem nortear o arbitramento do valor da indenização, com

os quais se busca atender ao que determina o art. 944 do Código Civil.

Na verdade, "Na fixação do montante da

indenização por danos morais, levam-se em consideração os critérios da

proporcionalidade, da razoabilidade, da justiça e da equidade, não havendo

norma legal que estabeleça a forma de cálculo a ser utilizada para resolver

a controvérsia. Assim, o montante da indenização varia de acordo com o

caso examinado e a sensibilidade do julgador, ocorrendo de maneira

necessariamente subjetiva" (Processo: RR - 27600-70.2006.5.15.0057 Data

de Julgamento: 22/06/2011, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, 5ª

Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2011).

Por conseguinte, a quantificação é tarefa que

representa dificuldades, exigindo, em todos os casos, razoabilidade e

proporcionalidade. Com essas premissas em mente, diante do que preceitua

o art. 944 do CC e considerando que não há como mensurar com exatidão o

CNJ: 0439800-33.2007.5.09.0071 TRT: 04398-2007-071-09-00-6 (RO)

grau do dano psíquico causado ao reclamante (não foi produzida prova pericial a respeito), entendo razoável fixar o valor da indenização em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), valor este que não caracteriza enriquecimento indevido do autor, tampouco consiste em importância irrelevante. Não há falar em limitação da indenização ao valor da multa de 40% do FGTS, pois não há qualquer previsão legal nesse sentido.

Ante o exposto, **reformo a sentença** para condenar a ré ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais). A correção monetária incide a partir da data deste julgamento e os juros a partir do ajuizamento da ação (Súmula 439 do C. TST).

4. Adicional de insalubridade

Entendeu o magistrado singular (fls. 242-243):

"Adicional de insalubridade/periculosidade

As partes convencionaram a utilização, como prova emprestada, laudos periciais realizados em atividades idênticas pelos peritos Ivo João Lora e Amilton Marcos de Almeida.

Assim, de início, ressalto que o laudo pericial juntado às fls. 229/233 não será valorado pelo Juízo, já que subscrito por profissional distinto (Carlos Alberto Oliva) daqueles convencionado em audiência.

Os laudos periciais colacionados aos autos afastaram a periculosidade (até porque não há relato de que o autor laborasse exposto ao risco de incêndio, explosão ou choque).

No mais, as perícias reconheceram que o ambiente de trabalho do autor era insalubre, com fundamento na Portaria 3214/78, NR-15, anexo 14 (agentes biológicos) do MTE.

3ª TURMA

CNJ: 0439800-33.2007.5.09.0071 TRT: 04398-2007-071-09-00-6 (RO)

Entretanto, persistiram divergência em relação ao grau (médio ou máximo).

Analisando com vagar os laudos periciais, considerando as atividades desempenhadas pelo autor, bem como considerando que ele não trabalhou em hospital, entendo que o autor não esteve em permanente contato com os detentos em setor de isolamento, para fazer jus ao adicional em grau máximo, o que não é o caso do autos. Tal conclusão decorre do disposto na NR 15, que em relação ao grau máximo assim disciplina:

"...Trabalho ou operações, em contato permanente com:

pacientes em isolamento por doenças infectocontagiosas, bem como objetos de seu uso, não previamente esterilizados;...".

Por essas razões, entendo que o trabalhador faz jus ao pagamento de adicional de insalubridade em grau médio, durante o curso do contrato.

Base de cálculo: salário mínimo nacional.

É certo que com a edição da Súmula Vinculante nº 04 do C. STF, que reeditou a Súmula 228 do C. TST, a questão assumiu novos contornos.

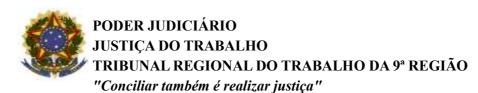
Entretanto, em decisão recente do C. STF, foi deferida, em caráter liminar, a suspensão da aplicação da Súmula 228 do C. TST, no tocante ao salário básico para calcular o adicional em comento.

