



Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região

## Recurso Ordinário Trabalhista 0020766-49.2021.5.04.0019

Relator: BRIGIDA JOAQUINA CHARAO BARCELOS

### Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 21/06/2022

Valor da causa: R\$ 384.532,95

**Partes:**

**RECORRENTE:** CLEBER MARQUES DA SILVA  
ADVOGADO: CESAR POMPEO  
ADVOGADO: RODRIGO AZAMBUJA RIES GUEDES  
ADVOGADO: CYNTHIA POMPEO  
ADVOGADO: JACQUELINE AZAMBUJA RIES  
**RECORRENTE:** GIOVANAZ E GIOVANAZ LTDA

ADVOGADO: OLIVAR SCHNEIDER  
**RECORRIDO:** CLEBER MARQUES DA SILVA  
ADVOGADO: CESAR POMPEO  
ADVOGADO: RODRIGO AZAMBUJA RIES GUEDES  
ADVOGADO: CYNTHIA POMPEO  
ADVOGADO: JACQUELINE AZAMBUJA RIES  
**RECORRIDO:** GIOVANAZ E GIOVANAZ LTDA

ADVOGADO: OLIVAR SCHNEIDER



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

### Identificação

PROCESSO nº 0020766-49.2021.5.04.0019 (ROT)  
RECORRENTE: CLEBER MARQUES DA SILVA, GIOVANAZ E GIOVANAZ LTDA  
RECORRIDO: CLEBER MARQUES DA SILVA, GIOVANAZ E GIOVANAZ LTDA  
RELATOR: BRIGIDA JOAQUINA CHARAO BARCELOS

### EMENTA

**FÉRIAS. PAGAMENTO FORA DO PRAZO DO ART. 137 DA CLT. DOBRA.** Devido o pagamento da dobra às férias fruídas e remuneradas a destempo, em aplicação analógica do artigo 137 da CLT.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: **à unanimidade, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. À unanimidade, DAR PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE para afastar a prescrição quinquenal pronunciada na sentença. Valor da condenação ao qual se acresce em R\$ 10.000,00 e custas majoradas em R\$ 200,00, para os efeitos legais.**

Intime-se.

Porto Alegre, 04 de outubro de 2022 (terça-feira).

### RELATÓRIO

Inconformados com a sentença de parcial procedência proferida no feito (id 0103966), o reclamante e a reclamada interpõem recursos ordinários.



O reclamante objetiva a reforma da sentença quanto aos seguintes aspectos: prescrição quinquenal, adicional noturno e intervalo interjornada (id 98a9150).

A reclamada pretende a reforma da sentença quanto aos seguintes aspectos: salário extrafolha, horas extras, arbitramento da jornada, intervalo interjornada, férias e honorários de advogado (id 8402695).

Sem contrarrazões, sobem os autos ao Regional, sendo distribuídos a esta Relatora na forma regimental.

É o relatório.

## FUNDAMENTAÇÃO

### PRELIMINARES

Não se aplicam os dispositivos da Lei 13.467/17, considerando-se que o contrato de trabalho foi firmado antes da entrada em vigor da referida lei, nos termos do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, e do art. 6º, §1º, do Decreto-Lei 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) que resguardam o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Seria possível ao Julgador, se quisesse, abstrair o retrocesso que representa a nova norma a ser aplicada, sendo o Juiz legalista que aplica a lei dada de forma a não ponderar todo o arcabouço normativo até então estabelecido após processos históricos de lutas sociais. Entretanto, não coaduno com tal possibilidade, porquanto a lógica posta pela nova legislação inverte todos os conceitos e princípios próprios do Direito do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho. Além disso, o princípio da irretroatividade da lei é uma cláusula pétrea insculpida na Constituição Federal. A aplicação da lei nova no contrato de trabalho vigente representa alteração lesiva do contrato de trabalho.

### 1. RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA

#### 1.1 SALÁRIO EXTRA-FOLHA

A reclamada recorre da condenação à integração de valores extrafolha. Refere que no termo de rescisão do empregado consta a referência de maior salário o valor de R\$ 2.129,72. Impugna, assim, a fixação do salário extrafolha em R\$ 1.800,00, pois maior que o salário recebido (R\$ 1.265,63), como se infere dos contracheques. Postula a reforma para que seja considerado o valor constante nos comprovantes de pagamento.

