



PROCESSO Nº 0001040-74.2012.5.06.0011

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

RÉU: ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.

SENTENÇA

Vistos etc.

1. RELATÓRIO

Cuidam os autos de Ação Civil Pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO - MPT em desfavor de ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA., partes devidamente qualificadas nos autos, por intermédio da qual, em resumo, sustenta haver detectado, via inquérito civil público, "diversas irregularidades" decorrentes da implantação da jornada móvel variável no âmbito da empresa, uma adaptação do sistema norte-americano incompatível com a ordem jurídica brasileira, pois transfere aos empregados os riscos do negócio, a saber: pagamento de salário inferior ao mínimo legal, imprevisibilidade da jornada de trabalho, instabilidade econômica dos empregados, ilegalidade na concessão dos intervalos intrajornada e interjornada, lançamento irregular de horas extras em contracheques, folgas concedidas incorretamente, cálculo incorreto do adicional noturno.

Além disso, o *Parquet* afirma que a ré vem promovendo descontos ilegais a título de vale-transporte sobre verbas rescisórias e criando obstáculos à atuação da Fiscalização do Trabalho.

A petição inicial vindica, ao final, em caráter antecipatório e definitivo, a cessação da jornada móvel variável, o pagamento do piso normativo estabelecido em negociação coletiva, a concessão regular dos intervalos intrajornada e interjornada e a autorização para que os trabalhadores os usufruam sem proibições, a limitação das horas extras a duas por dia, a garantia do descanso semanal, que o registro de ponto seja preenchido



adequadamente, o respeito ao horário noturno reduzido, inclusive suas prorrogações, que não ocorram descontos sobre verbas rescisórias, a apresentação dos documentos exigidos pelo MTE e a paga de indenização por dano moral coletivo no importe de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

Regularmente citada e instada a se pronunciar sobre o pedido de urgência, a demandada acostou ao caderno processual a manifestação de fls. 274/308, mais atos constitutivos e jurisprudência.

A ré afiança, sinteticamente, que estão ausentes os pressupostos autorizadores da antecipação de tutela, notadamente o *periculum in mora*, além de haver o risco da irreversibilidade do provimento de urgência almejado, devendo ser reconhecida a validade da jornada variável adotada, porque: não decorre de flexibilização da legislação trabalhista; não implica em renúncia ou transação de direitos; é ajustada na admissão dos empregados, incorrendo alteração dos contratos de trabalho; está prevista no art. 142, § 1º, da CLT, sem vedação em qualquer dispositivo constitucional ou legal; não provoca redução salarial ou violação ao princípio da isonomia; os trabalhadores são remunerados pelas efetivas horas à disposição da empresa; a jurisprudência e a doutrina reconhecem sua legalidade; os intervalos são corretamente concedidos.

Designada audiência de tentativa de conciliação.

O MPT obteve vista da documentação carreada pela empresa e ratificou o pedido de urgência contido na peça vestibular.

Concedida a tutela antecipada, nos termos da decisão de fls. 463/476.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores em Turismo e Hospitalidade - CONTRATUH formulou pedido, às fls. 483/493, de ingresso na lide como litisconsorte ativo ou assistente do autor.

O despacho de fl. 536-v. admitiu a participação da aludida Confederação na qualidade de assistente.

Audiência de fl. 537 realizada, sem conciliação.

O *Parquet* aditou a petição inicial às fls. 545/570, pugnando pela extensão dos efeitos da decisão liminar para todo o território nacional e requerendo que a demandada se abstenha de proibir seus funcionários de levar refeições trazidas de fora para as áreas de vivência dos restaurantes, bem ainda a majoração da indenização por danos morais coletivos para R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).

A requerida falou sobre o aditamento às fls. 897/909, argumentando pelo seu incabimento, decorrente de preclusão temporal. No mais, aduz que não há pedido de fundo de abrangência nacional e que existem outras ações e termos de ajuste de condutas já resolvidos em vários Juízos, de modo a não ser esta 11ª Vara do Recife preventa para a causa, bem como alega que a proibição para que os empregados levem alimentação para as



lojas tem por fundamento a segurança alimentar, além da empresa fornecer refeições gratuitas, se opondo, por fim, ao aumento da indenização por danos morais coletivos, com base na ausência de qualquer lesão e da desproporcionalidade do pedido.

A decisão de fls. 994/995 recebeu o aditamento, posto que ainda não designada audiência para recebimento da resposta do réu, e, não vislumbrando risco à segurança dos alimentos comercializados, concedeu a antecipação de tutela ordenando que a ré se abstenha de proibir que seus empregados levem refeições de fora da empresa, bem ainda ampliando os efeitos da decisão original de tutela para todo o país.

Na audiência de fls. 1002/1003, após recebida a contestação da empresa, as partes conciliaram parcialmente, consoante Termo de fls. 1004/1006, cuja cláusula 13ª definiu que remanescem para julgamento, apenas, o pedido de letra "c" do rol postulatório da petição inicial e o pedido efetuado em aditamento, a respeito das refeições.

A defendente, na contestação de fls. 1013/1177, suscita *ab initio* as preliminares de coisa julgada, litispendência, falta de interesse de agir, ilegitimidade ativa e inadequação da via eleita. Prossegue arguindo a prescrição bial e quinquenal e, nas questões de fundo propriamente ditas, de modo geral, reitera os fundamentos lançados quando das manifestações sobre os pedidos de antecipação dos efeitos da tutela, os quais já foram resumidos no presente Relatório.

Atos foram praticados no tocante à execução da conciliação parcial.

O Ministério Público requereu a realização de inspeção por órgãos oficiais em lojas da demandada e se pronunciou sobre a contestação (fls. 1178 e 1184/1186), diligência deferida no despacho de fl. 1187, complementado pelo despacho de fl. 1206.

Relatório Técnico da inspeção - fls. 1252/1254 - no estabelecimento situado na Av. Agamenon Magalhães, 990, Graças, Recife-PE, o qual, porém, não atendeu ao fim colimado, pelo que o despacho de fl. 1272 determinou a realização de nova diligência.

Relatório Técnico, à fl. 1285, da inspeção no estabelecimento situado na Av. Bernardo Vieira de Melo, 1541, Piedade, Jaboatão dos Guararapes-PE, sobre o qual o MPT se pronunciou às fls. 1372/1373 e a requerida às fls. 1385/1387.

A CONTRATUH pede a execução do Termo de Conciliação e o Sindicato dos Trabalhadores em Hotéis, Aparte Hotéis, Flats, Restaurantes, Bares, Lanchonetes e Similares de São Paulo e Região - SINTHORESP, atravessa a petição de fls. 1831/1853, instruída com documentos, requerendo a sua admissão como assistente e ratificando o pedido de execução do acordo.

Audiência adiada à fl. 2588.



Razões finais protocoladas pela ré em 26/10/2015 (fls. 2589/2604) e em 19/01/2016 (fls. 3533/3541).

Audiência à fl. 3458.

O Juízo deferiu, no despacho de fls. 3579/3580, a participação do SINTHORESP como assistente simples da parte autora, assim como decidiu pela desconsideração das razões finais oferecidas.

Feito retirado de pauta (despacho de fl. 3607).

A demandada apresenta arrazoado e pareceres às fls. 3608/3616.

