



Acordo para compensação de hora extra só vale por escrito

Acordo para compensação de hora extra só vale se for feito por escrito. O entendimento é da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (São Paulo). Os juízes determinaram que um dentista pague horas extras à sua ex-assistente. Cabe recurso.

A trabalhadora ajuizou ação na 54ª Vara do Trabalho de São Paulo. Ela pedia, entre outras verbas, o pagamento de horas extras não recebidas. Em sua defesa, o dentista sustentou que mantinha “acordo tácito” de compensação de horas. No acordo ficou combinado que a assistente trabalhava “apenas duas segundas-feiras por mês”.

A primeira instância acatou o pedido da ex-assistente. O dentista recorreu ao TRT paulista. O profissional insistiu na tese de que o acordo verbal de compensação tornava improcedente o pagamento das horas extras.

O relator do Recurso Ordinário no tribunal, juiz Ricardo Artur Costa e Trigueiros, considerou que o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, “que é a fonte de todo o ordenamento jurídico”, dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Segundo o relator, o artigo 59 da Consolidação das Leis do Trabalho determina que “a duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de duas, mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho”.

“Ora, existindo norma de ordem pública que impõe a forma escrita como requisito essencial para a validade do acordo que elastece a jornada de trabalho e considerando a garantia vigente conferida pelo artigo 5º inciso II da CF/88, a reclamada encontra-se obrigada a observar as disposições legais acima destacadas, segundo o princípio da legalidade e da reserva legal”, observou o juiz.

Para o relator, “o acordo oral de compensação noticiado não tem qualquer validade jurídica e portanto, não pode ser considerado para o fim de obstar o direito do trabalhador às horas extras”, decidiu o relator.

O juízes da 4ª Turma acompanharam o voto do relator, por unanimidade, determinando que o dentista pague as horas extras.

RO 02229.2002.054.02.00-0

Leia a íntegra da decisão

4ª. TURMA — PROCESSO TRT/SP NO:02229200205402000 (20030810625)

RECURSO: RECURSO ORDINÁRIO

1º) RECORRENTE: LUIZ HENRIQUE DE OLIVEIRA



2º) RECORRENTE: MICHELE BARACAT

RECORRIDOS: OS MESMOS

ORIGEM: 54ª VT DE SÃO PAULO

EMENTA:

(1) ACORDO VERBAL DE COMPENSAÇÃO. INVÁLIDO. DIREITO ÀS HORAS EXTRAS. O artigo 5º, inciso II da Constituição Federal, fonte de todo o ordenamento jurídico, dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Já o artigo 129 do CC de 1916 (atual art. 107 do NCC) dispunha que “..a validade das declarações de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente exigir.” Por fim, o artigo 59 da CLT impõe como exigência expressa para a validade da convolação do acordo de compensação que a avença se faça “...mediante acordo escrito....”. Assim, afigura-se insustentável a alegação do empregador de que celebrou “acordo oral” com o empregado, para instituir o módulo de compensação horária, restando devidas as horas extras e reflexos. Incidência da Súmula 85 do C. TST.

(2) FGTS. PAGAMENTO DIRETO SEM CONTA VINCULADA. ILEGALIDADE. A pactuação na admissão do empregado, de pagamento direto do FGTS sem a respectiva conta vinculada é nula de pleno direito porquanto vedada a utilização do sistema à margem dos precisos parâmetros fixados em lei. É que o sistema, constitucionalmente assegurado (art. 7º, III, CF), em face do seu largo alcance trabalhista, social e assistencial, não diz respeito apenas à esfera restrita da relação entre empregado e empregador, que assim, efetivamente não podem dispor de direitos de terceiros. Inteligência dos artigos 7º, III, CF, Lei 8.036/90, arts. 145 e 82 do CC de 1916 e 9º da CLT.