O Juízo de origem condenou a parte reclamada ao pagamento de diferenças de aviso prévio, repouso semanais remunerados, férias com 1/3 e 13º salário pela integração do salário extrafolha. Apontou o



conteúdo da prova testemunhal coletada, referindo que esta comprova a tese da parte reclamante acerca do recebimento de valores extrafolha. Referiu ser da parte reclamada o ônus de documentar o contrato de trabalho, não o fazendo, acolhe o valor de R\$ 1.800,00 referido na petição inicial.

Analiso.

Inicialmente, importa consignar que a insurgência da parte reclamada reside no arbitramento do valor estabelecido como extrafolha, não havendo inconformidade quanto ao direito em si.

Ao ajuizar a reclamatória trabalhista, o reclamante indicou o recebimento de salário extrafolha no importe de R\$ 1.800,00.

Em defesa, a reclamada nega a pretensão, aduzindo que todos os valores adimplidos constam nos contracheques.

Tendo o reclamante se desincumbiu do seu ônus de provar a prática remuneratória da ré de omitir documentalmente parte adimplida do salário e não integrá-lo corretamente para fins de apuração de parcelas calculadas sobre o salário, devido o acolhimento dos importes indicados na petição inicial.

Isto porque, sendo da empregadora a aptidão para produção de prova documental e inexistindo registros dos pagamentos ora debatidos, em razão da prática de fraude trabalhista pela demandada, pertinente o acolhimento integral dos haveres indicados quando do ajuizamento da reclamatória trabalhista.

Assevero acerca da ausência de outros elementos de prova que possa limitar o parâmetro indicado pelo reclamante.

Nego provimento ao recurso ordinário da reclamada.

## **1.2 HORAS EXTRAS. ARBITRAMENTO DA JORNADA. INTERVALO INTERJORNADA,**

A reclamada recorre da condenação ao pagamento de horas extras. Afirma que o horário descrito pelo reclamante não condiz com a função de garçom executada. Informa que o restaurante abre para o público por volta das 11h30, não havendo motivos para a presença anterior dos garçons, impugnando o horário inicial da jornada de trabalho. Refere as funções informadas na perícia técnica (tirar pedido, recolher a louça e preparar a mesa para um novo cliente), salientando que estas funções apenas seriam executadas com o restaurante funcionando. Afasta o período arbitrado para a limpeza do restaurante, descrevendo o contido no laudo e também em audiência, sobre apenas ser efetuada uma semana no mês por aproximadamente 20 minutos, inclusive tendo descrito o preposto como horário de trabalho uma semana no mês das 9h às 14h e das 18h às 22h e nas demais das 11h às 15h e das 18h às 23h, o que obsta o reconhecimento de início às 9h em todos os dias do mês, postulando a fixação das 10h45 como horário



inicial. Esclarece, quanto ao final da jornada, que havia sistema de plantão, não havendo necessidade de que todos os garçons permanecessem até o final da noite, referindo como termo da jornada 23h, pois o reclamante trabalhava em plantão até 23h em apenas uma semana por mês. Reivindica, como consequência da alteração do arbitramento da jornada de trabalho, a modificação da condenação quanto às horas extras e aos intervalos intrajornada.

O Juízo de origem condenou a parte reclamada ao pagamento de horas extras, assim consideradas as excedentes de 8h diárias e 44h semanais, acrescidas do adicional de 50%, exceto pelo trabalho em feriados, que deverá ser remunerado com o adicional de 100%. Indicou o depoimento do preposto da reclamada, o qual referiu que nunca houve menos de dez empregados na empresa, indicando ser ônus da reclamada a juntada da documentação relativa ao controle de horário, o que não ocorreu. Invocou a Súmula 338, I, do TST, declarou a confissão ficta da reclamada e, com base nos horários da petição e no depoimento das testemunhas, arbitrou a jornada de trabalho como das 9h às 14h30min e das 17h45min às 00h, de terça-feira a sexta-feira, e das 9h às 15h30min e das 17h45min às 00h, para os sábados, domingos e feriados, exceto a Sexta-Feira Santa. Deferiu, ainda, as horas faltantes para completar onze horas de intervalo entrejornadas (artigo 66 da CLT), como extras, o que deverá ser apurado com base na jornada fixada, com o adicional de 50% e os mesmos reflexos e base de cálculo determinados acima, nos termos da OJ 355 da SDI - 1 do TST.