O Ministério Público pede a continuidade da fase de instrução quanto aos pedidos remanescentes (fls. 3619/3621).

Ao longo do processo, após a conciliação parcial, as partes e assistentes apresentaram manifestações e documentos sobre a execução do acordo judicial.

Designada audiência para encerramento da instrução, apresentação de razões finais e tentativa de conciliação no que toca aos pleitos pendentes de julgamento

Na data aprazada, as partes arrazoaram e não conciliaram (fl. 3771).

Em seguida, as partes notificaram, com a petição de fls. 3780/3783, a realização de novo ajuste abrangendo a verificação do acordo de fls. 1004/1006, o realinhamento de parte de suas cláusulas e a desistência do MPT ao pedido de letra "a" do aditamento à petição inicial, requerendo a homologação deste Juízo.

Era o que importava relatar.

DECIDO.

2. FUNDAMENTAÇÃO

De início, determino que a presente sentença tem abrangência e produz efeito em todo o território brasileiro, consoante o art. 93 do Código de Defesa do Consumidor e OJ nº. 130 da SDI-2 do TST.

Também impende salientar, desde logo, que a presente ação foi proposta antes da vigência da Lei nº. 13.467/17, motivo pelo qual deixo de aplicar a denominada reforma trabalhista no que tange às regras de sucumbência (honorários advocatícios e periciais, custas etc.), diante da situação processual já consolidada e do princípio da segurança jurídica.

À atenção da Secretaria para intimar o MPT mediante remessa dos autos e os réus e assistentes com observância dos respectivos advogados indicados nos autos.



Cumprе reiterar, no mais, que as partes firmaram conciliação parcial nestes autos, consoante o Termo de fls. 1004/1006, pondo fim à fase de cognição do processo relativamente a maior parte dos pedidos.

Conforme a cláusula 13ª do aludido Termo, não foram objeto de conciliação somente os pleitos de letra "c" do rol postulatorio da petição inicial e aquele efetuado em aditamento (fls. 545/570), quais sejam, respectivamente: (a) obrigação da ré pagar a seus empregados, no mínimo, o piso normativo estabelecido em Convenções Coletivas; (b) que a acionada se abstenha de proibir que os empregados levem refeições preparadas fora da empresa para as áreas de vivência dos restaurantes.

Como consequência, houve iniciada a verificação e/ou execução da conciliação judicial, em paralelo à continuidade do processo de conhecimento quanto aos pleitos remanescentes, de maneira que a ação passou a tramitar em fases distintas.

O fato de a demanda conter etapas diferentes, mas concomitantes, e as diversas alegações e provas apresentadas pelas partes/assistentes certamente anuviaram o normal curso do processo, cuja delonga, por consequência, guardou compatibilidade com a complexidade e a dimensão da presente causa.

Concluída a instrução processual, as partes protocolaram, em 24/08/2018, o instrumento de conciliação de fls. 3780/3783 contendo a repactuação de cláusulas já estabelecidas no Termo de fls. 1004/1006, além de estipulações inéditas e a desistência do pedido formulado no aditamento à petição inicial.

Nesse caminhar, pendem de apreciação: (a) o inteiro teor da nova proposta de conciliação; (b) o pedido de letra "c" do libelo, consistente na condenação da ré em pagar a seus empregados o piso normativo estabelecido em Convenções Coletivas, o qual, registre-se, está apto a julgamento, razão pela qual foi realizada audiência de encerramento da instrução, apresentação de razões finais e tentativa de conciliação (fl. 3771).

Com arrimo na economia processual, decido resolver todas essas questões em única sentença, de forma a abrir um tópico para cada situação e, ao final, proclamar as respectivas conclusões.

2.1. DA HOMOLOGAÇÃO DA CONCILIAÇÃO

As partes submetem a este Juízo a proposta de fls. 3780/3783 para homologação, com o objetivo precípuo de finalizar as discussões sobre o inadimplemento do Termo de Conciliação de fls. 1004/1006.



Assentam, inicialmente, o pagamento de R\$ 7.000.000,00 (sete milhões de reais) pela empresa, em duas parcelas, com vencimentos em 60 e 120 dias da homologação, cabendo ao *Parquet* a destinação dos valores, ao passo que ficam quitadas eventuais multas por descumprimento do acordo originário, até fevereiro de 2017.

Pretendem o "*realinhamento*" de parte das cláusulas do Termo de fls. 1004/1006, com manutenção das estipulações que não sofreram expressa alteração.

E o MPT, considerando que os empregados da ré estão usufruindo o intervalo intrajornada de que cuida o art. 71 da CLT, pede a desistência do pedido de letra "a" do aditamento (fl. 569), *in verbis*: "*Que a Reclamada se abstenha de proibir que os seus funcionários levem refeições de fora da empresa para serem consumidas nas áreas de vivência, sob pena de pagamento de multa mensal de R\$ 3.000,00 (três mil reais) por trabalhador prejudicado.*"

Posto isto, não diviso qualquer inconsistência ou vulneração ao ordenamento jurídico pátrio na iniciativa das partes.

A quantia de R\$ 7.000.000,00 (sete milhões de reais), alcançada depois de intensos debates entre os litigantes, como meio de finalizar a controvérsia sobre o inadimplemento da conciliação originária, até fevereiro de 2017, atende aos requisitos da proporcionalidade, assim como a respectiva cláusula penal.

As relações trabalhistas são, por natureza, de trato sucessivo, sendo natural e razoável que, com o passar dos anos, adequações se mostrem necessárias. Não se pode negar, demais disso, que a ordem jurídica nacional vem atravessando momentos de efervescência legislativa e jurisprudencial, com quebra de paradigmas do Direito do Trabalho. Nesse cenário, o que mais assume relevo, o escopo principal da ação, é o aprimoramento das condições de trabalho dos empregados da demandada, resultado já atingido com a primeira conciliação e que persiste com a negociação sob análise.

Afinal, a conciliação em exame mantém o compromisso de não ser utilizada a jornada móvel variável antes praticada, bem ainda a empresa se obriga a não adotar o contrato de trabalho intermitente previsto no art. 452-A da CLT (acrescentado com a Lei nº. 13.467/2017) pelo prazo de cinco anos.

Estão assegurados, outrossim, o descanso semanal remunerado e os intervalos legais intrajornada e interjornadas, com permissão para que os empregados se ausentem dos locais de trabalho (respeitadas as regras de vigilância sanitária e a troca de uniforme), além de a conciliação restringir o sobrelabor a duas horas diárias e prestigiar o que preconiza a Súmula nº. 60 do TST a respeito do trabalho noturno.



Reafirmadas, ainda, as obrigações de manutenção do registro eletrônico de ponto, de fornecimento da documentação exigida pela Fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego sempre que solicitado (em até 15 dias), e de não haver a prática de descontos genéricos ou dissociados da verdadeira causa em termos de rescisões contratuais.

Os ganhos em favor dos trabalhadores são evidentes, tanto que o Termo de Audiência de fl. 3771 registrou a melhoria das condições laborativas nos estabelecimentos da empresa ré e as entidades sindicais assistentes referendaram a conciliação.