De qualquer forma, a aplicação da Súmula nº 4 do C. STF somente é devida, de acordo com o que consta da Súmula 228 do C.TST, que na parte em questão, ao que conta, parece vigorar, a partir de 09 de maio de 2008, marco este não alcançado pelo período contratual discutido nesses autos.

Assim, a utilização do salário mínimo nacional, encontra consonância no artigo 192 da CLT.

Reflexos em férias acrescidas de um terço, 13º salário, horas extras pagas (inclusive intervalares e repousos) e FGTS (11,2%). Indevido os reflexos em repousos, eis que o adicional é pago de forma mensal. Indevido, também os reflexos em aviso prévio, eis que este foi trabalhado e não indenizado.

Tratando-se de prova emprestada, não há condenação em honorários periciais."



CNJ: 0439800-33.2007.5.09.0071 TRT: 04398-2007-071-09-00-6 (RO)

O autor alega, em síntese, que a sua atividade

era de contato direto com as pessoas reclusas, dentre as quais vários possuíam doenças infectocontagiosas, razão pela qual faria jus ao adicional de insalubridade em grau máximo, e não médio, como reconhecido na sentença. Afirma ser fato incontroverso que ele tinha contato permanente com presos e que estes não permaneciam somente nas celas, mas nos demais ambientes de trabalho, estudo e outros setores internos da penitenciária. Aduz que "a hipótese trazida pelo referido Perito, com relação à atividade do Recorrente fora das alas de internamento, como a portaria, não condiz com os demais elementos trazidos aos autos, nem tampouco tal fato fora aventado pelo Recorrido, em contestação". Argumenta que o laudo elaborado pelo perito Amilton Marcos de Almeida, utilizado como prova emprestada, concluiu pela insalubridade em grau máximo. Alega que a base de cálculo do adicional de insalubridade deve ser a remuneração do recorrente ou, alternativamente, seu salário normativo. Pede a reforma (fls. 275-282).

Analiso.

Na inicial (fl. 4), o autor postulou o pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo, alegando que, no presídio em que trabalhava, permanecia em contato direto com detentos portadores de "inúmeras doenças infectocontagiosas". Disse ainda que "era retirado de sua função interna para auxiliar a supervisão de segurança, dirigindo o caminhão na remoção de presos para o fórum e hospitais da cidade".

CNJ: 0439800-33.2007.5.09.0071 TRT: 04398-2007-071-09-00-6 (RO)

Na defesa (fl. 48), a ré alegou que o autor não fora exposto a agentes insalubres na contratualidade e que recebia os EPI's necessários (fl. 48).

Em audiência, as partes convencionaram a adoção, como prova emprestada, dos laudos periciais elaborados pelos peritos Ivo João Lora e Amilton Marcos de Almeida, os quais foram juntados às fls. 201-225.

No tocante à prova oral (emprestada), a primeira testemunha do autor afirmou que:

"(...) faziam a segurança interna do presídio, trabalhando com rádio de comunicação e, dependendo do setor, também usando ferramentas que eram manuseadas pelos internos e aos quais os agentes de disciplina precisavam fazer o acompanhamento; (...) João e Jovane tinham contatos físicos com os detentos e alguns destes tinham doenças infecto contagiosas, tais como, hanseníase, tuberculose e soro positivos; (...) O contato físico com os detentos se dava na revista pessoal, quando ocorria "uma geral"; a revista era feita com os detentos vestidos; (...)".

A segunda testemunha do autor declarou que "sempre realizavam revistas pessoais nos detentos, sendo que depois do 2 ou 3 primeiros anos passaram a fazer as revistas utilizando máscaras e luvas".

A terceira testemunha do autor e a testemunha da ré não foram questionadas no particular.

O juízo de origem reconheceu a insalubridade no ambiente de trabalho, sobre o que não houve recurso da parte ré. O autor se insurge contra o grau da insalubridade e a base de cálculo da

3ª TURMA

CNJ: 0439800-33.2007.5.09.0071 TRT: 04398-2007-071-09-00-6 (RO)

parcela fixados na sentença. Quanto ao primeiro aspecto, a pretensão recursal se restringe à questão do contato com presos portadores de doenças infectocontagiosas e seus objetos pessoais.

