



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

Recurso Ordinário Trabalhista

1000439-74.2022.5.02.0023

Relator: RAQUEL GABBAI DE OLIVEIRA

Tramitação Preferencial
- Trabalho Escravo

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 13/06/2023

Valor da causa: R\$ 93.375,47

Partes:

RECORRENTE: MARIA JOSE DE LIMA

ADVOGADO: AGMAEL OLIVEIRA MOREIRA BENTIVOGLIO

ADVOGADO: NOEMI LOPES VIEIRA

RECORRIDO: WZ SERVICOS EM CONDOMINIOS LTDA - EPP

ADVOGADO: MARCELO CINTRA DE MORAIS

RECORRIDO: CONDOMINIO E-MOTION BROOKLIN

ADVOGADO: CHRISTIAN ROBERTO LEITE

ADVOGADO: AILI MARY DIAS PACHECO



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

PROCESSO TRT/SP Nº 1000439-74.2022.5.02.0023- 14ª TURMA

RECURSO ORDINÁRIO

ORIGEM: 23ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO

RECORRENTE: MARIA JOSE DE LIMA

ADV: AGMAEL OLIVEIRA MOREIRA BENTIVOGLIO

ADV: NOEMI LOPES VIEIRA

RECORRIDA: WZ SERVICOS EM CONDOMINIOS LTDA - EPP

ADV: MARCELO CINTRA DE MORAIS

RECORRIDO: CONDOMINIO E-MOTION BROOKLIN

ADV: CHRISTIAN ROBERTO LEITE

ADV: AILI MARY DIAS PACHECO

JUÍZA SENTENCIANTE: PRISCILA DUQUE MADEIRA

9

Da sentença de ID 06235a1 - fls. 609/626, complementada pela decisão de embargos declaratórios de ID b6ab8de - fls. 667/465, cujo relatório se adota e que julgou procedente em parte a ação, recorre a reclamante, nas razões de ID. 166f525 - fls. 640 /666, pretendendo a reforma quanto aos seguintes temas: reversão da justa causa e verbas decorrentes, acúmulo/desvio de função, horas extras, indenização por danos morais e adicional de insalubridade.

Contrarrazões pelos recorridos sob IDs c7b987e - fls. 669/681 e f725dc7 - fls. 682/688.

É o relatório.

VOTO

I. Conhecimento.



O recurso ordinário é conhecido ante o preenchimento dos seus requisitos de admissibilidade.

II. Mérito.

II.1. Justa causa. Ato de improbidade.

A recorrente pretende a reversão da justa causa.

Ao exame.

O segundo recorrido juntou aos autos vídeo em que, aos 25", a reclamante se apropria do item roupa de cachorro, colocando-o em seu bolso (ID ecfe8b2).

O ônus da prova do fato que ensejou a justa causa incumbe à parte reclamada (CLT, art. 818, II), que deve produzi-la de forma robusta e inequívoca, diante da excepcionalidade da medida.

Entende-se, no entanto, que reclamada não se desincumbiu de seu encargo.

Em que pese o vídeo juntado aos autos comprove que a autora tenha colocado o item em seu bolso, não foi provada a ocorrência de furto, considerando que não há nenhum indício de que ela tenha deixado o local de trabalho do segundo recorrido, ao fim do expediente, portando o item.

Também não há nos autos nenhuma outra documentação com a apuração do ocorrido, como é recomendável para o fim de sanar dúvida sobre a ocorrência ou não de furto.

A prova oral (ID d1738b) também não confirma, de forma incontestada, o furto.

O preposto da primeira ré, com declaração evasiva, não tinha conhecimento sobre o fato, afirmando *"que o depoente não sabe se houve alguma conduta desabonadora da reclamante durante o período em que esta trabalhou"*.

De outro lado, a autora confirmou ter colocado o item em seu bolso, mas afirmou que depois o levou para o local apropriado no segundo recorrido. Sobre o



episódio, declarou, em seu depoimento (ID 3d1738b - fls. 577/578), que "...pegou uma roupa de papai noel e guardou no bolso, mostrou para a câmera, para devolver depois; que colocou onde estavam localizados os artigos de cachorro;"

A única testemunha ouvida no processo, a convite da reclamante, não confirmou o furto.

Assim, a prova produzida nos autos não é contundente.

Nesses termos, tem-se que a justa causa não foi provada de forma robusta. Como consequência, reforma-se a decisão de origem para afastar a justa causa aplicada e reconhecer a dispensa imotivada.

O termo de rescisão do contrato de trabalho (ID. 51c4339) não contempla a integralidade das parcelas atinentes à dispensa sem justa causa. Logo, defere-se nos limites do pedido (ID. b39fd07) o pagamento de:

-aviso prévio indenizado;

-décimo terceiro salário proporcional, com a integração do aviso prévio indenizado;

-férias proporcionais, acrescidas do terço constitucional, com a integração do aviso prévio indenizado;

-indenização de 40% sobre os depósitos do FGTS devidos durante toda a vigência do contrato de trabalho, desconsiderada a projeção do aviso prévio indenizado, por ausência de previsão legal. Nesse sentido dispõe a Orientação Jurisprudencial 42, item II da SDI-I do TST.

Indevido o saldo de salário, porque já quitado (ID. 51c4339 - fl. 148).

A conversão da justa causa em dispensa imotivada não acarreta a incidência da multa do art. 477 da CLT, conforme diretriz da Súmula Regional 33, I: "33 - Multa do art. 477, § 8º, da CLT. Cabimento. (Res. TP nº 04/2015 - DOEletrônico 04/08/2015 - Republicada por erro material) I. A rescisão contratual por justa causa, quando afastada em juízo, não implica condenação na multa".