Apenas com relação às custas processuais, no que toca à empresa, não é possível a dispensa. Trata-se de encargo previsto em lei, que não fica ao talante do Juiz. A isenção é concedida nas hipóteses do art. 790-A da CLT e a acionada não se amolda a qualquer delas. Indefiro a dispensa pleiteada, anotando que as partes já ajustaram que, isto ocorrendo, as custas ficam sob responsabilidade da empresa. O valor das custas, então, será fixado na parte dispositiva da sentença.

São as razões pelas quais HOMOLOGO a conciliação materializada pelas partes e assistentes com a petição de fls. 3780/3783, na forma do art. 487, inciso III, alínea "b", do CPC, conjuminado com o art. 831, parágrafo único, da CLT, ao passo que decreto a extinção, sem resolução do mérito, na forma do art. 485, inciso VIII, do CPC, do pedido de letra "a" do aditamento à petição inicial (fl. 569), cuja desistência fica igualmente homologada.

Frente a todo o exposto, o único pleito ainda pendente de análise é aquele contido na letra "c" do rol postulatório da peça inaugural, *in litteris*: "*Pagar aos seus funcionários, no mínimo, o piso normativo estabelecido nas Convenções Coletivas aplicáveis aos mesmos, sob pena de pagamento de multa mensal de R\$ 3.000,00 (três mil reais) por trabalhador encontrado em situação irregular*".

Passo a analisá-lo.

2.2. DO PEDIDO DE PAGAMENTO DO MÍNIMO SALARIAL

Doravante, por óbvio, os Fundamentos da presente sentença se restringirão a apreciar as alegações das partes acerca do pedido não conciliado, tanto sob o enfoque processual (matéria preliminar), como em relação ao mérito.

A requerida suscitou a ilegitimidade ativa *ad causam*, sob o argumento de que o Ministério Público do Trabalho não poderia ajuizar ação civil pública para defesa dos direitos pleiteados na presente ação, porque seriam meramente individuais.



Não lhe assiste razão.

A Constituição Federal em seu art. 129, III, relaciona como função institucional do Ministério Público “*promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*”.

A Carta Magna emprega as expressões “*interesses difusos e coletivos*” em sentido amplo, sem as conceituar.

Nesta mesma direção preconiza o art. 83, I e III, da Lei Complementar nº 75, de 20/05/1993, *in verbis*:

"Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:

I – promover as ações que lhe sejam atribuídas pela Constituição Federal e pelas leis trabalhistas;

II – *omissis*;

III – promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos;

(...).”

A integração das normas constitucional e complementar é realizada, no particular, pelo Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078/90), cujo art. 81 traz as seguintes definições para os interesses/direitos de índole coletiva:

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

Compreende-se, pois, que o CDC densifica o art. 129, III, da CF/88 e a LC nº 75 para classificar os interesses da coletividade em difusos, coletivos propriamente ditos e individuais homogêneos.

Os difusos são indivisíveis e de titularidade de pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato.

Os coletivos são também indivisíveis, contudo titularizados por grupo, categoria ou classe, pessoas determinadas e vinculadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.



Os direitos/interesses individuais homogêneos são aqueles que, embora divisíveis e pertencentes a pessoas determinadas, possuem uma origem comum.

In casu é discutido o direito dos empregados da ré ao recebimento do salário mínimo convencional, em virtude do tempo à disposição da empresa. Cuida-se de interesse/direito individual homogêneo, pois divisível e passível de individualização quanto a seus titulares, pessoas determinadas, decorrente de mesma gênese.

Destarte, na hipótese dos autos, o *Parquet* age na defesa judicial de interesse individual homogêneo, retirando legitimidade para tanto do já mencionado art. 129, III, da Carta Fundamental e do art. 82, I, do CDC, este último abaixo transcrito:

“Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:
(Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) (Vide Lei nº 13.105, de 2015)
(Vigência)

I - o Ministério Público,

(...)”

A prática de supostos atos, pelo empregador, de violação do direito de seus trabalhadores ao piso salarial convencional/legal legitima o Ministério Público do Trabalho para propor a presente ação civil pública.

Preliminar de ilegitimidade ativa repelida.

Nesse mesmo caminhar, não prospera a arguição da contestante fulcrada na inadequação da via processual eleita, posto que a ação civil pública pode ser manejada para defesa do interesse veiculado nos autos, na inteligência do art. 83, III, da LC nº 75 e art. 90 do CDC, combinado com o disposto na Lei nº 7.347/85, notadamente seu art. 3º.

Na sequência, tenho por prejudicada a apreciação das preliminares de coisa julgada, litispendência e ausência de interesse de agir suscitadas na contestação, visto que têm por fundamento pleitos que foram alcançados pela conciliação, de modo que não as conheço por perda de objeto.

Demais disso, considero oportuno salientar, com arrimo nos arts. 103 e 104 do CDC, que não ocorre coisa julgada ou litispendência (que não se distinguem na essência, mas apenas quanto ao estado da ação paradigma antecedente) entre as ações individuais e as ações coletivas para defesa dos interesses previstos no art. 81 do aludido *Codex*, na medida em que o art. 104 do citado *Codex* se refere aos incisos I e II do art. 81 (difusos e coletivos) e aos incisos II e III do art. 103 (coletivos e individuais homogêneos).

Então, a exegese lógica e sistemática dos arts. 81, 103 e 104 do CDC faz concluir que o art. 104 também abarca as ações para defesa dos interesses individuais homogêneos ao lado das ações atinentes aos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*.



Quer dizer, não existe litispendência ou coisa julgada entre a ação individual e a ação coletiva para defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Neste sentido prelecionam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. in Curso de Direito Processual Civil, V. 4, Processo Coletivo, Edições Podivm, 2007, pp. 166/171.

De toda sorte, inexistente evidência nos autos de reprodução de ação coletiva idêntica à presente. Se houvesse, as partes não entabulariam acordo de âmbito nacional sobre a maior parte da postulação.

Ainda é oportuno ressaltar que o pleito remanescente não tem efeitos passados, ou seja, acaso acolhido não produzirá parcelas vencidas, porque tal consequência seria fruto de outro pedido, de diferença salarial (letra "p" da petição inicial), que acabou extinto por desistência já homologada no Termo de Conciliação de fls. 1004/1006.

Também na esteira desse entendimento, a individualização prévia dos possíveis beneficiários da obrigação vindicada é desnecessária, o que conduz à ilação de que o autor não precisava ter acostado os instrumentos normativos aplicáveis aos contratos de trabalho dos empregados da ré. Soma-se a isso a natureza genérica de virtual provimento condenatório em ação coletiva, consoante o art. 95 do multicitado Código Consumerista, a confirmar que, em caso de procedência e descumprimento da obrigação, a identificação dos trabalhadores prejudicados poderá ocorrer nas fases subsequentes (liquidação/execução). O certo é que eventual falta de Convenção ou Acordo Coletivo nos autos não inviabiliza o julgamento do pedido remanescente.

Assim, alcanço o mérito.

Antes de averiguar a matéria de fundo, propriamente dita, dou por prejudicada a prescrição arguida em contestação, tanto bienal como quinquenal, haja vista o pedido restante produzir efeito tão somente para o futuro.

No mais, em apertada síntese, o *Parquet* vindica a condenação da promovida na obrigação de pagar aos seus empregados o piso normativo previsto nas CCTs que lhes são aplicáveis.