Analiso.

Inicialmente, pertinente estabelecer os limites do recurso ordinário da parte reclamada, a qual declina insurgência exclusivamente com relação ao arbitramento efetuado na sentença recorrida.

O art. 74, § 2º, da CLT, estabelece a obrigação do empregador que conta com mais de dez empregados manter registros de horário válidos, importando presunção juris tantum de veracidade das alegações referentes a jornada de trabalho, conforme a Súmula 338, I, do TST (*"I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário."*).

Como decidido na origem, aspecto acerca do qual não há insurgência recursal, a reclamada possuía mais de dez empregados e não mantinha controles de horário. Portanto, não tendo a reclamada apresentado os registros de horário, na forma do art. 74, § 2º, da CLT, devido o arbitramento do horário laborado.

Na petição inicial, o reclamante refere como horário de trabalho de terça-feira a domingo, inclusive nos feriados, das 09h às 14h30 e das 17h45 às 00h, de terça à sexta-feira e, aos sábados, domingos e feriados das 09h às 15h30 e das 17h45 às 00h30.



A sentença recorrida arbitrou o horário de trabalho 9h às 14h30min e das 17h45min às 00h, de terça-feira a sexta-feira, e das 9h às 15h30min e das 17h45min às 00h, para os sábados, domingos e feriados, exceto a Sexta-Feira Santa.

A prova oral coleta declinou os seguintes horários de trabalho (id c5c6070):

*DEPOIMENTO DO PREPOSTO: que por uma semana no mês trabalhava das 9h às 14h e das 18h às 22h e nas outras 3 semanas das 11h às 15h e das 18h às 23h, sempre com 30min para almoço e 30min para jantar; [...] que o estabelecimento abre para o público das 11h30min às 14h e das 19h às 23h;*

*TESTEMUNHA DO RECLAMANTE, Dieilon Izolan: que o horário de funcionamento da churrascaria era das 11h30 às 14h30 e das 19h às 23h30; **que o autor trabalhava das 9h às 15h e das 17h45 à meia noite ou meia noite e trinta;** [...] que de terças a sextas trabalhavam no horário acima informado; que nos finais de semana alongavam o almoço até 15h30 e o jantar mantinha o horário da semana; que no domingo poderiam permanecer até 16h/16h30; que não folgavam pelo trabalho no domingo e não havia rodízio; que trabalhavam em feriados no horários compatíveis com o domingo; que usufruíam intervalo de 15min em cada turno trabalhado; que antes do horário de atendimento ao público executava outras tarefas como por exemplo, limpeza do local, espetavam carnes, cortavam cebola, entre outras.*

*TESTEMUNHA DO RECLAMANTE, Jose Mario Santos da Silva: [...] que todos entravam e saíam juntos; que de terça a sexta trabalhavam de 9h às 15h e das 17h45 às 00h30min; que aos sábados saíam às 15h30 e nos domingos às 16h; que trabalhavam todos os feriados exceto na sexta-feira santa; que nos feriados o horário era igual o do domingo;*

*TESTEMUNHA DA RECLAMADA, Walmor Antonio Berte: trabalhava apenas nos sábados e domingos e recebia por dia; [...] que no sábado o autor poderia começar a trabalhar às 9h ou 10h45 dependendo da semana; que o almoço estendia-se até às 15h; que depois retornava às 17h45 ou 18h permanecendo até às 22h; que se houvesse clientes faziam rodízio para plantão; trabalhar uma semana por mês desta forma; que estendem a jornada até 22h45 ou 23h; que no domingo a churrascaria fechava às 22h; que ainda é assim; que trabalhavam em feriados; que já respondeu quanto a entradas em sábados e domingos;*

Diante do ora dito, entendo que a parte reclamada deixou de satisfazer seu ônus de prova da jornada de trabalho, tendo em vista a ausência dos controles de horário, sendo pertinente o arbitramento, o qual foi efetuado com a observância das informações da petição inicial, das referências da prova oral e em aplicação dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da verdade real.

