



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO

PROCESSO nº 0010454-06.2018.5.03.0097 (ROPS)

RECORRENTE: MARCOS TEIXEIRA OLEGÁRIO

RECORRIDO: MAGAZINE LUIZA S/A

RELATOR: JOSÉ EDUARDO DE RESENDE CHAVES JÚNIOR

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em sessão ordinária da Primeira Turma, hoje realizada, preliminarmente, à unanimidade, **conheceu do recurso do reclamante**, porque próprio, tempestivo e preenchidos os demais pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade; **no mérito, sem divergência, deu-lhe provimento parcial** para determinar que os honorários advocatícios sucumbenciais atribuídos ao reclamante beneficiário da justiça gratuita ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade pelo prazo de 02 (dois) anos, nos termos do parágrafo 4º do artigo 791-A, da CLT, até que se prove o contrário quanto à situação de pobreza do autor que deu ensejo à concessão da justiça gratuita, sendo que, transcorrido tal interstício, declara-se desde já extinta a obrigação, bem como para declarar a nulidade da contratação do reclamante pelo regime intermitente e condenar a reclamada a: a) diferenças salariais durante todo o período contratual, considerando o salário mensal do autor como sendo de R\$1.375,00 (um mil, trezentos e setenta e cinco reais); b) aviso prévio de 30 dias, com reflexos em férias + 1/3, 13º salário, horas extras e FGTS + 40%; c) retificação da CTPS do

autor para fazer constar a data de saída, incluindo a projeção do aviso prévio, como sendo em 28/03/2018, assim como o real salário; d) 13º salário proporcional; e) férias proporcionais + 1/3; f) depósito do FGTS referente aos meses de novembro/17, dezembro/17, janeiro/18 e fevereiro/18, a serem calculados com base no salário deferido; g) multa de 40% do FGTS; h) fornecer ao reclamante a chave de conectividade e as guias TRCT, no código R12, e CD/SD, no prazo de 15 dias contados do trânsito em julgado da presente decisão, sob pena de multa de R\$100,00 (cem reais) por dia, devendo ainda os réus arcar com indenização substitutiva do seguro-desemprego, na hipótese de não recebimento por culpa do empregador, bem como responder pela integralidade dos depósitos de FGTS. Tudo como se apurar em liquidação, autorizada a dedução dos valores já pagos a idêntico título. **Atribuiu à condenação o valor de R\$8.000,00 (oito mil reais)**, com custas, pela reclamada, no importe de R\$160,00 (cento e sessenta reais), invertidos que ficam os ônus da sucumbência. **São os fundamentos: NULIDADE DA CONTRATAÇÃO NA MODALIDADE INTERMITENTE.** O reclamante alega que foi contratado na função de assistente de loja, com data de admissão em 21/11/2017 e dispensa imotivada em 26/02/2018, pela modalidade de regime intermitente, introduzida pela Lei 13.467/2017. Pleiteia seja declarada a nulidade da contratação por regime intermitente, por ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho. Requer a condenação da reclamada ao pagamento de salário de todo o período contratual, 13º salário proporcional, férias acrescidas do terço constitucional, aviso prévio indenizado e reflexos, recolhimento de FGTS durante todo período laborado e multa rescisória de 40%, devendo ser deduzidas as parcelas já pagas a idêntico título. O d. Juízo a quo indeferiu o pleito por considerar que a prestação de serviços se deu na vigência da Lei 13.467/2017, com redação da Medida Provisória 808, motivo pelo qual considerou o contrato plenamente legal e possível, não violando os princípios da dignidade da pessoa humana e nem da vedação ao retrocesso social. Decidiu ainda que ficou assegurado o pagamento de valor hora em consonância com o salário mínimo em vigor. Ao exame. O contrato de trabalho pelo regime intermitente foi introduzido nos artigos 443 e 452-A da denominada Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017), a qual foi elaborada com o objetivo primordial de simplificar e modernizar as relações de trabalho, sem que, com isso, haja precarização do emprego, como restou amplamente divulgado pela mens legislatoris. A nova lei definiu o contrato de trabalho intermitente como sendo aquele em que "a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria." Diante de tal redação, entende-se o contrato de trabalho intermitente como sendo uma **contratação excepcional, em atividade empresarial descontínua.** Assim sendo, essa modalidade de contrato, por ser atípica e peculiar, assegura aos trabalhadores patamares mínimos de trabalho e remuneração, devendo então ser utilizada somente para situações específicas. In casu, analisando o contrato de trabalho de Id. d140d84, verificou-se que o reclamante foi contratado pela reclamada Magazine Luiza em 21/11/2017 para o cargo de assistente de loja, em atividades típicas, permanentes e **contínuas** da empresa, quais