A ré, de início, aduziu que vinha remunerando os trabalhadores com base nas horas efetivamente trabalhadas por mês, em correspondência à jornada variável, e, nas conciliações celebradas nos autos, ficou registrado que o pagamento dos salários vem sendo realizado na forma da OJ nº. 358 da SDI-1 do Colendo TST (proporcional à jornada reduzida).

Pois bem, considerando o longo tempo de tramitação do processo e a evolução dos fatos desde o seu ajuizamento, é necessário fazer um recorte sobre a abrangência desta ação civil pública.



Primeiramente, tenho que o pedido em apreço, alusivo ao piso salarial, não se refere ao contrato de trabalho intermitente instituído no ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 13.467/2017. Afinal, a citada modalidade contratual não existia quando do ajuizamento da ação, de modo que sua causa de pedir e pedido não poderiam abrangê-la. Perceba-se, outrossim, que tal espécie de avença somente veio a ser mencionada nestes autos na proposta de conciliação de fls. 3780/3783 (nova redação da cláusula 1ª da conciliação originária), circunstância a confirmar que o contrato intermitente não foi objeto da insurgência veiculada na peça atrial. Em outros termos, a presente sentença não produzirá efeitos sobre eventuais contratos de trabalho intermitente que venham a ser pactuados pela ré.

Também importa ressaltar, previamente, que o pleito de pagamento do mínimo salarial não restou prejudicado pelo fato de a conciliação ter previsto a não adoção da jornada móvel variável.

A uma, o pedido deve ser apreciado à luz dos fatos que o *Parquet* apurou e relatou na petição inicial, nada obstante o reconhecimento de que as relações de trato sucessivo trazem novidades que merecem ser consideradas no instante do julgamento. A duas, não se pode olvidar a hipótese de futuro inadimplemento da conciliação em algum dos inúmeros estabelecimentos da empresa ré, possibilidade tão concreta que as partes acertaram o pagamento de R\$ 7.000.000,00 (sete milhões de reais) para por fim às discussões sobre o descumprimento da conciliação originária até fevereiro de 2017.

Analiso o pedido, portanto, sob a perspectiva da jornada móvel variável denunciada no libelo, mas também sob a ótica da OJ nº 358 da SDI-1 do TST, visto que a cláusula 2ª da derradeira conciliação informa que os pagamentos estão sendo efetuados de acordo com o citado verbete.

Quanto ao mais, das provas colhidas nos autos, tenho que assiste razão ao MPT.

Os diversos contratos de trabalho cujas cópias repousam nos autos (*verbi gratia* fls. 149/153 do 6º Volume em apartado e fls. 30/101 do Volume 4-Anexo 2 do Inquérito Civil que instrui o processo, também em apartado) são padronizados e contêm regramento sobre a jornada e a remuneração, conforme os trechos a seguir reproduzidos:

"CLÁUSULA II

A duração normal semanal do trabalho do(a) CONTRATADO(A) será móvel e variável, mas não terá duração superior ao limite de 44 (quarenta e quatro) horas, nem inferior ao mínimo de 8 (oito) horas, devendo ser ajustada de comum acordo entre as partes, com pelo menos 10 (dez) dias de antecedência do início de cada semana, observados sempre os limites mínimos legais de 11 (onze) horas consecutivas de descanso entre uma jornada e outra de trabalho e o descanso de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas por semana de trabalho, tudo em consonância com a disponibilidade do(a) CONTRATADO(A), visando principalmente adequar seu horário de trabalho a outras atividades, como lazer, estudos ou mesmo outra atividade profissional.



PARÁGRAFO PRIMEIRO

Em nenhuma hipótese as horas trabalhadas até o limite normal diário de 8 (oito) horas serão computadas e pagas como horas extraordinárias e como tal remuneradas. Somente as horas de trabalho que excederem à oitava diária ou à quadragésima quarta semanal, ou aquelas laboradas em dias feriados ou domingos, sem concessão de folga compensatória, serão computadas e pagas como extraordinárias, com os acréscimos devidos.

PARÁGRAFO SEGUNDO

A jornada de trabalho poderá ser ajustada em qualquer horário, tanto diurno quanto noturno ou misto, respeitada a vedação existente na legislação quanto ao trabalho dos menores de dezoito anos em horário noturno.

PARÁGRAFO TERCEIRO

Após as 2 (duas) primeiras horas de trabalho diário, o(a) CONTRATADO(A), caso seja de seu interesse e desde que os serviços assim o permitam, poderá encerrar sua jornada de trabalho antes do horário previamente ajustado, mediante requerimento feito por escrito à CONTRATANTE e sua autorização expressa, mas sem direito da remuneração das horas não trabalhadas.

(...)

CLÁUSULA V

O salário do(a) CONTRATADO(A), discriminado no campo "REMUNERAÇÃO" desta contrato, será pago mensalmente, até o 5º dia útil do mês posterior ao mês vencido.

PARÁGRAFO PRIMEIRO

Trabalhando em dias variados e jornadas diárias também variadas, o(a) CONTRATADO(A) só fará jus ao salário correspondente à carga horária mensal efetivamente cumprida.

(...)"

Essas normas contratuais são cláusulas de adesão, porque repetidas em todos os contratos de trabalho dos empregados da promovida, sem que os trabalhadores pudessem negociar os seus termos.

De logo se percebe a vinculação abusiva dos empregados, pois o empregador tem a prerrogativa de lhes exigir 08 horas de trabalho por dia ou 44 horas semanais, em jornada desconhecida, haja vista a disposição contratual de que o trabalho poderia acontecer em qualquer horário, seja diurno, noturno ou misto.

O teor dos instrumentos em exame mantém os empregados da ré à disposição para cumprir a jornada integral, contudo sem saber quantas horas serão efetivamente prestadas e qual remuneração será recebida. Os contratos atrelam empregados da acionada à previsão de que a empresa poderia lhes exigir 08 horas/dia e 44 horas/semana, pois somente são consideradas extraordinárias aquelas excedentes a esses limites, contudo sem previsibilidade dos futuros dias e horas de trabalho e do salário correspondente.

Demais disso, consoante o farto acervo probatório trazido à baila, a diminuição das horas de trabalho estava ao talante da empresa.



Apesar de haver cláusula no sentido de que as jornadas seriam objeto de ajuste entre as partes, na verdade os depoimentos apresentados pelo MPT, não desconstituídos por contraprova, demonstram que esse controle pertencia apenas ao empregador, pois os gerentes dos estabelecimentos determinavam as escalas de serviço que seus subordinados deveriam praticar, havendo tão somente a comunicação aos operários dos futuros dias e horas a trabalhar.

Com efeito, os registros de ponto e as escalas coligidas pelo *Parquet*, documentos também não elididos por outros elementos de convicção, reforçam os depoimentos contidos nos autos, no sentido de que as jornadas eram elaboradas de maneira prévia e unilateral pelos gestores das unidades da empresa, sem que os trabalhadores obtivessem ciência com antecedência.

Não é razoável crer que o empregado negue o cumprimento da jornada transmitida por seu superior hierárquico, o que configurava verdadeira ordem aos subordinados.