Especificamente quanto ao termo inicial da jornada de trabalho, verifico que as testemunhas do reclamante confirmam ocorrer às 9h e a testemunha da reclamada e seu preposto confirmam o horário, apenas salientando que seria em apenas em algumas semanas do mês. Portanto, considerando a confissão da reclamada pela ausência de documentação, concluo que o reclamante satisfaz seu ônus de prova quanto o horário de início.



Atinente ao termo final da jornada à 0h, as testemunhas confirmam o horário referido, tendo o preposto informado o horário de funcionamento da churrascaria até às 23h, o que faz crer que havia prorrogação do trabalho além das 23h, uma vez que os clientes poderiam entrar e ser atendidos até esse horário, demandando a presença dos garçons, além da finalização dos trabalhos após a saída dos clientes.

Diante disto, entendo ser pertinente o arbitramento efetuado pela sentença de origem. Ato consecutivo, não há falar em alteração do julgamento proferido em relação às horas extras ou aos intervalos interjornada.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário da reclamada.

### 1.3 FÉRIAS

A reclamada recorre do julgamento proferido na sentença quanto ao pagamento da dobra das férias. Cita que as testemunhas confirmaram a realização de férias coletivas, porém não dizem que não recebiam os valores no momento da concessão daquelas. Sustenta que a presunção de não pagamento não pode ser causa de condenação ao pagamento em dobro. Esclarece ser incontroversa a concessão das férias coletivas, apenas o recibo de pagamento constou com data posterior para fins contábeis. Salieta que nenhuma das testemunhas confirmou o pagamento a destempo.

O Juízo de origem deferiu o pagamento da dobra das férias com 1/3 relativas aos períodos aquisitivos 2016/2017, 2017/2018, 2018/2019 e 2019/2020, por não observado o prazo para pagamento previsto no artigo 145 da CLT. Apurou a juntada dos avisos e dos recibos de férias do período imprescrito, onde se observa anotação de fruição entre os meses de abril e julho, com o pagamento em tempo hábil. Afastou a validade de tal documentação, por não representar a realidade, pois o preposto confessa a concessão de férias coletivas sempre no mês de janeiro, quando o estabelecimento permanece fechado. Salieta a confirmação das informações pelos depoimentos das testemunhas. Concluiu que todos os pagamentos descritos nos recibos de férias juntados foram realizados em atraso, considerando-se que a fruição sempre ocorreu no mês de janeiro. Invocou a Súmula 450 do STF.

Analiso.

Ao ajuizar a reclamatória trabalhista, o reclamante declinou nunca ter recebido as férias dentro do prazo legal, pois eram fruídas em janeiro e pagas em abril ou maio.

Em defesa, a reclamada nega a alegação, citando o adimplemento das férias e pagamento destas de modo antecipado, referindo a apresentação de recibos passíveis a demonstrar o referido.



Em atenção à documentação contida nos presentes autos, assevero sobre a apresentação dos recibos demonstrando a concessão e o pagamento das férias à trabalhadora (id 3c01c9a e seguintes), constando datas variadas ao longo da relação de emprego, sempre em respeito à antecedência de pagamento legalmente estabelecida.