No tocante à base de cálculo do adicional de insalubridade, considerando que se trata de matéria de direito, em relação à qual a confissão ficta aplicada pelo E. TST à reclamada não exerce qualquer influência, faço remissão aos fundamentos expostos no acórdão proferido por esta Turma à fl. 335-338, no qual foi mantida a decisão que fixou o salário mínimo como base de cálculo.

Do mesmo modo, a confissão ficta aplicada à ré é inócua em relação ao grau da insalubridade, pois a decisão acerca desse aspecto depende eminentemente da análise da prova técnica, isto é, da valoração dos laudos periciais juntados pelas partes (que constataram a insalubridade, porém divergiram quanto ao grau), em cotejo com a interpretação das hipóteses previstas no Anexo 14 da NR-15 (que trata dos agentes biológicos), o que já foi feito por esta C. Turma no Acórdão de fls. 325-348. Assim sendo, remeto-me aos fundamentos expostos às fls. 335-338, em razão dos quais este Colegiado manteve a decisão que adotou a conclusão do perito Ivo João Lora, fixando o grau médio para a insalubridade constatada.

Ante o exposto, a sentença deve ser mantida.

5. Horas extras e reflexos

Cita-se a r. sentença (fls. 243-245):

"Jornada de trabalho

3ª TURMA

CNJ: 0439800-33.2007.5.09.0071 TRT: 04398-2007-071-09-00-6 (RO)

O autor impugna os controles de jornada ao argumento de que não eram permitidas marcações de eventuais horas extraordinárias.

Em relação ao horário do início da jornada, considerando que a inicial reconhece que o reclamante cumpria jornada das 7:00 até 19:00/22:00 horas (fl. 18), horário de ingresso este que coincide com os anotados nos controles de jornada, os cartões são fidedignos.

Quanto à frequência, a inicial em nenhum momento noticia que o reclamante trabalhasse fora dos dias de escala, pelo que, considero que os dias anotados nos cartões correspondem aos efetivamente trabalhados.

Resta investigar a respeito do horário de saída.

Segundo a inicial, o autor trabalhava até às 19:00/22:00 horas. Ressalto que não há relato específico de reuniões ou atividades de passagem de turno na exordial.

As testemunhas ouvidas nos autos de prova emprestada confirmaram que o horário de saída era elastecido, em média, 10/15 minutos, e que esse tempo era destinado a passagem de serviço e conferência.

Sem maiores delongas, e sem prejuízo ao entendimento manifestado em outros feitos envolvendo as mesmas partes no que tange a justificativa para passagem do turno, reputo que os cartões de ponto são fidedignos, exceto em relação ao horário de saída, quando deverão ser acrescentados 15 minutos.

Restou incontroverso que o reclamante laborava em turnos de 12x36. Segundo os cartões de ponto o autor não desfrutava o intervalo intrajornada, tanto é que o período lhe era pago, de forma integral, em rubrica destacada. Porém, como ele mesmo confessa que gozava quinze minutos de intervalo (fl. 18), dito tempo deverá ser descontado da contagem geral de horas trabalhadas.

De acordo com o previsto nas CCT¿s carreadas aos autos pelo reclamado a sistemática de compensação foi devidamente ajustada pelas partes (cl. 18ª da CCT 2003/2004, cl. 17ª da CCT 2004/2005 e cl. 20ª da CCT 2005/2006), sendo que o acordo individual exigido pela norma coletiva encontra-se juntado à fl. 121.

Nem se alegue que o início de vigência da CCT 2003/2004 (1º de julho de 2003) é posterior a data de admissão do reclamante, diante do que constou

CNJ: 0439800-33.2007.5.09.0071 TRT: 04398-2007-071-09-00-6 (RO)

expressamente da cl. 18^a (item 18.3) da mesma norma coletiva.

Considerando que o excesso da jornada coincide com o tempo que o reclamante reconheceu desfrutar de intervalo, não há que se falar em horas extras excedentes da 12ª diária.

