



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região

Recurso Ordinário Trabalhista 1000421-90.2021.5.02.0313

Relator: SILVANE APARECIDA BERNARDES

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 19/07/2022

Valor da causa: R\$ 197.830,86

Partes:

RECORRENTE: CARLOS EDUARDO LUCIANO

ADVOGADO: JULIANE FUSCO CONFORTO

ADVOGADO: JORGE LUIS CONFORTO

RECORRENTE: AFIMAC SERVICOS AUXILIARES AO TRANSPORTE AEREO LTDA.

ADVOGADO: ANA MARIA TEIXEIRA

RECORRENTE: CONCESSIONARIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS S.A.

ADVOGADO: CARLA TERESA MARTINS ROMAR

RECORRIDO: AFIMAC SERVICOS AUXILIARES AO TRANSPORTE AEREO LTDA.

ADVOGADO: ANA MARIA TEIXEIRA

RECORRIDO: CONCESSIONARIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS S.A.

ADVOGADO: CARLA TERESA MARTINS ROMAR

RECORRIDO: CARLOS EDUARDO LUCIANO

ADVOGADO: JULIANE FUSCO CONFORTO

ADVOGADO: JORGE LUIS CONFORTO



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO
3ª VARA DO TRABALHO DE GUARULHOS
ATOrd 1000421-90.2021.5.02.0313
RECLAMANTE: CARLOS EDUARDO LUCIANO
RECLAMADO: AFIMAC SERVICOS AUXILIARES AO TRANSPORTE AEREO LTDA.
E OUTROS (2)

3ª VARA DO TRABALHO DE GUARULHOS/SP

PROCESSO Nº. 1000421-90.2021.5.02.0313

SENTENÇA

RELATÓRIO

Carlos Eduardo Luciano ajuizou Ação Trabalhista em face de Afimac Serviços Auxiliares ao Transporte Aéreo Ltda., na qual o Autor pleiteia, em síntese, o pagamento de horas extras e reflexos referentes ao labor em sobrejornada, reparação por dano moral e material.

Deu à causa o valor de R\$ 197.830,86.

O Reclamante apresentou emenda à petição inicial para inclusão da Reclamada Concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos S.A.

Citadas, as Rés compareceram à audiência e apresentaram defesas e documentos.

Em audiência de instrução presencial foram colhidos os depoimentos pessoais do Reclamante e da 1ª Reclamada e ouvidas duas testemunhas.

Encerrada a instrução processual.

Tentativas de conciliação infrutíferas.

Razões finais escritas.

É o relatório. Passo a decidir.

FUNDAMENTAÇÃO

RENÚNCIA

O Reclamante renunciou aos pedidos referentes ao vale-alimentação e vale-refeição (fls. 440).

Na forma do artigo 487, III, "c" do CPC, homologa-se a renúncia e extingue-se os pedidos com resolução do mérito.

LEGITIMIDADE PASSIVA

A 2ª demandada levanta a preliminar de ilegitimidade passiva sob o argumento de que a Reclamante não foi sua empregada. Contudo, a aferição da legitimidade faz-se com base na teoria da asserção, segundo a qual a análise deve ser feita em abstrato, a partir do que consta da petição inicial.

Assim, para que a parte seja legítima para figurar no polo passivo, basta que haja correlação entre as partes e os pedidos. É o que se verifica no caso em apreço, já que o Reclamante requer a condenação das Reclamadas como responsáveis subsidiárias, afirmando que foram tomadoras de seus serviços.

Há, portanto, pedido e causa de pedir em face de todas as integrantes do polo passivo.

Assim, ninguém além das ora Reclamadas deve ser demandado na presente, sendo que a aferição acerca da responsabilidade das Rés é matéria de mérito e será oportunamente analisada.

Afasta-se.

LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO

Os valores dos pedidos são apenas uma estimativa. Nesse sentido é o artigo 12, §2º da Instrução Normativa nº 41 do C. TST, sendo certo que havendo aplicação da correção monetária, sempre haverá alteração em liquidação de sentença.