Nesse contexto, como bem salientado pela parte autora, os contratos de trabalho garantiam à demandada o *melhor dos mundos*, porque poderia exigir dos empregados o cumprimento de 08 horas diárias e 44 horas semanais sem configuração de sobrelabor, mas com pagamento apenas pelas horas efetivamente prestadas, de acordo com convocações que atendem aos interesses da empresa, conforme os dias ou períodos de maior ou menor demanda nos restaurantes.

Já para os trabalhadores, ao revés da pretensa justificativa contida ao final do *caput* da Cláusula II, alhures transcrita, resulta inviável qualquer programação de vida, como exercer outra atividade profissional, estudar ou mesmo o lazer, porquanto não conhecem previamente quais os dias de trabalho nas semanas ou meses seguintes, quantas horas por dia ou o turno de trabalho, se durante o dia, noite ou em horário misto (Parágrafo Segundo da Cláusula II).

À jornada de móvel variável é pertinente acrescentar mais uma qualificação: incerta ou desconhecida.

A vinculação dos empregados à possibilidade de convocação para trabalhar 08 horas por dia e 44 horas por semana, sem configurar serviço extraordinário, mas apenas auferindo remuneração pelas horas efetivamente mourejadas, caracteriza a abusividade da previsão contratual materializada pela empresa.

Outrossim, afronta elemento nuclear do contrato de trabalho, a comutatividade, pelo qual as obrigações devidas pelos contratantes são certas e determináveis, de maneira que as partes têm condições de previamente as avaliar e conhecer.

Diante dessas irregularidades, aplico os arts. 4º e 9º da CLT para considerar, de um lado, que os trabalhadores estavam à disposição do



empregador aguardando a ordem de comparecimento ao trabalho e, de outra banda, nula a estipulação contratual de pagamento de salário variável e incerto.

E mesmo sob a ótica do direito comum, fonte subsidiária do Direito Trabalhista (art. 8º da CLT), a jornada móvel variável e o respectivo salário não se sustenta ante o Código Civil pátrio, por caracterizar a sujeição dos trabalhadores a verdadeiro arbítrio do empregador.

Nesta direção dispõe o art. 122 do citado *Codex*:

"Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitem ao puro arbítrio de uma das partes."

In casu, o efeito *pagamento* das horas de trabalho se subordina a uma jornada futura e incerta para o empregado, determinada livremente pelo empregador, verdadeiro excesso do poder diretivo.

Também nos arts. 421, 422, 423 e 424 o Digesto Civil enuncia que a liberdade de contratar não é absoluta, posto que deve ser exercida "*em razão e nos limites da função social do contrato*", os contratantes sendo obrigados a guardar "*os princípios de probidade e boa-fé*", adotando-se "*interpretação mais favorável ao aderente*", quando houve no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, espécie contratual em que são consideradas "*nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio*".

Convém destacar, ainda, o disposto no art. 489 do Código Civil, segundo o qual "*Nulo é o contrato de compra e venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a fixação do preço*".

Todas essas restrições se amoldam ao caso vertente.

O Direito Civil é o berço da teoria dos contratos e fornece os alicerces com arrimo nos quais houve a derivação para ser criado o ramo especializado nas relações de trabalho subordinado.

De modo geral, o direito comum exige a boa-fé das partes, impõe a observância da função social do contrato e veda a prevalência absoluta da vontade de um dos contraentes em desfavor do outro, especialmente (mas não só) nos contratos de adesão.

Como visto em linhas transatas, o contrato de trabalho adotado pela requerida é padronizado e tem caráter de adesão, bem ainda eleva a empresa a um patamar que alcança a arbitrariedade, relegando o empregado a um estado de sujeição no tocante ao cumprimento de jornada desconhecida e ao recebimento da remuneração correspondente apenas às horas prestadas, desconsiderando o tempo à disposição da empresa.

Além do Direito Civil, em sentido estrito, o Direito do Consumidor igualmente serve de fonte para o Direito do Trabalho, mormente porque



ambos possuem forte sintonia, na medida em que regulam relações desiguais, marcadas, de regra, pela hipossuficiência do consumidor e do trabalhador.

Neste caminho o art. 6º do CDC enuncia:

"Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012)

IV - **a proteção** contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, **bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;**

V - **a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;**

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX - (Vetado);

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral."

(Destques acrescentados)

O art. 39, incisos V e XII, do mencionado Código, relaciona como práticas abusivas "*exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva*" e "*deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério*".

O pagamento de salário abaixo do mínimo legal como contrapartida de jornada incerta, fixada a exclusivo critério do empregador, se insere na ideia de vantagem manifestamente excessiva do empregador e arbítrio, ações vedadas pela norma consumerista.

De seu turno, o art. 51 do CDC norteia as cláusulas contratuais que devem ser reputadas nulas:

"Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO DA 6ª REGIÃO
11ª VARA DO TRABALHO DE RECIFE – PE

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - **estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;**

V - (Vetado);

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

IX - **deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;**

X - **permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;**

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

XIII - **autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;**

XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

XV - **estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;**

XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

§ 1º **Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:**

I - **ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;**

II - **restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;**

III - **se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.**

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

§ 3º (Vetado).

§ 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes."

(Grifei)



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO DA 6ª REGIÃO
11ª VARA DO TRABALHO DE RECIFE - PE

Percebe-se, mais uma vez, a preocupação do legislador em preservar a boa-fé e o equilíbrio do contrato, assim como resguardar os interesses do hipossuficiente.

Consoante pontuado neste *decisum*, o contrato de trabalho é comutativo por essência, ou seja, as prestações devidas pelos contratantes guardam equivalência, são certas e determináveis, de maneira que as partes podem antevê-las.

Portanto, também sob o olhar do direito consumerista, a prática combatida na exordial se desvela ilegal, porque o contrato de trabalho permite ao empregador, unilateralmente, determinar e modificar a jornada de trabalho e a remuneração do empregado, inclusive para menos que o mínimo legal/convencional, colocando-o em posição de extrema desvantagem e comprometendo a equidade, a proporcionalidade e o equilíbrio contratual.

Destarte, com fundamento em exegese sistêmica, teleológica e finalista do Direito do Trabalho, do Direito Civil e do Direito do Consumidor, concluo pela invalidade do pagamento de salário abaixo do mínimo legal/normativo como contrapartida da uma jornada móvel.

Em ação com idêntico objeto, o Egrégio Sexto Regional se pronunciou pela invalidade da remuneração correspondente à jornada móvel variável, nos moldes do acórdão a seguir transcrito, que também incorporo *permissa venia* como razão de decidir:

"Proc. nº TRT - 0000304-28.2013.5.06.0009

Órgão Julgador : 1ª Turma

Relator : Desembargador Ivan de Souza Valença Alves

Recorrente : Ministério Público do Trabalho

Recorrido : Maralco Comércio de Alimentos Ltda.