Contra a respeitável sentença de fls.86/89, complementados pela decisão de embargos declaratórios de fls.95 recorre ordinariamente a reclamada, sustentando que o valor arbitrado foi superestimado. Alega que o saldo de salário de 13 dias foi quitado conforme documento 15 da contestação. Alega a recorrente que a reclamante trabalhava apenas duas segundas feiras por mês segundo o depoimento da empregada. Sustenta ter sido firmado acordo tácito de compensação de horas e portanto indevida a condenação em horas extras. Alegou que o FGTS foi pago diretamente à reclamante. Afirma que a própria reclamante em depoimento pessoal confirmou que houve gozo de férias no período de final de ano. Aduz que a dispensa da autora se deu por justa causa em razão de improbidade.

Contra razões às fls. 118/125.

Recorre adesivamente a reclamante sustentando o salário de R\$1.000,00. Alega que residia nos fundos nos fundos da clínica odontológica, sendo certo que em função desta circunstância sofria descontos em seu salário da importância de R\$450,00. Aduz a recorrente que se desincumbiu do ônus da prova no tocante ao valor do salário. Propugna pela litigância de má-fé e persegue os honorários advocatícios.



Contra-razões fls.144/152.

Considerações do Digno representante do Ministério Público do Trabalho, fls.153, quanto à inexistência de interesse público que justificasse sua intervenção.

É o relatório.

V O T O

Conheço porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

RECURSO DA RECLAMADA

DO ACORDO DE COMPENSAÇÃO.

A reclamada sustenta a existência de acordo de compensação verbal o que leva à improcedência das horas extras.

A questão colocada em debate pela reclamada deve passar necessariamente pela validade do suposto acordo verbal de compensação levado a efeito pela reclamada.

Nesse aspecto a questão passa inicialmente pelo exame do artigo 129 do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos (atual artigo 107, do NCC) que dispunha o seguinte, “in verbis”:

“Art.129. A validade das declarações de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente exigir.”

E o “caput” do artigo 59 da Consolidação das Leis do Trabalho impõe como exigência expressa para a convalidação do acordo de compensação que a avença se faça “...mediante acordo escrito...” ao dispor textualmente:

“Artigo 59. A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de duas, MEDIANTE ACORDO ESCRITO entre EMPREGADOR E EMPREGADO, ou mediante contrato coletivo de trabalho.” (grifamos)

Já o artigo 5º inciso II da Constituição Federal, que é a fonte de todo o ordenamento jurídico, dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

Ora, existindo norma de ordem pública que impõe a forma escrita como requisito essencial para a validade do acordo que elastece a jornada de trabalho e considerando a garantia vigente conferida pelo artigo 5º inciso II da CF/88, a reclamada encontra-se obrigada a observar as disposições legais acima destacadas, segundo o princípio da legalidade e da reserva legal.

Nesse sentido, também é o entendimento que vem sendo adotado pela superior instância através da Súmula nº 85 do C.TST, em seu item I: “A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por



acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva”

Nessa mesma linha de raciocínio é o entendimento dominante do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, a ponto de já ter sumulado a questão conforme se verifica “in verbis”:

SÚMULAS DA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

1 – TEMA: ACORDO PARA COMPENSAÇÃO DE HORAS DE TRABALHO.

Para a compensação de horas de trabalho, na forma prevista no artigo 59, § 2º, da CLT, é necessária a prova da existência de acordo escrito.

Logo, o acordo oral de compensação noticiado não tem qualquer validade jurídica e portanto, não pode ser considerado para o fim de obstar o direito do trabalhador às horas extras corretamente deferidas pelo D. Juízo de origem.

Mantenho.

JUSTA CAUSA

O emprego é a fonte de subsistência do trabalhador e de sua família, e constitui o bem jurídico maior dentre todos quantos se contêm nas normas trabalhistas.

A continuidade dos contratos se erige à categoria de princípio no âmbito do Direito do Trabalho, e é alvo da máxima preocupação do legislador, de sorte que a denúncia desonerada do vínculo, por iniciativa patronal, somente se justifica quando solidamente comprovada a culpa grave do empregado.