Por esses motivos, os valores apontados não limitam a condenação.

JUSTIÇA GRATUITA

Acolho a pretensão do Autor de recebimento dos benefícios da justiça gratuita, para o fim de isentá-lo do pagamento de eventuais custas processuais, em face da declaração noticiada nos autos que informa o seu estado de pobreza, na acepção jurídica do termo, tudo conforme o artigo 790, §3º da CLT.

SALÁRIO À MARGEM DOS REGISTROS

Alega o Reclamante que passou a receber o valor de R\$ 150,00 mensais com a finalidade de reembolso de despesas com o cuidado do cachorro que o auxiliava na execução do trabalho.

Requer o pagamento dos reflexos em razão da alegada natureza salarial do valor.

Contudo, da narração dos fatos extrai-se que os valores, ainda que pagos à margem dos registros, não têm natureza salarial, visto que tinham como finalidade o ressarcimento de despesas.

Para constituir salário a finalidade do pagamento deve ser a contraprestação pelo trabalho, o que não é o caso, como narrado pelo Autor.

Rejeita-se.

FÉRIAS + 1/3

Alega o Reclamante que não usufruía integralmente dos períodos de férias, visto que precisava manter os cuidados com o cão, bem como era obrigado a “vender” 10 dias.

É incontroverso que o Reclamante ficava com o cão nas férias e, conseqüentemente, tinha que alimentá-lo e cuidá-lo.

Da prova oral extrai-se que o Autor também tinha a obrigação de treinar o cão, o que configura tempo à disposição da empregadora, consoante artigo 4º da CLT, com redação vigente antes do início da vigência da Lei nº 13.467/2017.

Dessa forma, tem-se que o Reclamante não usufruiu plenamente de seus períodos de férias, motivo porque condeno a Ré ao pagamento das dobras de todos os períodos de férias + 1/3 do Autor.

JORNADA DE TRABALHO

O Reclamante alega que de outubro de 2015 a junho de 2019 trabalhava na escala 6x1, das 7h às 15h e que de julho 2019 até o fim do contrato das 8h às 14h, também na escala 6x1, sempre sem intervalo intrajornada. Requer o pagamento de horas extras, intervalo e reflexos.

A Reclamada não juntou cartões de ponto e alegou que tinha menos de 10 empregados.

Em consulta ao convênio Caged, verifica-se que, de fato, a Ré tinha menos de 10 empregados à época.

Em contestação, a Reclamada afirmou que a jornada do Reclamante era de seis horas por dia no máximo, podendo ser de apenas quatro horas por dia e que os empregados combinavam entre si os feriados.

Contudo, em depoimento pessoal, a 1ª Reclamada disse "que o reclamante trabalhava de 6 a 7 horas por dia, ficando uma parte do tempo à disposição, pois fazia inspeção que durava cerca de 20 a 30 minutos e aguardava pelo próximo voo; que já começou às 07h00 e também já começou às 08h30; que atendia de 2 a 3 clientes por dia; que eram voos internacionais; que não havia controle de jornada; que a comunicação era feita por WHATSAPP (...) que o reclamante prestou serviços para os correios; que para atendimento dos correios o horário era entre 13h00 e 13h30; que o reclamante fazia intervalo, até porque havia intervalos de 2 a 3 horas entre um cliente e outro". (Grifos meus).

Ou seja, o depoimento pessoal da Ré foi em sentido contrário à sua defesa, tendo confessado que o Autor trabalhava mais de 6 horas por dia.

A testemunha, Sr. Michael Rodrigues Salles, que exerceu a mesma função que o Reclamante e, portanto, tem conhecimento dos fatos, disse "que trabalhavam mais ou menos das 08h00 às 15h00; que em tese tinham uma folga por

*semana, mas às vezes eram chamados nas folgas; que já aconteceu do depoente ser chamado na folga; **que não fazia intervalo para almoço**; que muitas vezes estavam almoçando e eram chamados para atender algum cliente; que tratavam do dia de trabalho com a empregadora por WHATSAPP e com prepostos das companhias aéreas e da segunda reclamada".*

A testemunha, Sr. Waldir Silva Rocha, disse *"que trabalhavam nos feriados"*.