Contudo, deve-se considerar o conteúdo da prova oral coletada, a qual corrobora a tese trazida na petição inicial acerca da fruição das férias sempre no mês de janeiro e recebimento da remuneração correspondente em mês posterior (id c5c6070):

*DEPOIMENTO DO PREPOSTO: [...] que a casa fecha durante o mês de janeiro, período de férias coletivas;*

*TESTEMUNHA DO RECLAMANTE: trabalhou com o autor de agosto de 2016 até final de 2020 ao que lembra; [...] que usufruíam férias coletivas em janeiro;*

*TESTEMUNHA DO RECLAMANTE, Jose Mario Santos da Silva: [...] que usufruíam férias em janeiro.*

Portanto, em conformidade com o dito pelas testemunhas e confesso pelo preposto, o conteúdo dos documentos referindo a fruição das férias em meses diversos de janeiro é inverídico, porquanto havia férias coletivas na empresa no mês de janeiro. Ademais, é de conhecimento deste Relatora que churrascarias atuantes no mesmo modo da reclamada costumam entrar em férias coletivas no verão na cidade de Porto Alegre/RS, tendo em vista o deslocamento dos moradores para o litoral do Estado.

Diante da fruição das férias pelo reclamante nos meses de janeiro da contratualidade, bem como do pagamento em época distinta, em desrespeito à antecedência legal, concluo que não há comprovação do pagamento pela parte reclamada nos termos legais, sendo devido o recebimento da dobra da remuneração das férias, na forma deferida na origem e em conformidade com o estabelecido pelo artigo 145 da CLT.

A situação de descumprimento do prazo do artigo 145 da CLT atrai a aplicação analógica da penalidade prevista no art. 137 da CLT, isso é, de pagamento da dobra da remuneração das férias quando o adimplemento destas ocorre fora do prazo de até dois dias antes do início do período.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário da reclamada.

#### **1.4 HONORÁRIOS DE ADVOGADO**

A reclamada recorre do julgamento proferido. Discorre sobre a sucumbência estabelecida pelo artigo 791-A da CLT, dizendo que não há reconhecimento de inconstitucionalidade para condenação de beneficiário



da justiça gratuita aos honorários sucumbenciais. Invoca o artigo 98, § 2º, CPC, dizendo que o beneficiário da justiça gratuita também sofre o ônus da sucumbência, com a aplicação do efeito suspensivo. Pretende a condenação da parte reclamada ao pagamento de honorários.

O Juízo de origem referiu serem devidos os honorários de sucumbência no percentual de 10% sobre o valor da condenação aos procuradores do reclamante. Deixou de fixar honorários ao procurador da parte reclamada, diante do conteúdo da decisão proferida na ADI 5766 pelo STF.

Analiso.

Entendo que os honorários sucumbenciais, previstos na Lei 13.467/17, vigente desde 11-11-2017, não se aplicam ao processo do trabalho, pois violam as garantias fundamentais, restringem o acesso à Justiça e implicam ônus desproporcional ao trabalhador.

Segundo o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, nenhuma lei prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Tais disposições expressas no citado artigo são entendidas como direitos fundamentais, pilares do direito material do trabalho e das relações entre empregadores e empregados, estabelecendo as regras que se aplicam diariamente até que se consuma a relação.

O acesso à justiça, preconizado e garantido em nossa Constituição Federal (art. 5º, XXXV da *Constituição* Federal, segundo o qual " a lei não excluirá da apreciação do Poder *Judiciário* lesão ou ameaça de direito"), não significa apenas poder ajuizar uma ação, mas, sim, obter uma tutela jurisdicional efetiva. Entraves processuais que não apresentam justificativa outra que não reduzir o número de processos a serem apreciados sequer fazem alcançar a verdadeira função social do direito processual. Só se justificam pela necessidade de conferir maior acesso à Justiça, em especial às partes mais prejudicadas socialmente.

Por seu turno, a fixação de honorários de sucumbência traz a premissa de que as partes, no processo do trabalho, atuam em equilíbrio. Tal assertiva não é verdadeira, porquanto empregador e empregado gravitam em condições extraordinariamente opostas, se considerarmos o poder econômico de ambos. É consabido que há conflito entre capital e trabalho e que o primeiro dita as regras a serem seguidas pela sociedade, cabendo ao último a dominação. Além disso, diante da natureza alimentar das verbas em essência postuladas por meio das ações reclamationárias trabalhistas, estabelecer ao empregado que efetue pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais é fazer com que se relativize a proteção ao salário que é conferida pelo disposto na Convenção 95 da OIT (arts. 1º e 10), ratificada pela República Federativa do Brasil, por meio do Decreto 41.721/57.