Para ser caracterizada, a justa causa exige a plena comprovação de prática de ato ilícito pelo empregado, que viole inequivocamente obrigação legal ou contratual, e que seja de tal gravidade que impossibilite a subsistência do liame. Para tal caracterização, deverá existir, outrossim, relação de causa e efeito entre o fato e a punição, além da reação imediata da empresa.

Portanto, as alegações de justa causa autorizadoras do rompimento do contrato de trabalho, devem estar arrimadas em prova cabal, robusta, inequívoca e irrefutável. Outrossim, tais imputações devem estar revestidas de tal gravidade que torne impossível a subsistência e a continuidade do contrato laboral.

O apelo sustenta a dispensa por justa causa por ato de improbidade, o que leva a dizer, desonestidade da reclamante, pelo desaparecimento de numerário, além de faltas cometidas pela empregada e bem assim, o uso de aparelhos do consultório para fins particulares, além de desmarcar consultas de pacientes visando levar o empregador à improdutividade.

O depoimento da reclamada às fls.30 contraria a maioria dos argumentos do recurso ordinário quanto aos motivos que levaram à dispensa visto que o reclamado limitou-se a informar o seguinte: “...que a



reclamante foi dispensada por justa causa porque faltava reiteradamente sem justificativa; que após o episódio envolvendo o pagamento do cliente, a reclamante permaneceu trabalhando por uma semana...”.

Portanto, de todos os argumentos do apelo, apenas as faltas injustificadas e o episódio envolvendo o cliente é que realmente constituíram matéria objeto da dispensa por justa causa a ser examinada.

In casu, das imputações mantidas no apelo resulta claro que a resolução contratual de fato ocorreu por imputação à autora ato de improbidade, nos termos do artigo 482, alíneas “a”, da CLT, e faltas injustificadas. Assim, é sob esses elementos fáticos que se há de perquirir sobre a existência ou não da falta grave justificadora da rescisão contratual.

Ora, da reclamada era o ônus da prova quanto à improbidade e faltas injustificadas (art. 333, II, CPC) e desse encargo não se desincumbiu.

Não obstante a reclamada afirme que a dispensa decorreu de faltas o apelo não indica em que dias teriam ocorrido as faltas injustificadas, desde a admissão da reclamante até sua dispensa, ou seja, de 02 de junho de 2001 até 13 de junho de 2002.

No tocante às faltas somente temos o depoimento da testemunha Maria Lúcia Belarmino de Moraes, que às fls.84 informou “...que viu a reclamante faltar algumas vezes aos sábados; que essas faltas ocorreram no começo do ano passado (...) que a depoente contou ao reclamado que a autora faltava aos sábados, mas aquele deu uma nova chance...”

Em que pese a vaga informação da testemunha quanto às supostas ausências da reclamante em alguns sábados, no início do ano anterior à audiência, o certo é que não ficou demonstrado que as faltas foram injustificadas e ainda que assim não fosse, a própria testemunha da ré informou que as ausências foram relevadas pelo empregador, que deu “nova chance” à autora. Tal condição leva à inequívoca configuração do perdão, fato que impede a incidência da justa causa. Além disso, a pena capital trabalhista restou inviabilizada em razão da falta de imediatidade entre o ato dito faltoso e a punição, vez que, segundo informações da referida testemunha, as faltas foram cometidas “...no começo do ano passado..”.

Ademais, não encontramos nas hipóteses elencadas no artigo 482 consolidado a tipificação de falta grave consubstanciada em ausências injustificadas ao trabalho. Ao contrário, a CLT autoriza o empregado a faltar de 24 a 32 dias por ano sem que perca o direito às férias (art. 130, IV, CLT – “12 (doze) dias corridos, quando houver tido de 24 (vinte e quatro) a 32 (trinta e duas) faltas”.