Tendo em vista que o Reclamante trabalhava mais de 6 horas por dia e não fazia intervalo para refeição e descanso, **condeno ao pagamento dos intervalos intrajornada sonegados de forma integral, sem aplicação das alterações trazidas pela Lei nº 13.467/2017.**

Isso porque trata-se de contrato de trato sucessivo, devendo prevalecer os princípios da proteção, da confiança e da segurança jurídica.

Os artigos 5º, XXXVI, da CF e 6º da LINDB, consagram o princípio da retroatividade restrita das leis, recorrendo à teoria subjetiva de Gabba, quanto ao direito adquirido, e à teoria objetiva de Roubier, quanto à incidência imediata da lei nova sobre os fatos pendentes.

A doutrina de Paul Roubier distingue o efeito retroativo do efeito imediato da lei. Sob a influência de Gabba (Teoria della Retrotività delle Leggi), conceituou-se o direito adquirido. Entretanto, mesmo Roubier, defensor da incidência imediata da lei nova sobre os fatos pendentes, abriu exceção expressa, em sua teoria, para os contratos, no sentido de que *"constituem um bloco de cláusulas indivisíveis, que não se pode apreciar senão à luz da legislação sob a qual foi entabulado"*.

Assim, para que a lei retroaja, no direito brasileiro, há de haver disposição expressa nesse sentido, o que não ocorre na Lei nº 13.467/2017. Portanto, o diploma não é aplicável ao caso em análise.

São devidos em dobro os feriados trabalhados, na forma da Lei nº 605/1949.

Parâmetros

- Adicional de 60% e de 100% aos feriados, conforme CCT.
- Divisor 210.

Face à habitualidade do labor extraordinário, o mesmo integrará o RSR e ambos refletirão em férias acrescidas de 1/3, gratificação natalina, FGTS e verbas rescisórias, não sendo aplicável a OJ 394 do C. TST.

Cálculos sobre salários, observados os dias efetivamente trabalhados.

Autoriza-se desde já a dedução dos valores pagos sob o mesmo título, de forma global, desde que provados na fase de conhecimento.

SOBREAVISO

O §2º do artigo 244 da CLT considera de sobreaviso o empregado que fica em sua residência aguardando chamado para o trabalho, dentro de uma escala pré-determinada.

A Súmula 428 do C. TST adapta o dispositivo à atualidade, em que a necessidade de aguardar chamados em casa é substituída pelo uso de telefone celular, considerando de sobreaviso o empregado que fica à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso. Era ônus do Reclamante provar que ficava de sobreaviso, consoante artigo 818, I da CLT. Para que se configure o trabalho em sobreaviso mesmo com a adaptação da interpretação do artigo 224, §2º da CLT pela Súmula 428 do TST, se faz necessário que haja uma limitação de locomoção do empregado. Se quando da edição do §2º do artigo 224 exigia-se que o empregado ficasse em casa aguardando ser chamado para o trabalho, atualmente, para que se possa falar em sobreaviso, deve haver uma impossibilidade do empregado viajar, fazer passeios mais longos e/ou ficar afastado de algum telefone ou outro meio de contato. No caso dos autos, embora seja plausível que o Reclamante fosse chamado para trabalhar em suas folgas, não há prova de que sua locomoção estivesse limitada em todo o seu período de descanso, ou que sofreria alguma punição caso fosse acionado e não respondesse, de modo que não se pode falar em sobreaviso. Rejeita-se.

INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL – DESPESAS COM CÃO

O Reclamante alega que era responsável pelo pagamento de todas as despesas com o cão que o auxiliava na execução de suas atividades laborais, mas que recebia apenas R\$ 150,00 mensais a título de reembolso.