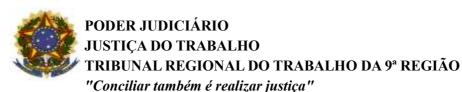
Ainda, não há que se falar em horas extraordinárias excedentes da sexta diária, eis que não se trata de labor em turnos ininterruptos de revezamento. O trabalhador mesmo mencionou a prestação de serviços em horários fixos e não consta que sua jornada contratual fosse de seis horas.

Inexistem também diferenças de horas extras excedentes da quadragésima quarta hora semanal, quando a norma coletiva previa seu pagamento e os recibos trazem a quitação, por não ter o reclamante demonstrado ser credor de qualquer valor ao título.

Por fim, o tempo que o reclamante gastava para chegar até o local de trabalho não pode ser considerado como à disposição, eis que ausente amparo legal ou convencional nesse sentido. Importante destacar que não se discute nos autos acerca de horas in itinere, pois o empregador não fornecia transporte. Sendo assim, se todo o tempo gasto em percurso pelo trabalhador que se dirija ao trabalho por meios próprios (transporte coletivo ou veículo seu) fosse considerado como integrante da jornada, a contagem iniciaria no momento em que o trabalhador deixasse sua casa para dirigir-se ao trabalho e assim, quanto mais longe o trabalhador morasse do local de trabalho, mais horas extras lhe seriam devidas.

Sendo assim e observado o limite do pedido (excedentes da jornada diária, não havendo postulação de horas extras por eventual infração intervalar) e considerando que o reclamante não apontou diferenças em seu proveito, rejeito o pedido "f". Reflexos, por acessórios, seguem a mesma sorte do principal."

O autor alega, em síntese, que as horas extras relativas ao excedente diário (15 minutos) não podem ser compensadas com o intervalo intrajornada usufruído (15 minutos), pois se tratariam de verbas de natureza jurídica distinta. Afirma que o regime 12x36 é inválido, pois:



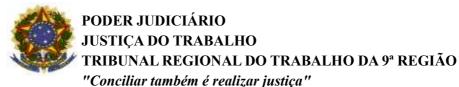
CNJ: 0439800-33.2007.5.09.0071 TRT: 04398-2007-071-09-00-6 (RO)

a) o acordo que o estabeleceu fora firmado de forma irregular, já que não menciona a que instrumento normativo se refere, além de ser sido firmado com empregadora anterior, sem cláusula de transferência de obrigações; b) o acordo não observou o limite de 10 horas diárias previsto no art. 59, §2º da CLT, além de não compensar o labor em domingos e feriados; c) o acordo admitia que a hora noturna fosse considerada como de 60 minutos e que o intervalo intrajornada fosse de apenas 15 minutos; e d) em razão do reconhecimento da insalubridade no local de trabalho, não restaram preenchidos os requisitos da Súmula 349 do TST. Aduz que é devido o pagamento em dobro das horas laboradas em domingos e feriados e que, quanto a esses últimos, não se encontrariam contemplados pelo regime 12x36, o qual atenderia somente a concessão de folga semanal. Pede a reforma para que a ré seja condenada ao pagamento das horas laboradas além da 8ª diária e 44ª semanal, com adicional de 50% para as horas normais e de 100% para as horas laboradas em domingos e feriados (fls. 282-288).

Examino.

O juízo de origem reputou válidos os cartões de ponto quanto ao horário de entrada, porém reconheceu a invalidade dos horários de saída, aos quais fixou o acréscimo de 15 minutos diários, aspectos sobre os quais não há insurgência. O autor também não se insurge contra a conclusão do juízo de origem de que ele usufruía 15 minutos de intervalo, embora não constasse a fruição do período nos cartões de ponto.