Advogados : Leonardo Osório Mendonça (Procurador do Trabalho) e Mauro Fonseca Guimarães e Souza

Procedência : 9ª Vara do Trabalho do Recife-PE

EMENTA: DA JORNADA MÓVEL VARIÁVEL - DO PAGAMENTO DE SALÁRIO PROPORCIONAL ÀS HORAS TRABALHADAS - SALÁRIO INFERIOR AO MÍNIMO LEGAL - INVALIDADE - No labor sob o regime da jornada móvel e variável, os empregados não têm a garantia de percepção do salário mínimo legal, haja vista receberem apenas pelas horas trabalhadas, ainda que permaneçam à disposição do empregador por, no mínimo, 44 horas semanais. Determinar que o trabalho seja desempenhado em qualquer horário, tanto diurno quanto noturno ou mesmo misto, é impossibilitar que a pessoa humana possa se programar em relação a sua família ou mesmo se programar para os estudos. E mais, impossibilita o trabalhador de programar a sua vida, ferindo, ainda, o Princípio da Estabilidade Financeira que deve assistir ao trabalhador. Recurso provido.

Vistos etc.

Recorre ordinariamente o MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO em razão da decisão do MM. Juízo da 9ª Vara do Trabalho do Recife-PE, às fls. 164/167, que julgou improcedente



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO DA 6ª REGIÃO
11ª VARA DO TRABALHO DE RECIFE – PE

a reclamação trabalhista em que litiga em face de MARALCO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.

Em suas razões de fls. 170/180, o recorrente rebela-se contra a decisão de primeiro grau, alegando que a presente questão não se trata de mera ilegalidade da situação, mas sim de inconstitucionalidade de todos os institutos que autorizam o pagamento de salários inferiores ao piso mínimo nacional estabelecido em lei. Sustenta que nenhum trabalhador pode receber menos que o salário mínimo, pois este tem que atender às suas necessidades básicas e às de sua família. Aduz que a OJ nº 358 viola o artigo 7º, IV da CF/88, pois reconhecer que um trabalhador possa receber menos que o salário mínimo significa negar acesso a algum bem capaz de atender às suas necessidades básicas mais simples. Requer, assim, que a reforma da sentença de primeira instância, para que a presente Ação Civil Pública seja julgada procedente.

Contrarrazões pelo requerido às fls. 187/206.

É O RELATÓRIO.

VOTO:

Da análise dos autos, verifico que o cerne da questão é saber se é legal ou não o pagamento de salário proporcional às horas trabalhadas, em razão da adoção, pela empresa, da jornada móvel variável. E mais. Se é constitucional ou não, quando o pagamento resulta em pagamento de salário inferior ao mínimo legal.

De acordo com o relatório acima, para o Ministério Público do Trabalho a alegada “jornada móvel variável” resulta em inegável prejuízo ao trabalhador, já que o mesmo apesar de ficar à disposição do empregador recebe salário proporcional às horas trabalhadas e inferior ao mínimo legal, o que seria vedado pelo próprio texto constitucional.

Tanto em sua defesa, quanto em suas contrarrazões, o requerido afirma ser válida e legal a jornada de trabalho por ele praticada, afirmando, ainda, que não há qualquer dispositivo legal ou constitucional vedando a jornada móvel e variável.

Razão assiste ao recorrente.

Inicialmente, deve ser registrado que a jornada móvel e variável tratar-se de uma jornada aleatória, podendo ser realizada em qualquer período do dia ou da noite, ou mesmo em ambos. Não há qualquer garantia de que o trabalhador aufera o salário mínimo legal, recebendo somente pelas horas efetivamente laboradas e que serão fixadas dentro de um curto prazo que antecede a semana de trabalho. O empregado deve ficar à disposição do empregador, no mínimo, quarenta e quatro horas semanais.

Em que pese se inserir no âmbito do poder do empregador a possibilidade de contratar seus empregados para cumprirem jornada reduzida, o fato é que a jornada móvel variável praticada pela empresa não se assemelha ao trabalho em regime de tempo parcial autorizado pelo art. 58-A da CLT e tampouco se adequa à hipótese a que alude a OJ n. 358 da SDI-1 do TST.

Ora, no contrato em regime de tempo parcial a duração da jornada não pode exceder 25 horas semanais, sendo proibida a realização de horas extras, consoante art. 59, § 4º, da CLT. O entendimento consagrado na OJ 358, por sua vez, autoriza o pagamento do piso salarial ou do salário mínimo proporcionalmente ao tempo trabalhado, desde que a contratação se dê para cumprimento de jornada reduzida, inferior à previsão constitucional de oito horas diárias ou quarenta e quatro horas semanais.

No caso dos presentes autos, observa-se que sob o regime da jornada móvel e variável, os empregados do requerido não têm a garantia de percepção do salário mínimo legal, haja vista receberem apenas pelas horas trabalhadas, ainda que permaneçam à disposição do



empregador por, no mínimo, 44 horas semanais, conforme comprovam os documentos de fls. 151/154.

Na verdade, os empregados ficam submetidos a jornadas aleatórias, que, longe de favorecê-los, prejudica-lhes a convivência social e familiar, bem como a realização de outras atividades, inclusive o estudo, além de retirar-lhes a possibilidade de planejamento financeiro, conquanto nunca sabem quanto vão auferir no mês, haja vista a indeterminação da jornada, cujo pagamento, repita-se, é feito em razão das horas trabalhadas. Isto porque os horários de trabalho são impostos pela empresa, tratando-se de sistema que visa excluir do cálculo da jornada todo e qualquer lapso temporal que não consista em direta transferência da força de trabalho em benefício do empregador, apesar de, na prática, o empregado ficar à disposição pelo menos 44 horas semanais.

Deve ser destacado que tanto a jornada de trabalho, quanto o salário são cláusulas fundamentais no contrato de trabalho, constitucionalmente demarcadas e que atendem aos princípios da valorização social do trabalho e da cidadania. Porém, o que se percebe do presente caso, é que embora os trabalhadores recebam pagamento mensal proporcional à quantidade de horas trabalhadas, estão submetidos ao arbítrio do empregador quanto à jornada a ser cumprida, que poderia reduzi-la ou aumentá-la, conforme a necessidade do empreendimento.

Em outras palavras, é certo que a Constituição Federal não fixa uma jornada mínima de trabalho, nada impedindo que o trabalhador seja contratado para cumprimento de uma jornada reduzida. Ocorre que o nosso ordenamento jurídico vigente não autoriza que o sistema de horário transfira para o trabalhador os riscos do empreendimento econômico, e que traz evidente prejuízo para o seu convívio familiar e social.

Ou seja, a empresa transfere o risco do negócio para os empregados, pois estes são dispensados dos seus serviços nos períodos de menor movimento, sem nenhum ônus, e os convoca para trabalhar nos períodos de maior movimento sem qualquer acréscimo nas suas despesas.