É fato notório e, portanto, independente de prova, que um cão de grande porte gera despesas superiores a R\$ 150,00 mensais.

Considerando os números apresentados pelo Reclamante, os quais não foram impugnados pela Reclamada, o cão consumia em média 742 gramas de ração por dia, totalizando cerca de 23 kg de ração por mês.

O valor médio da ração apontado pelo Reclamante era de R\$ 9,50 por quilo. Dessa feita, tem-se que o Autor gastava cerca de R\$ 215,00 mensais com ração, o que gera uma diferença de R\$ 65,00 mensais.

Quanto ao período de treinamento do cão, tal se configura tempo à disposição do empregador, na forma do artigo 4º da CLT e poderiam configurar hora extra, mas não dano material, como pretendido.

Dessa forma, acolhe-se parcialmente o pedido e condena-se a Reclamada a pagar a diferença de R\$ 65,00 mensais a título de reembolso de despesas.

DESPESAS COM VEÍCULO PRÓPRIO

Em defesa, a Reclamada afirma que o Reclamante não era obrigado a utilizar veículo próprio para se deslocar para o trabalho e vice-versa.

A Reclamada provou que ressarcia apenas despesas com combustível.

Em depoimento pessoal, a 1ª Ré disse *"que o cão ficava com o reclamante após o trabalho; que o cão poderia ficar no canil; que salvo engano fica em ARUJÁ, mas o reclamante teria que buscá-lo todos os dias; que a prática que o condutor fique com o cão, inclusive para criar um vínculo"*.

Em que pese o alegado, ainda que o cão ficasse no canil, era necessário que o Reclamante fosse busca-lo em outro município, o que aumentaria as despesas com combustível e utilização do veículo, bem como a jornada de trabalho.

Tem-se, portanto, com base na rotina de trabalho do Autor, que era imprescindível a utilização de veículo próprio.

Além disso, as despesas com utilização de veículo próprio não se limitam ao ressarcimento do gasto com combustível, visto que há depreciação pelo uso, agravado pelo uso com o trabalho.

Dessa feita, condeno a Reclamada a reembolsar as despesas com o veículo.

O valor apontado pelo Reclamante com base em corridas de taxi não pode ser considerado como parâmetro, visto que as tarifas englobam outros fatores, inclusive lucro.

Dessa forma, a fim de se apurar o valor devido em liquidação de sentença deve o Reclamante apresentar o modelo/ano do veículo utilizado. O valor será apurado com base em uma apuração média da quilometragem percorrida por dia, multiplicado pelos dias de trabalho, o consumo do veículo e o valor do combustível na época dos fatos, bem como a depreciação média do veículo, considerados os parâmetros acima.

Autoriza-se desde já a dedução dos valores pagos sob o mesmo título..

PROGRAMA DE PARTICIPAÇÃO NOS RESULTADOS

Previsto na norma coletiva, condena-se a Reclamada a pagar os valores devidos a título de PPR, nos moldes da convenção coletiva de trabalho.

REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS

De acordo com a moderna doutrina e jurisprudência, para que se configure o dano moral indenizável, basta que haja lesão a direito extrapatrimonial.

No caso em apreço, é incontroverso que o Reclamante e sua família conviveram com o cachorro por todo o período do contrato de trabalho, ou seja, aproximadamente cinco anos.

A modalidade da dispensa é irrelevante para a decisão.

Em que pese os cães sejam classificados juridicamente como bens móveis (semoventes), por razões históricas e sociais, atualmente convivem com as pessoas como companhia ou até mesmo como membros da família. Havendo, assim, a criação de laços de afeto com os animais.

Embora o ordenamento jurídico brasileiro não tenha acompanhado até agora essa mudança social, a jurisprudência tem atentado à nova classificação fática da relação entre seres humanos e animais.