O certo é que a sucumbência no processo do trabalho tem por única finalidade restringir o acesso de judicialização, não importando a análise da necessidade de ocorrência da ação, mas fazendo um pré-julgamento de uma ação indevida ou que litiga de má-fé. Além disso, monetariza o processo, deixando de



lado os fatos que ensejaram a sua interposição, as mazelas sociais a ele vinculadas e o ambiente peculiar onde ocorreram.

Ao trabalhador não cabe prover-se monetariamente antes de ajuizar a reclamatória, a qual não lhe pode gerar ônus. Cabe prover-se das provas necessárias em relação às parcelas e direitos não adimplidos pelo seu empregador, postulando lhe sejam conferidas em Juízo, mesmo que demande um tempo que muitas vezes não possui.

Dessa forma, resta inaplicável nesta Justiça Especializada o instituto da sucumbência, na forma acima exposta, cabendo sua exclusão da condenação.

Sempre adotei entendimento de que na Justiça do Trabalho, não obstante o disposto nas Súmulas n.º 219 e 329 do TST, os honorários de advogado são devidos pela mera existência nos autos de declaração de insuficiência econômica, em face do disposto nos art. 5º, inciso LXXIV, e art. 133, ambos da Constituição Federal de 1988, em conformidade com o disposto nos art. 2º e 22 do Estatuto da OAB. Entendo, ainda, aplicável o art. 944 do Código Civil que positivou o princípio da reparação integral do dano, considerando que o prejuízo econômico decorrente do custeio da contratação de advogado para ver cumpridos os direitos contemplados na presente ação deve ser reparado.

Por fim, sucessivamente, ainda que se entenda aplicável a reforma trabalhista e a lógica da sucumbência, o que não é entendimento desta Relatora, destaco que pelo julgamento da ADI 5766 o STF entendeu pela inconstitucionalidade da cobrança de despesas processuais aos beneficiários da justiça gratuita, no que estão inseridos os honorários de advogado. Assim, considerada a declaração de pobreza trazida a estes autos e diante da concessão do benefício da gratuidade judiciária à parte autora, por qualquer das óticas até aqui expostas, impõe-se a exclusão da condenação do trabalhador ao pagamento de honorários de advogado.

Em razão disso, entendo que deva ser mantida a condenação da reclamada ao pagamento de honorários de advogado.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário da reclamada.

## **2. RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE**

### **2.1 PRESCRIÇÃO QUINQUENAL**

O reclamante discorda da declaração da prescrição quinquenal, asseverando que esta não foi suscitada em contestação pela reclamada. Discorda da possibilidade de declaração de ofício pelo Juízo. Expõe que, após a alteração no artigo 487, II, do CPC, houve um debate acerca da compatibilidade com os princípios



trabalhistas. Indica que a jurisprudência do TST se consolidou no sentido de incompatibilidade, pelo princípio da proteção. Busca o afastamento da prescrição quinquenal, para estender a condenação para todo o período contratual.

O Juízo de origem pronunciou a prescrição do direito de ação relativamente às parcelas anteriores a 10-9-2016.

Análise.

Com a devida venia ao julgamento proferido na origem, opondo leitura do conteúdo da defesa e demais manifestações da parte reclamada na instância ordinária, deixo de verificar qualquer indicação de pretensão quanto à declaração de prescrição pela demandada.

Entendo que a prescrição se trata de matéria objeto de contestação, sendo o Direito do Trabalho incompatível com o regramento contido no artigo 332 do CPC.