Ora, se com 24 a 32 faltas num mesmo ano, o empregado sequer perde o direito às férias, obviamente a reclamante não poderia perder o emprego por justa causa, em razão do não comparecimento em “alguns sábados” sequer cuidando a reclamada de identificar o número de faltas injustificadas ao longo da vigência do contrato de trabalho que durou pouco mais de um ano.

É manifesto o rigor excessivo, já que a empresa não logrou configurar um quadro comportamental desidioso que pudesse respaldar a dispensa desonerada da reclamante.



Já no que toca à alegação de improbidade decorrente de episódio envolvendo o desaparecimento de numerário não fez a reclamada qualquer prova da gravíssima prática sugerida em defesa. A atribuição indireta de apropriação indébita ou prática de ato desonesto por parte da obreira, pela sua gravidade e possibilidade de mácula indelével ao perfil pessoal, moral e social da empregada, exigiria prova cabal por parte do empregador. O fato sequer foi objeto de notícia criminis, restando impossível a aplicação da penalidade máxima pretendida pelo recorrente.

Mantenho.

SALDO DE SALÁRIO

No que toca ao saldo de salário o documento juntado pela própria reclamante às fls.18 comprova o pagamento, o que impõe expungir da condenação o título pretendido.

Reformo.

FÉRIAS

No que toca às férias, os dias não trabalhados no final do ano não poderão ser considerados para tal finalidade, diante da vigência do “caput” do artigo 135 da CLT, que explicitamente impede a pretensão da reclamada nos seguintes termos:

“A concessão das férias será participada por escrito ao empregado, com antecedência de, no mínimo 30 (trinta) dias. Dessa participação o interessado dará recibo.”

Portanto, nenhum reparo merece a r.sentença neste tópico.

Mantenho.

DO FGTS.

O recorrente insiste na tese do “acordo” com a empregada, por ocasião de sua admissão, para pagamento direto do FGTS, ou seja, independentemente de conta vinculada.

Todavia não comprovou tais alegações, inexistindo documentação relativa à suposta pactuação, o que de plano já inviabilizaria a pretensão patronal.



De mais a mais, tal prática, ainda que existisse, o que se diz por argumentar, estaria eivada de vício insanável em face das características do instituto em tela que vedam a utilização do sistema à margem dos precisos parâmetros fixados em lei. Em suma, é defeso às partes contratantes a modificação das regras de funcionamento do FGTS com instituição de pagamento sem a respectiva conta vinculada, vez que o sistema não diz respeito apenas ao empregado e empregador que efetivamente não podem dispor de direitos de terceiros.

Nesse aspecto, incidem o disposto nos artigos 145 e 82, do Código Civil de 1916 (respectivamente, artigos 166 e 104 do Código Civil de 2002), vigentes à época dos fatos, “in verbis”:

“Art. 145. É nulo o ato jurídico:

(..)

III- quando não revestir a forma prescrita em lei.

Art. 82. A validade do ato jurídico requer agente capaz (art.145 n. I), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei”.

Por fim, dispõe o artigo 9º sobre a nulidade dos atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos trabalhistas.

Não se concebe pois, que as partes tangenciem a forma legalmente para a instituição do Fundo Garantia.

Com efeito, o FGTS foi criado pela Lei 5.707 de 13.09.66, regulamentada pelo Decreto 59.820/66. Passou a vigorar a partir de 01.01.67 tendo como fonte de custeio o depósito pelas empresas de 8% (oito por cento) calculado sobre os valores salariais mensais pagos por elas a seus empregados, no mês imediatamente anterior.

É de conhecimento público que o FGTS tem função não apenas trabalhista, como também social e assistencial.

Em termos trabalhistas, visa constituir para o empregado indenização proporcional ao tempo de serviço por ocasião de dispensa imotivada, aposentadoria ou outra causa prevista em lei e ainda desestimular a rotatividade de mão de obra, através da multa de 40% prevista no artigo 10 – inciso I do Ato Das Disposições Constitucionais Transitórias, até quando seja promulgada a lei complementar que trate da restrição à dispensa arbitrária ou sem justa causa (artigo 7º inciso I da Carta Política).