sejam, recepcionar o cliente na loja, conferir produtos e fazer pacotes, efetuar procedimentos de entrega de produtos adquiridos pelo site, contar, conferir e zelar pelo estoque de produtos da loja, entre outras. Nesse sentido, a Anamatra - Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, por meio de sua Comissão 3, redigiu a tese 28 da 19ª CONAMAT, por meio da qual entende que o regime de caráter intermitente é incompatível com a demanda permanente, contínua ou regular ou para substituir posto de trabalho efetivo. Vejamos: "No caso do contrato de trabalho intermitente: **"é ilícita a contratação para atendimento de demanda permanente**, contínua ou regular de trabalho, dentro do volume normal de atividade da empresa"; é ilegal substituir posto de trabalho efetivo (regular ou permanente) pela contratação do tipo intermitente; não pode o empregador optar por essa modalidade contratual para, sob tal regime, adotar a escala móvel e variável de jornada; acaso contratado na modalidade da intermitência, o trabalhador tem direito subjetivo à convocação, sendo ilícita sua preterição ou a omissão do empregador (Enunciado nº 90 da 2ª Jornada)." Entende-se, portanto, que o trabalho em regime intermitente **é lícito de acordo com a nova legislação**, todavia, deve ser feito somente em caráter excepcional, ante a precarização dos direitos do trabalhador, e para atender demanda intermitente em pequenas empresas, sobretudo, não podendo ser utilizado para suprir demanda de atividade permanente, contínua ou regular. Não é cabível ainda a utilização de contrato intermitente para atender posto de trabalho efetivo dentro da empresa. No caso, como se trata de uma companhia aberta de capital autorizado, cujo objeto social inclui o comércio varejista e atacadista, em geral; importação e exportação de produtos; o acondicionamento e a embalagem de produtos entre outros (atos constitutivos - Id. 4d3d43a), entende-se que as funções exercidas pelo reclamante enquadram-se em atividade permanente e **contínua da empresa**. Do mesmo modo, considera-se que a redação do referido artigo 443, § 3º, da CLT, no sentido de que considera-se trabalho intermitente independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, na realidade se refere à função exercida pelo trabalhador e não ao caráter da atividade em si, termos em que, data maxima venia do entendimento esposado pelo d. juízo de primeiro grau, esta Eg. Turma declarou nula a contratação do reclamante pelo regime intermitente. Reconhecida a nulidade da cláusula contratual relativa à modalidade da prestação de serviços (intermitentes), é despicienda a análise das demais alegações recursais a respeito da matéria. **VALOR DO SALÁRIO**. Quanto às alegações do reclamante de que recebia salário hora inferior ao salário mínimo legal, estas não merecem prosperar, uma vez que o próprio reclamante admitiu em sua exordial (Id. a39a874) que recebia mensalmente R\$1.375,00 (um mil, trezentos e setenta e cinco reais), equivalentes a R\$6,25 (seis reais e vinte e cinco centavos) por hora na jornada mensal de 220 horas, o que nitidamente respeita o salário mínimo legal, o princípio da garantia salarial e o artigo 78 da CLT. Sendo assim, considera-se o valor de R\$1.375,00 (um mil, trezentos e setenta e cinco reais) como sendo o real salário mensal do reclamante, fazendo ele jus às diferenças salariais daí decorrentes, por todo o período laborado. **VERBAS RESCISÓRIAS E FGTS**. Apesar de constar na página 02 do TRCT (Id. f0d6024) como contrato de trabalho por prazo determinado, no próprio contrato de Id. d140d84 não consta termo final pré-fixado e no tópico 21 do referido documento