O próprio C. TST já se posicionou neste sentido. Vejamos a jurisprudência abaixo:

“RECURSO DE REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. JORNADA MÓVEL E VARIÁVEL. INVALIDADE. Entende-se pela invalidade de cláusula prevista em contrato de trabalho que fixa jornada móvel e variável porque prejudicial ao trabalhador, pois, embora não exista vedação expressa sobre a prática adotada pela requerida, percebe-se que a contratação efetivada visa a que o trabalhador fique sujeito a ato imperativo do empregador que pode desfrutar do labor de seus empregados quando bem entender, em qualquer horário do dia, pagando o mínimo possível para auferir maiores lucros. Esta prática, contratação na qual os trabalhadores ficam à disposição da empresa durante 44 horas semanais, em que pese esta possa utilizar-se de sua força laborativa por apenas 8 horas semanais, na medida de suas necessidades, é ilegal, porquanto a empresa transfere o risco do negócio para os empregados, os quais são dispensados dos seus serviços nos períodos de menor movimento sem nenhum ônus e os convoca para trabalhar nos períodos de maior movimento sem qualquer acréscimo nas suas despesas. Entender o contrário implicaria desconsiderar as disposições contidas nos artigos 4º, caput, e 9º da CLT, que disciplinam o tempo à disposição do empregador e nulificam os atos praticados com o objetivo de desvirtuar ou fraudar os dispositivos regulamentadores da CLT. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST, RR 9891900-16.2005.5.09.0004, Ministra Relatora Dora Maria da Costa, julgamento em 23-02-2011, DJe 25-02-2011)

Como dito anteriormente, determinar que o trabalho seja desempenhado em qualquer horário, tanto diurno quanto noturno ou mesmo misto, é impossibilitar que a pessoa



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO DA 6ª REGIÃO
11ª VARA DO TRABALHO DE RECIFE – PE

humana possa se programar em relação a sua família ou mesmo se programar para os estudos. E mais, impossibilita o trabalhador de programar a sua vida, ferindo, ainda, o Princípio da Estabilidade Financeira que deve assistir ao trabalhador.

Importante frisar, ainda, que este tipo de jornada e consequente pagamento de salário proporcional, visa a que o trabalhador fique sujeito a ato imperativo do empregador que pode desfrutar do labor de seus empregados quando bem entender, em qualquer horário do dia, pagando o mínimo possível para auferir maiores lucros.

Questão semelhante foi apreciada por este Egrégio Sexto Regional, quando do julgamento do recurso ordinário nº 0000451-70.2012.5.06.0015, cuja Relatora foi a desembargadora Dra. Eneida Melo Correia de Araújo, a qual peço vênia para transcrever parte de sua fundamentação:

“Diferença salarial e seus consectários - contratação por tempo parcial.

Rebela-se a Reclamada contra a condenação relativa às diferenças salariais e seus consectários, ao argumento de que a Reclamante foi contratada em regime de tempo parcial, para exercer a função de Atendente de Lanchonete, recebendo, por conseguinte, por hora trabalhada

No particular, aduz que tanto a legislação vigente quanto as normas coletivas da categoria obreira autorizam a contratação em regime de tempo parcial, com o pagamento pelo tempo trabalhado, conforme razões expostas nas linhas transatas.

A pretensão recursal não pode prosperar.

Sobre a matéria em análise, a MM. Vara do Trabalho deferiu a diferença salarial postulada pela Obreira, perfilhando os seguintes fundamentos:

DIFERENÇAS SALARIAIS

A reclamante informa que foi contratada para receber por hora trabalhada, com jornada móvel, mas que nunca cumpriu jornada de oito horas, tendo sempre recebido abaixo do piso salarial de sua categoria. Requer, por tais fatos, diferenças salariais com base no piso da categoria.

A reclamada aduz que tal forma de remuneração foi devidamente pactuada entre as parte, sendo prevista em normas coletivas e na OJ 358 da SDI-I do TST.

Pois bem.

O critério para pagamento do salário, de acordo com a jornada efetivamente laborada (cláusulas V e seus parágrafos - documento de fls. 55/58)), não possui validade, eis que resulta em prejuízo ao demandante.

Através daquela cláusula, a ré determinou que o empregado laboraria em jornada móvel e variável, recebendo apenas aquelas trabalhadas, ou seja, ficava ao livre arbítrio do empregador as horas a serem laboradas no dia. Caso precisasse do trabalho em apenas duas horas, em determinado dia, pagaria apenas as duas horas, dispensando o empregado do restante da jornada. Estabeleceu que pagaria aquele mínimo inobstante estar o empregado a resguardar oito horas daquele dia para, eventualmente, trabalhar para a empresa. Tal determinação, evidentemente, somente trouxe benefícios à empresa, pois visou apenas atender às suas necessidades empresariais, sem levar em conta a situação do empregado, o que é inaceitável.

É certo que nada impede que o empregado seja contratado para trabalhar em jornada inferior ao limite legal, recebendo proporcionalmente ao piso



da categoria profissional, ou do salário mínimo, conforme a hipótese. O empregado, todavia, deve estar ciente de qual é sua jornada diária para, inclusive, saber a quanto corresponde o seu salário mensal, bem como para que possa programar a sua vida. Da forma como procedeu a empresa, o empregado sabia que poderia trabalhar até oito horas no dia, não podendo estabelecer qualquer outra atividade naquele horário. Apesar disso, não poderia saber quanto receberia no mês, pois somente receberia as horas em que efetivamente prestasse serviço, garantindo-se o mínimo de duas horas diárias.

O benefício, desta forma, era único e exclusivo da reclamada, que sabia poder contar com o empregado durante toda a jornada diária de oito horas ou mais, se precisasse que este realizasse horas extras, pagando apenas as horas trabalhadas. Nos dias de pouco movimento, a reclamante trabalharia poucas horas, e a empresa não pagaria pelo tempo em que a empregada, inobstante não trabalhar, era obrigada a reservar do seu dia para disponibilidade da empresa.

A fixação da jornada, assim, ainda que fosse proporcional e inferior ao limite legal, o que é perfeitamente possível, deveria atender às exigências de ambas as partes, com método fixo e não de forma aleatória, como fez a empresa, preocupada apenas em diminuir seus custos operacionais.

Em que pese os argumentos da defesa, tenho que esse tipo de cláusula contratual ou cláusula negocial coletiva não tem eficácia, pois infringe princípios básicos de proteção ao trabalhador e a própria dignidade da pessoa humana, ficando o empregado sujeito apenas e tão-somente à vontade de seu empregador, sem a menor segurança quanto aos aspectos mínimos e formais da relação contratual.

Do contrário, seria o mesmo que aceitar que o risco da atividade econômica fosse transferido para o empregado.

Assim sendo, julgo procedente a pretensão de diferenças salariais entre o valor efetivamente recebido e o piso salarial da categoria, conforme convenções coletivas carreadas aos autos (fls. 100/130). São devidos, ainda, os reflexos das diferenças salariais em 13º salários, férias acrescidas de 1/3, FGTS.

Observe-se que não há o seu reflexo em DSR, por se tratar de empregado mensalista.

Os valores devidos a título de FGTS deverão ser depositados na conta vinculada da autora, tendo em vista que a forma de extinção contratual foi por pedido de demissão.

Correta a condenação imposta à Reclamada.

A jornada de labor e o salário são cláusulas fundamentais no contrato de trabalho, constitucionalmente demarcadas e que atendem aos princípios da valorização social do trabalho e da cidadania.

A norma constitucional insculpida no art. 7º, incisos IV, V e XIII, no que diz respeito à possibilidade do pagamento do salário mínimo concernente ao piso da categoria, proporcional à duração do trabalho, necessita de expressa previsão em instrumento normativo ou no contrato de trabalho.