De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, “os bichos não podem ser considerados como meras “coisas inanimadas”, pois merecem tratamento peculiar em virtude das relações afetivas estabelecidas entre os seres humanos e eles e em função da própria preservação da dignidade da pessoa humana”. (https://www.stj.jus.br/sites/porta1p/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-06-19_20-21_STJ-garante-direito-de-excompanheiro-visitar-animal-de-estimacao-apos-dissolucao-da-uniao-estavel.aspx).

Nesse sentido, extrai-se dos autos que a Reclamada determinou que o Reclamante convivesse por aproximadamente cinco anos com o cão, não só no ambiente de trabalho, mas também em sua vida familiar.

Desse modo, presume-se, em razão do narrado acima, a criação de laços de afeto entre o Reclamante e sua família com o cão com quem conviveram por quase cinco anos, inclusive nos períodos de férias e finais de semana.

Frisa-se que o fato de haver a possibilidade de o cão ficar em um canil em cidade diversa e/ou ser mandado a Goiás nos períodos de férias do Reclamante é pouco relevante para o deslinde do feito, pois tornaria mais onerosa a realização do trabalho e ainda prejudicaria o próprio animal em razão do stress do transporte.

Dessa forma, a retirada do cão do convívio com o Reclamante e sua família configura abuso de direito, na forma do artigo 187 do Código Civil.

Presente o dano, deve-se repará-lo.

Com base na extensão do dano, grau de culpa da Reclamada e sua capacidade econômica, assim como o caráter pedagógico da medida, fixo o valor da indenização em **R\$ 5.000,00**, nos limites do pedido.

Ressalto que o valor indenizatório foi fixado especialmente com base no porte da empresa, sua capacidade econômica, tendo em conta que valor inferior não tem qualquer significância para a Reclamada, que não se sentiria no dever de melhorar as condições de trabalho impostas.

A reparação de danos na seara trabalhista não visa apenas a indenizar a vítima, mas também, diante de sua finalidade pedagógica, levar os empregadores a implementar condições no mínimo adequadas de trabalho impostas e fazer as melhorias necessárias.

Deve-se ter em mente também a análise econômica do Direito e seus reflexos em casos futuros.

MULTA NORMATIVA

A Reclamada descumpriu cláusulas da convenção coletiva, como concessão do intervalo intrajornada, motivo porque a condeno ao pagamento das multas previstas em cada CCT.

RESPONSABILIDADE DA 2ª RECLAMADA

O caso é de terceirização lícita de serviços, regida pela Lei nº 6.019/1974 e Súmula 331 do C. TST.

Dessa feita, a responsabilidade da 2ª Reclamadas, tomadoras de serviços, é subsidiária em relação às verbas decorrentes do contrato de trabalho deferidas na presente demanda, consoante artigo 5º-A, §5º da Lei 6019/1974.

HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA

Honorários de sucumbência pelas Rés de 15% sobre o valor líquido que resultar da liquidação de sentença, devidos por cada uma das Reclamadas.

Todas as Reclamadas são sucumbentes, não só em razão da condenação ao pagamento das verbas trabalhistas, mas também em relação à preliminar de ilegitimidade passiva e responsabilidade subsidiária, de modo que todas são devedoras dos honorários de sucumbência, os quais devem ser pagos por cada uma das Rés.

O Reclamante é beneficiário da Justiça Gratuita e a Constituição Federal de 1998 assegura a prestação de assistência jurídica integral e gratuita (artigo 5º, LXXIV), tenho que a melhor interpretação a se dar ao artigo 791-A, §4º da CLT é a de que o trabalhador só irá pagar os honorários de sucumbência caso afixa nesse ou em

outro processo montante relevante e capaz de alterar sua condição socioeconômica. Ou seja, que o retire da condição de hipossuficiência.

Não é apenas o recebimento de valores já devidos durante o contrato de trabalho que retira o Autor de sua condição de hipossuficiente.

Apenas se houver, de fato, recebimento de valores suficientes para alterar da condição socioeconômica da Reclamante hipossuficiente é que se pode condená-lo a pagar os honorários de sucumbência.

Aplica-se ainda a decisão proferida pelo Excelso STF na ADI nº 5766.