de TRCT consta como 'Contrato de Trabalho por prazo indeterminado', motivo pelo qual entende-se que o contrato é por prazo indeterminado, que pressupõe a continuidade da relação trabalhista, sendo devida, portanto, a projeção do aviso prévio de 30 dias, a contar da data de dispensa em 26/02/2018. Quanto ao pleito de recolhimento de FGTS por todo o período laborado, ressaltou este d. Colegiado que, à vista do princípio da aptidão para a prova, entende-se que é ônus do empregador a comprovação do correto recolhimento do FGTS. No aspecto, confira-se a seguinte ementa do C. TST: "RECURSO DE REVISTA. DIFERENÇAS NO RECOLHIMENTO DO FGTS. ÔNUS DA PROVA DO RECLAMADO. Esta c. Corte cancelou a Orientação Jurisprudencial 301 da SBDI-1 do c. TST, por concluir que o ônus da prova, nos casos de diferenças de FGTS, será regulado pelo princípio da aptidão para a prova, pois a pretensão resistida em torno da irregularidade dos depósitos do FGTS necessita de confronto com as guias de recolhimento que estão em poder do empregador. À reclamada incumbe o ônus da prova quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, a teor dos arts. 818 da CLT e 333, II, do CPC. Recurso de revista conhecido e provido". (TST - RR: 1973009620095020446197300 - 6.2009.5.02.0446, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 29.05.2013, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07.06.2013). No documento acostado pela reclamada de Id. 45eccee, verifica-se o pagamento de FGTS relativo apenas ao mês da rescisão contratual, não se desincumbindo a reclamada, portanto, de seu encargo probatório quanto aos demais meses da relação trabalhista. São devidas, portanto, as seguintes verbas rescisórias: aviso prévio de 30 dias com os devidos reflexos em 13º salário, férias e FGTS, FGTS + 40%; 13º salário proporcional; férias proporcionais + 1/3; depósito do FGTS referente aos meses de novembro/17, dezembro/17, janeiro/18 e fevereiro/18. A reclamada deve, ainda, fornecer ao reclamante a chave de conectividade e as guias TRCT, no código R12, e CD/SD, no prazo de 15 dias contados do trânsito em julgado da presente decisão, sob pena de multa de R\$100,00 (cem reais) por dia, devendo ainda os réus arcar com indenização substitutiva do seguro-desemprego, na hipótese de não recebimento por culpa do empregador, bem como responder pela integralidade dos depósitos de FGTS. Todas as parcelas deferidas deverão ser apuradas em liquidação, ficando autorizada, desde já, a dedução dos valores comprovadamente pagos sob os mesmos títulos das verbas aqui reconhecidas.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Apesar do d. Juízo a quo ter condenado o reclamante ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais no importe de 5% do valor da causa, nos moldes do artigo 791-A, § 4º, da CLT, cabe ressaltar que a possibilidade de dedução do valor dos honorários advocatícios sucumbenciais de créditos recebidos pelo reclamante, neste ou em outros processos, só poderia ocorrer se comprovado ficar que houve posterior alteração da condição financeira do trabalhador. Note-se que a norma disposta no aludido parágrafo 4º do artigo 791-A da CLT deve receber uma interpretação axiológica-teleológica, com base nos valores predominantes em nossa ordem jurídica, que buscam promover uma sociedade livre, justa e solidária, promovendo o bem de todos e a redução da desigualdade social. Importante ressaltar, ainda, que a 1ª Turma do STF já firmou entendimento no sentido de que a parte beneficiária da Justiça gratuita somente suportaria a despesa com honorários advocatícios caso os

créditos recebidos nos autos alterem a sua condição de miserabilidade, conforme se observa, in verbis: "EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. FGTS. ATUALIZAÇÃO: CORREÇÃO MONETÁRIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO: SUCUMBÊNCIA. (...) 5. Sendo assim, na liquidação se verificará o "quantum" da sucumbência de cada uma das partes e, nessa proporção, se repartirá a responsabilidade por custas e honorários, sempre ressalvada, quando for o caso, a situação dos beneficiários da assistência judiciária gratuita, que só responderão por tais verbas, quando tiverem condições para isso, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060, de 05.02.1950. 6. Enfim, não está demonstrada a sucumbência mínima dos agravantes. 7. Agravo improvido." (RE 341510 AgR/DF - DISTRITO FEDERAL AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES Julgamento: 29/10/2002). Vale acrescentar que a Colenda SDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho já decidiu que a condenação pecuniária a favor do trabalhador em processo trabalhista, por si só, não lhe elide o direito aos benefícios da Justiça gratuita: "EMENTA: RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. JUSTIÇA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE POBREZA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE NÃO ELIDIDA POR PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO. 1. O deferimento da gratuidade da justiça depende de simples declaração de pobreza, a teor do art. 790, § 3º, da CLT e nos moldes da OJ 304/SDI-I/TST ("Atendidos os requisitos da Lei nº 5.584/70 (art. 14, § 2º), para a concessão da assistência judiciária, basta a simples afirmação do declarante ou de seu advogado, na petição inicial, para se considerar configurada a sua situação econômica (art. 4º, § 1º, da Lei nº 7.510/86, que deu nova redação à Lei nº 1.060/50)"). 2. E a referida declaração, apresentada pelo reclamante, goza de presunção relativa de veracidade, não restando elidida, no caso, por prova em sentido contrário. 3. Com efeito, o fato de o reclamante ter percebido valores a título de verbas rescisórias e de indenização em decorrência da adesão a plano de demissão voluntária não é suficiente a demonstrar que o mesmo está em situação econômica que lhe permite demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família." (E-RR - 11237-87.2014.5.18.0010, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 02/02/2017, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 10/03/2017). Por conseguinte, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não pode constituir punição à parte, devendo ser observada a legislação atinente aos beneficiários da gratuidade de justiça. Destarte, determinou-se que os honorários advocatícios sucumbenciais atribuídos ao reclamante beneficiário da justiça gratuita ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade pelo prazo de 02 (dois) anos, nos termos do parágrafo 4º do artigo 791-A, da CLT, até que se prove o contrário quanto à situação de pobreza do autor que deu ensejo à concessão da justiça gratuita. Transcorrido tal interstício, declara-se desde já extinta a obrigação.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Desembargadores: José Eduardo de Resende Chaves Júnior (Relator), Maria Cecília Alves Pinto (Presidente) e Luiz Otávio Linhares Renault.

Presente ao julgamento, o il. representante do Ministério Público do Trabalho, Dr. Sebastião Vieira Caixeta, que se manifestou pelo prosseguimento do feito.

Belo Horizonte, 29 de outubro de 2018.

JOSÉ EDUARDO DE RESENDE CHAVES JÚNIOR
Desembargador Relator

JE-12

VOTOS