Os cartões de ponto do período imprescrito (a partir de 01/10/2002) registram que o autor laborava em escala 12x36 (fls. 126-150). Como foram acrescidos 15 minutos ao final da jornada e



Conciliar também e realizar justiça'' 3ª TURMA

CNJ: 0439800-33.2007.5.09.0071

TRT: 04398-2007-071-09-00-6 (RO)

reconhecida a fruição de 15 minutos de intervalo, a jornada efetivamente laborada continuou sendo de 12 horas diárias, assim como destacado na sentença, eis que o período relativo ao intervalo intrajornada não é computado na jornada, nos termos do art. 71, §2º da CLT. Quanto ao pagamento, como extra, do período de intervalo usufruído pelo reclamante, cumpre esclarecer que essa questão será analisada no tópico seguinte.

Restaria analisar, assim, as questões relativas à validade do regime 12x36 e ao pagamento em dobro das horas laboradas em domingos e feriados. Ocorre que a confissão ficta quanto à matéria de fato aplicada à reclamada pelo E. TST não influencia a solução de tais controvérsias.

Em relação ao regime compensatório, trata-se esta de matéria de defesa, cuja alegação e prova competiam à reclamada. No caso dos autos, a própria reclamada confessou na defesa que, no período anterior a 01/07/2003, não havia instrumento coletivo da categoria do reclamante autorizando a adoção do regime 12x36. Constam dos autos as CCT's 2003/2004 (fls. 151-157), 2004/2005 (fls. 158-164) e 2005/2006 (fls. 165-171), as quais autorizam a adoção do regime 12x36, mediante acordo escrito individual. A CCT 2003/2004, em sua cláusula 18.3, confere validade, de forma retroativa, a "todos os acordos de compensação de jornada simples e do regime 12x36, escritos ou tácitos, que tenham regido a jornada de trabalho dos empregados em período anterior à vigência do presente convencionado coletivo" (fl. 154). Nesse contexto, por se tratar de questão meramente de direito, remeto-me aos fundamentos expostos às fls. 340-342 do primeiro Acórdão proferido por esta C. Turma, em razão dos

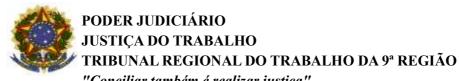
CNJ: 0439800-33.2007.5.09.0071 TRT: 04398-2007-071-09-00-6 (RO)

quais se entendeu pela validade da cláusula convencional em questão e, consequentemente, pela validade do regime 12x36 por toda a contratualidade.

Em relação aos demais argumentos defendendo a invalidade do acordo de compensação firmado entre as partes (ou seja, os fatos de o acordo ter sido firmado por empresa distinta, não fazer referência a nenhum instrumento coletivo específico, prever hora noturna como de 60 minutos e não possuir autorização prévia do MTE para a adoção de regime de compensação em ambiente insalubre), como também consistem em matérias cuja confissão ficta da ré também não exerce qualquer influência, remeto-me aos fundamentos expostos às fls. 363-365 da decisão resolutiva de Embargos Declaratórios proferida por este Colegiado, na qual este esclareceu que este Colegiado não estava obrigado a se referir a cada uma dessas questões de fato e de direito, já que analisou as pretensões recursais deduzidas de forma fundamentada.

Por fim, em sendo incontroverso o labor em domingos e feriados em razão da dinâmica inerente ao regime 12x36 (labor em dias alternados), a análise acerca da necessidade de pagamento ou não em dobro das horas trabalhadas em tais dias constitui matéria de direito, razão pela qual me remeto aos fundamentos expostos à fl. 342 do primeiro Acórdão proferido por esta C. Turma, em razão dos quais esta entendeu que o regime 12x36 já contemplava a folga semanal, não sendo devido pagamento em dobro do labor em domingos e feriados.

Ante o exposto, nada a prover.



3ª TURMA

CNJ: 0439800-33.2007.5.09.0071 TRT: 04398-2007-071-09-00-6 (RO)

6. Intervalo intrajornada

O autor se insurge contra a decisão relativa ao intervalo intrajornada (transcrita no item anterior). Alega, em síntese, que a sentença determinou a compensação do gozo de 15 minutos de intervalo intrajornada na contagem geral das horas trabalhadas e, consequentemente, reconheceu que não houve fruição do intervalo. Alega que "alegou expressamente a infração ao art. 71 e parágrafos da CLT" e que "na impugnação, o Recorrente impugnou expressamente a cláusula do acordo de compensação que prevê o pagamento do intervalo intrajornada em apenas 50%". Aduz que a pretensão foi regularmente aduzida, em face dos princípios da informalidade e da razoabilidade. Aduz que os pagamentos de intervalo constantes dos recibos foram somente do adicional de 50%, quando deveria o período correspondente ser remunerado com acréscimo de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da hora normal de trabalho. Pede a reforma para condenar a ré ao pagamento, como extra, do período relativo ao intervalo intrajornada (fls. 288-290).