COMPENSAÇÃO

Indevida qualquer compensação, pois não há prova de dívida da parte obreira junto à Reclamada a fim de ser compensada.

DEDUÇÃO

Defiro a dedução de todos os valores já pagos a idênticos títulos aos ora deferidos, mas apenas quanto a verbas comprovadas nos autos durante a fase de conhecimento.

JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

Em obediência à decisão proferida pelo E. STF no julgamento das ADCs nº 58 e 59 e nas ADIs 5.867 e 6.021, determino a atualização dos créditos reconhecidos na presente sentença mediante a aplicação do **IPCA-E, no interregno pré-processual (da época própria até a data da citação (exclusive), e com a Selic a partir de então (inclusive)**; e, por outro lado, a se demonstrar em sede de liquidação de sentença que a correção pela Selic é inferior à atualização pelo IPCA-E + 1% a.m. nesse mesmo interregno (entre a citação e a própria conta de liquidação), **concedo à Reclamante indenização suplementar até esse limite, nos termos do art. 404, par. único, do Código Civil (c.c. art. 8º, §1º, da CLT), provendo-se a "restitutio in integrum"**, inclusive à vista dos juros mínimos derivados do art. 406 do CC (já que, quanto ao mais, os juros de mora estarão "embutidos" na própria Selic, que deveria chegar a esse patamar).

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E IMPOSTO DE RENDA

Natureza jurídica das parcelas conforme o artigo 28, da Lei nº 8.212/1991, cabendo à Reclamada o recolhimento e comprovação das contribuições previdenciárias, autorizada a retenção da parcela devida pelo Reclamante.

Imposto de renda na forma do artigo 12-A, da Lei nº 7.713/1988 e da Súmula nº 368, do C. TST, observada a Orientação Jurisprudencial nº 400, da SBDI-1, do C. TST.

Em relação a ambos, observe-se a Súmula nº 368, do C. TST.

DISPOSITIVO

Diante do exposto e tudo o mais que dos autos consta, afasta-se as preliminares e no mérito acolhe-se parcialmente os pedidos formulados por **CARLOS EDUARDO LUCIANO** em face **AFIMAC SERVIÇOS AUXILIARES AO TRANSPORTE AÉREO LTDA. e CONCESSIONÁRIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS S.A.** para, nos termos da fundamentação que integra este dispositivo para todos os fins, condenar a 1ª Reclamada, a 2ª subsidiariamente, a pagar:

- as dobras das férias + 1/3;
- os intervalos intrajornada sonegados de forma integral, com adicional e reflexos;
- os feriados trabalhados em dobro e reflexos;
- indenização pelas despesas com alimentação do cão;
- indenização pelas despesas com veículo;
- indenização por dano moral;
- PPR;
- multa normativa
- honorários de sucumbência de 15% sobre o valor líquido que resultar da liquidação de sentença, esses devidos por cada Reclamada.

Autoriza-se a dedução de parcelas satisfeitas sob o mesmo título.

Liquidação da sentença por cálculos e por arbitramento.

Juros e correção monetária na forma da fundamentação.

Concedida a Justiça Gratuita ao Reclamante.

Natureza jurídica das parcelas de acordo com o artigo 28 da Lei nº 8.212/1991, cumprindo ao Reclamado o recolhimento e comprovação das contribuições previdenciárias, autorizada a retenção das parcelas devidas pelo empregado.

Autoriza-se a retenção na fonte do Imposto de Renda devido pelo Reclamante, calculado pelo regime de competência, devendo o Reclamado proceder ao recolhimento e comprovação.

Custas pela Ré no importe de R\$ 2.000,00, calculadas sobre o valor atribuído provisoriamente à condenação de R\$ 100.000,00, sujeito à adequação.

Intime-se as partes.

NADA MAIS.

GUARULHOS/SP, 22 de maio de 2022.

DANIELA MARIA DE ANDRADE SCHWERZ
Juíza do Trabalho Substituta