Do ponto de vista social, tem como escopo minorar o “deficit” habitacional financiando casas populares e contribuindo para a melhoria das condições de saneamento básico e infra-estrutura urbana.

Na prática, entretanto, correspondeu sempre a importante instrumento assistencial, funcionando como verdadeiro “salário-desemprego”, durante os amargos períodos em que o trabalhador busca recolocar-se no concorrido mercado de trabalho.



A partir de 05.10.88, foi alçado a instituto constitucional, já que inserido no artigo 7º inciso III da Carta Política.

Evidente que a conduta alegada pela reclamada no seu apelo fere diversos sobredireitos insculpidos no Texto Constitucional, além de fugir à destinação do Instituto Jurídico do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço.

Desse modo, não há como se admitir a conduta noticiada, pois redundaria em violação à destinação do FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, nas três dimensões enfocadas (trabalhista, social e assistencial), tornando mera fantasia importante instituto jurídico que além de fomentar a melhoria das condições habitacionais e de infra –estrutura urbana deve funcionar como verdadeira indenização pelo tempo de serviço ao trabalhador.

Assim sendo, a tese desfraldada pela reclamada para se desobrigar do pagamento do FGTS, fere a razão e portando a ordem jurídica legal e constitucional, o que impede a reforma da r.sentença que bem aplicou o direito vigente.

Portanto, é impossível acatar a pretensão da reclamada de reforma da r.sentença.

Mantenho.

VALOR ARBITRADO À CONDENAÇÃO

No que toca ao valor arbitrado à condenação pelo D. Juízo de origem o inconformismo do recorrente merece prosperar, já que o montante atribuído não se encontra adequado aos títulos objeto da condenação.

Todavia, o valor não pode ser aquele apontado pela reclamada, tendo em vista os juros e a atualização monetária e o valor relativo ao INSS cota da reclamada.

Rearbitro o valor da condenação em R\$8.000,00.

RECURSO ADESIVO DA RECLAMANTE.

DO SALÁRIO DA AUTORA.

A reclamante insiste no salário no importe de R\$1.000,00. Todavia, em depoimento pessoal às fls.29 confessou “...que o documento numero sete da defesa foi entregue aos patronos do reclamado pela própria depoente...”

E o exame do documento nº 07 fls.54 denuncia que o salário da autora importava em R\$550,00.

Dessa forma, os depoimentos da testemunhas da autora não podem ser valorados como válidos porque contrariam a confissão expressa da própria autora.



Mantenho.

DOS DESCONTOS

A reclamante afirma que sofria descontos da ordem de R\$450,00 relativos a aluguel de imóvel de propriedade da reclamada.

Não obstante a prova oral tenha confirmado o expressivo desconto dos salários da autora, contudo diante da indivisibilidade da prova em face do exposto no tópico precedente, não há como acatar a pretensão de reforma.

Mantenho.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Ausentes os requisitos da Lei nº 5.584/70 não há que se deferir a verba honorária. O artigo 133 da vigente Constituição Federal não se reveste de auto aplicabilidade, porquanto não revogou nem derogou o artigo 791 consolidado, tampouco o artigo 14 da supra referida Lei, necessitando de regulamentação legal complementar para adquirir eficácia plena no âmbito da Justiça do Trabalho.

Mantenho.

LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ

O exercício da ampla defesa, sem a configuração do dolo processual e sem a caracterização das hipóteses preconizadas no artigo 17 do Código de Processo Civil, impede o reconhecimento da litigância de má-fé.

Rejeito.

Do exposto, conheço de ambos os apelos e, no mérito, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao apelo da reclamada para expungir da condenação o saldo de salário e de outra parte NEGOU PROVIMENTO, ao recurso da reclamante, tudo na forma da fundamentação que integra e complementa este dispositivo. Rearbitro o valor da condenação em R\$8.000,00.

RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS

Juiz Relator

Date Created

22/07/2005