Consoante pode ser observado da análise das disposições convencionais e contratuais restou patente que a Empregada, embora recebesse pagamento mensal proporcional à quantidade de horas trabalhadas, estava submetida ao arbítrio da Empregadora quanto à jornada a ser



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO DA 6ª REGIÃO
11ª VARA DO TRABALHO DE RECIFE – PE

cumprida, que poderia reduzi-la ou aumentá-la, conforme a necessidade do empreendimento.

Assim, embora a lei não proíba a pactuação em salário por hora trabalhada, não pode o empregador exigir contratualmente que o empregado fique à sua disposição para prestar-lhe serviços em jornada móvel e variável, ditada de forma dúbia, atendendo apenas ao interesse da empresa. Deve, portanto, a jornada ser pré-fixada, a fim de possibilitar às partes o conhecimento da extensão dos direitos e obrigações recíprocos.

Deste modo, incensurável a Decisão singular, por meio da qual é assegurado à Trabalhadora as diferenças salariais e seus consectários.

Nesse sentido, a jurisprudência:

EMENTA. EMPREGADO HORISTA. JORNADA MÓVEL E VARIÁVEL. LIMITE SEMANAL DE 44 HORAS. SALÁRIO. BASE DE CÁLCULO. Malgrado não haja vedação legal à fixação de jornada móvel e variável dentro do limite de 44 horas semanais, a remuneração será alcançada quando o valor do salário-hora for igual ou superior a um duzentos e vinte avos, quando ressaí dos autos que o empregado ficava à disposição do empregador por 44 horas semanais. 2. Recurso ordinário conhecido e desprovido. (TRT 10ª Região. 00223-2008-013-10-00-4 ROPS. Relator: Desembargador Brasilino Santos Ramos. Publicado em 29/08/2008 no DEJT)

Esclareço, finalmente, que o julgado recorrido não viola qualquer dos dispositivos constitucionais, infraconstitucionais e jurisprudencial a que se referiu a Recorrente, sem necessidade de menção expressa a cada um deles, a teor da Orientação Jurisprudencial nº. 118, da SDI-I, do C. TST.”

Portanto, não há como manter o julgado de primeiro grau.

CONCLUSÃO:

Ante o exposto, dou provimento à presente Ação Civil Pública, para determinar que o requerido pague aos seus empregados o piso normativo estabelecido nas convenções coletivas, ou o salário mínimo vigente.

ACORDAM os Desembargadores da Primeira Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, por unanimidade, dar provimento à presente Ação Civil Pública, para determinar que o requerido pague aos seus empregados o piso normativo estabelecido nas convenções coletivas ou o salário mínimo vigente.

Recife, 28 de novembro de 2013.

Firmado por assinatura digital

Ivan de Souza Valença Alves

Desembargador Relator”

No que toca à OJ nº. 358 da SDI-1 do Colendo TST, houve reconhecida a legalidade de pagamento do piso salarial ou do salário mínimo proporcional ao tempo trabalhado quando do cumprimento de jornada inferior a 08 diárias ou 44 semanais.

A Orientação, contudo, não autoriza a implementação de jornada móvel e salário desconhecido ou imprevisível, de maneira que a jornada reduzida, a autorizar o pagamento proporcional do salário, há de ser fixa.



Logo, reconheço tão somente a licitude do pagamento do piso normativo ou do salário mínimo proporcional à jornada reduzida fixa.

São as razões pelas quais julgo o pedido procedente, em definitivo, e condeno a demandada a pagar aos seus empregados o piso normativo ou o salário mínimo legal, mediante inclusão do montante adequado em folha mensal de pagamento, ressalvadas: (a) a inaplicabilidade da presente condenação ao contrato de trabalho intermitente instituído no ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 13.467/20170; (b) a possibilidade de pagamento de salário proporcional ao tempo trabalhado quando o empregado cumpre jornada reduzida fixa inferior a 08 diárias ou 44 semanais.

Também acolho a estimativa do pedido para multa cominatória, porque razoável e proporcional, levando em conta a capacidade da empresa ré e o contexto dos autos.

A obrigação, por conseguinte, deverá ser cumprida sob pena de incidência de multa mensal de R\$ 3.000,00 (três mil reais) por trabalhador encontrado em situação irregular.

Para tanto, deverão ser observados os valores previstos nas Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho aplicáveis aos contratos de trabalho, consoante as respectivas bases territoriais e vigências e, na falta, o salário mínimo legal.

3. DISPOSITIVO

Frente a todo o exposto, e considerando o mais que dos autos consta, DECIDO:

1. Determinar que a presente sentença tem abrangência e produz efeito em todo o território nacional, consoante o art. 93 do Código de Defesa do Consumidor e a OJ nº. 130 da SDI-2 do TST;
2. Não aplicar a Lei nº. 13.467/17 no que toca às regras de sucumbência;
3. Ordenar a intimação ao MPT mediante remessa dos autos e ao réu e assistentes através dos respectivos advogados indicados no caderno processual;
4. Homologar a conciliação proposta às fls. 3780/3783, na forma do art. 487, inciso III, alínea "b", do CPC, combinado com o art. 831, parágrafo único, da CLT.
5. Homologar a desistência ao pedido de letra "a" do aditamento à petição inicial (fl. 569) e decretar sua extinção, nos termos do art. 485, inciso VIII, do CPC;



6. Quanto ao pleito remanescente, alusivo ao pagamento do salário aos empregados da parte ré:

6.1. Não acolher as demais questões preliminares suscitadas nos autos;

6.2. Considerar prejudicada a prescrição arguida;

6.3. Julgar PROCEDENTE a postulação do MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO - MPT em face de ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA., para, em definitivo, condenar a demandada a cumprir a obrigação de pagar aos seus empregados o piso normativo ou o salário mínimo legal, mediante inclusão do montante adequado em folha mensal de pagamento, ressalvadas (i) a inaplicabilidade da presente condenação ao contrato de trabalho intermitente (arts. 443 e 452-A da CLT, na redação da Lei nº. 13.467/2017) e (ii) a possibilidade de pagamento do piso normativo ou salário mínimo legal proporcional ao tempo trabalhado quando o empregado pratica jornada reduzida fixa inferior a 08 diárias ou 44 semanais;

6.4. Fixar a multa mensal de R\$ 3.000,00 (três mil reais) por trabalhador encontrado em situação irregular, no caso de descumprimento.

No que toca às custas, à luz do art. 789 da CLT (redação anterior à Lei nº 13.467/2017), arbitro: (a) em face da conciliação homologada, o valor de R\$ 140.000,00 (cento e quarenta mil reais), com base na respectiva obrigação de pagar, R\$ 7.000.000,00 (sete milhões de reais); (b) em razão do provimento condenatório, desprovido de conteúdo pecuniário imediato, o valor mínimo e razoável, no contexto dos autos, de R\$ 10,64 (dez reais e sessenta e quatro centavos). A empresa demandada é condenada a pagar os valores das custas, no total de R\$ 140.010,64 (cento e quarenta mil e dez reais e sessenta e quatro centavos), em virtude da conciliação homologada e por haver sucumbido no pedido remanescente.

Tudo consoante a Fundamentação supra, que passa a integrar este dispositivo como se nele estivesse transcrita.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se as partes e assistentes.

CUMPRA-SE.

Recife, 13 de setembro de 2018.

GUSTAVO AUGUSTO PIRES DE OLIVEIRA
Juiz do Trabalho Titular