Analiso.

A confissão ficta quanto à matéria de fato aplicada à reclamada pelo E. TST não influencia a solução da pretensão em epígrafe, pois, como salientado no primeiro Acórdão proferido por este Colegiado, a petição inicial não contempla pedido específico de pagamento, como extra, do período relativo ao intervalo intrajornada não concedido ao empregado. Ainda que assim não fosse, é incontroversa nos autos a violação parcial do intervalo intrajornada, de modo que a análise se restringiria a aspectos de direito, como as consequências da violação, a validade da

3ª TURMA

CNJ: 0439800-33.2007.5.09.0071 TRT: 04398-2007-071-09-00-6 (RO)

cláusula convencional segundo a qual "os intervalos não concedidos pelo empregador aos empregados não serão considerados como horas extras, e deverão ser remunerados com apenas o adicional de 50%" (por ex., cl. 13.1 da CCt 2003/04 - fl. 153), e de aspectos fáticos cuja prova é eminentemente documental, como a correção dos valores pagos durante o contrato a título de intervalo intrajornada.

Dessa forma, a análise do recurso resta prejudicada no particular.

Nada a prover.

7. Honorários advocatícios

Fixou-se na r. sentença (fls. 245):

"Honorários advocatícios/assistência judiciária gratuita

O reclamante não está assistido pelo Sindicato representativo de sua categoria profissional, razão pela qual, não atendidos os requisitos estabelecidos pela Lei 5584/70, rejeito seu pedido de condenação da parte adversa ao pagamento de honorários advocatícios.

Importante esclarecer que por mais que o reclamante argumente ainda vigora na Justiça do Trabalho o jus postulandi e a disciplina da matéria honorários advocatícios é aquela trazida na mencionada lei. Ademais, se prevalecesse a tese obreira, também teria ele que suportar os honorários advocatícios da parte adversa, ao menos naquilo em que sucumbiu.

No que toca à assistência judiciária gratuita, considerando os termos da declaração de fl. 23, seria o caso de concedê-la. Porém, deixo de assim proceder tendo em vista da transferência da sucumbência integral ao reclamado."

CNJ: 0439800-33.2007.5.09.0071 TRT: 04398-2007-071-09-00-6 (RO)

O autor alega, em síntese, que o entendimento do art. 14 da Lei 5.584/70 não se aplica ao caso e que os honorários são devidos pela mera sucumbência (fls. 290-292).

Sem razão.

A pretensão em epígrafe constitui matéria de direito, em relação à qual a pena de confissão ficta aplicada à reclamada pelo E. TST não exerce qualquer influência (é incontroverso nos autos que o autor não se encontra assistido por sindicato), razão pela qual faço remissão aos fundamentos expostos no acórdão proferido por esta Turma à fl. 342, no qual foi mantida a decisão que indeferiu o pedido de honorários advocatícios.

Nada a deferir.

III - CONCLUSÃO

Pelo que,

ACORDAM os Desembargadores da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, já superada a admissibilidade do recurso, no mérito da questão devolvida, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DO AUTOR para condenar a ré ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos da fundamentação. Quanto às demais questões, prevalece o já decidido no Acórdão de fls. 325-348, complementado pelas decisões resolutivas de embargos de declaração de fls. 360-371.

oncular tambem e realizar justiça" 3ª TURMA

> CNJ: 0439800-33.2007.5.09.0071 TRT: 04398-2007-071-09-00-6 (RO)

Intimem-se.

Curitiba, 13 de novembro de 2019.

THEREZA CRISTINA GOSDAL RELATORA