A decretação de ofício da prescrição no âmbito de demanda trabalhista não é admissível, diante do caráter marcadamente alimentar dos créditos envolvidos. A matéria diz respeito ao fundamento da defesa a ser apresentada pela reclamada, neste sentido o entendimento da Súmula 153 do TST:

*SUM-153 PRESCRIÇÃO*

*Não se conhece de prescrição não argüida na instância ordinária.*

Neste sentido, decisões desta Corte:

*PRESCRIÇÃO. ART. 219 DO CPC. No Processo do Trabalho não se adota a pronúncia de ofício da prescrição, devendo ser invocada pela parte como matéria de defesa. A norma do § 5º do art. 219 do CPC vai de encontro aos princípios fundamentais do Direito do Trabalho. (TRT da 4ª Região, 3ª Turma, 0000841-36.2012.5.04.0002 RO, em 29/05/2013, Desembargador Marcos Fagundes Salomão - Relator)*

*PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO. A regra insculpida no art. 487, II, primeira parte, do Código de Processo Civil, é incompatível com os princípios que regem a Justiça do Trabalho, não sendo cabível a declaração, de ofício, da prescrição quinquenal dos créditos trabalhistas. (TRT da 4ª Região, 1ª Turma, 0020809-67.2017.5.04.0781 RO, em 18/07/2018, Desembargadora Rosane Serafini Casa Nova - Relatora)*

*PRESCRIÇÃO. PRONÚNCIA DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. Entende-se inaplicável a pronúncia da prescrição de ofício. Nos termos do art. 769 da CLT, somente é aplicável o direito processual comum quando houver omissão nas normas trabalhistas e compatibilidade com os princípios do processo do trabalho, o que não ocorre no caso sob análise. Ainda, a Súmula nº 153 do TST determina que esta matéria é fundamento de defesa, tendo em vista que estabelece não ser conhecida prescrição não argüida na instância ordinária. Recurso do reclamante provido, no aspecto. (TRT da 4ª Região, 4ª Turma, 0020718-65.2015.5.04.0451 RO, em 22/02/2018, Desembargador Andre Reverbel Fernandes - Relator)*



Assim, dou provimento ao recurso ordinário da reclamante para afastar a prescrição quinquenal pronunciada na sentença.

## **2.2 ADICIONAL NOTURNO. INTERVALO INTERJORNADA**

O reclamante recorre do indeferimento do adicional noturno para o período laborado após às 5h, em violação à jurisprudência. Sustenta que está demonstrado o labor das 9h às 14h30 e das 17h45 às 00h, de terça-feira a sexta-feira, e das 9h às 15h30 e das 17h45 às 00h, sem que tenha sido efetuado o pagamento do adicional integralmente. Sustenta ser devido o adicional noturno incidindo no intervalo interjornada não fruído após às 5h. Busca a condenação, na forma da Súmula 60, II, do TST, ao pagamento do adicional noturno pelas horas em prorrogação, ainda que seja sobre o intervalo interjornada lesado.

O Juízo de origem condenou a parte reclamada ao pagamento de adicional noturno, observada a hora reduzida noturna, conforme jornada fixada, com os reflexos, autorizando a dedução dos valores já quitados.

Analiso.

A despeito da insurgência recursal da parte reclamante, a qual reside na aplicação do entendimento da Súmula 60, II, do TST, esta não procede.

Deve-se considerar que o objeto em proteção do adicional noturno é o trabalho realizado pelo trabalhador no período das 22h às 5h, conforme artigo 73 da CLT, tendo a jurisprudência reconhecido o labor em prorrogação como detentor do direito à remuneração com o adicional de 20% quando executado após às 5h.

Estabelece-se, assim, que a remuneração incide no trabalho desempenhado pelo trabalhador, não se relacionando com eventual lesão ao intervalo interjornada, que é um descanso garantido entre o término e o início das jornadas, ou seja, isento de desempenho da força de trabalho.

Portanto, apesar da inovadora tese da parte reclamante, a previsão legal não garante o direito postulado, tratando-se de institutos e de tutelas jurídicos diversos, motivo pelo qual nego provimento ao recurso ordinário do reclamante.

**BRIGIDA JOAQUINA CHARAO BARCELOS**

Relator

**VOTOS**



**DESEMBARGADOR MARCELO JOSÉ FERLIN D AMBROSO:**

Acompanho o voto da nobre Relatora.

**PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:**

**DESEMBARGADORA BRÍGIDA JOAQUINA CHARÃO BARCELOS (RELATORA)**

**DESEMBARGADOR MARCELO JOSÉ FERLIN D AMBROSO**

**DESEMBARGADOR LUIZ ALBERTO DE VARGAS**