Reforma-se nesses termos.



II.2. Acúmulo/desvio de função.

Argumenta a recorrente que, apesar de contratada para a função de auxiliar de limpeza, após cerca de dois meses de trabalho teria passado a exercer a função de líder de limpeza, razão pela qual faz jus à majoração salarial.

Sem razão.

Era da reclamante o ônus da prova do fato constitutivo do direito postulado (art. 818, I, da CLT), do qual não se desvencilhou.

Destaca-se a fundamentação da sentença (ID. 06235a1-fl. 615):

"A prova oral produzida nos autos não demonstra que a reclamante tenha realizado tarefas diversas inerentes à sua função. Senão vejamos.

A única testemunha ouvida nos autos afirma que limpavam o hall, os andares, jardinagem, tiravam o lixo, e faziam a limpeza geral. Referida testemunha também afirma que quem passava as tarefas era a gerente do condomínio, Sra. Simone, ou a Sra. Maria, a líder, quando a Sra. Simone não estava.

Assim, diante do que consta nos autos, uma vez que não resta comprovado que a reclamante se ativava em atividade diversa da função de auxiliar de limpeza, indefiro o pedido de pagamento de adicional de desvio de função, ou de acúmulo de função."

A prova produzida nos autos não demonstra o exercício de atividades distintas à função de auxiliar de limpeza para a qual fora contratada a reclamante.

A única testemunha ouvida nos autos (ID. 3d1738b - fl. 578) não confirmou o exercício pela reclamante de atividades que justifiquem o acréscimo salarial.

Do mesmo modo, na conversa de WhatsApp juntada pela autora (ID. e67b704), apenas consta o envio pela reclamante de lista de material de limpeza, insuficiente, portanto, para provar o acúmulo ou desvio de função.

Sobreleva observar que a legislação em vigor não veda o exercício de funções simultâneas, desde que compatíveis com a situação pessoal do trabalhador. Nos termos do parágrafo único do art. 456 da CLT, o empregado está obrigado a prestar serviços de acordo com a sua condição pessoal, exatamente a situação verificada pelo contexto dos autos.

Nada a reformar.



II.3. Horas extras.

Insurge-se a reclamante quanto ao indeferimento do pleito de horas extras, sob o argumento de que foi demonstrado em audiência o registro incorreto dos cartões de ponto.

No tocante à comprovação da jornada de trabalho, o registro de ponto é prova obrigatória para o empregador com mais de vinte empregados, conforme inteligência do art. 74, § 2º da CLT e da Súmula 338, item I do TST.

Apresentados os controles de frequência, com o registro de jornadas variáveis e intervalo intrajornada pré-assinalado (ID. b63339b - fls.155/168), incumbia à reclamante provar a sua invalidade.

A única testemunha ouvida (ID. 3d1738b - fl. 578) prestou esclarecimento contraditório, não sendo apta, portanto, a invalidar a documentação juntada pela primeira recorrida, tendo afirmado *"que o ponto era manual, que os funcionários faziam a anotação, que anotavam tufo, inclusive entrada e saída; que a reclamante também fazia a anotação"* e, após, *"que a depoente trabalhava depois do horário, que isso não constava no ponto; que o dia a dia era corrido; que as horas a mais não constavam no cartão, que anotavam o horário contratual, que o dono da firma pedia que anotassem o horário contratual, que dizia que não pagaria horas extras; que o Sr. Pedro e Oliveira dizia para não anotarem horas extras, que sempre iam no fim do mês; que ultrapassava por vezes meia hora a 2 horas; que às vezes dava o horário de ir embora e pediam para fazer algo; que isso ocorria de 3 a 4 vezes na semana;"*.

As impugnações iniciadas em réplica e replicadas nas razões recursais, quanto aos dias de folgas - decorrentes de feriado ou atestado - supostamente trabalhados, trata-se de argumento inovatório e que ultrapassa os limites do pedido da própria inicial (ID b39fd07 - fl. 35), a qual se limita a pleitear *"B) Horas extras além da 8ª hora diária e 44ª semanal.....R\$ 13.708,00"*, mas nada menciona, nem mesmo na causa de pedir, quanto aos dias de folgas trabalhados ou marcação incorreta dos controles de ponto quanto a esses dias.



Não há elementos para afastar a validade dos controles de ponto. Era da recorrente o ônus probatório de desconstituí-los, demonstrando que não correspondem à realidade que era vivenciada ou apontando a existência de diferenças em seu favor, ônus probatório do qual não se desincumbiu satisfatoriamente (art. 818, I da CLT).

Mantém-se a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

II.4. Indenização por danos morais. Acusação de furto. Contaminação por COVID-19.

Insurge-se a recorrente contra a sentença que indeferiu o pedido de indenização por danos morais. Alega que a ausência de adoção pela parte reclamada das normas de proteção em saúde contra o vírus da COVID-19 teria dado causa à sua contaminação. Aduz ainda como fundamento do pleito indenizatório a acusação pelo furto, ato de improbidade.

No tocante à COVID-19, observa-se que o contrato de trabalho da autora - de 11/2020 a 12/2021 - perdurou em período de calamidade pública decretada pelo governo federal, bem como emergência em saúde pública declarada pelo Ministério da Saúde.

Não há, no entanto, como precisar o nexos causal entre a doença que contaminou a reclamante e o ambiente laboral, considerando que o agente infeccioso (novo coronavírus) se disseminou de forma mundial. Inviável se determinar o local e o momento exatos em que cada indivíduo entra em contato com o vírus e adquire a doença, exceto em casos bastante específicos que envolvam o cuidado e tratamento de pessoas que testaram positivo ou faleceram por complicações da doença.

Assim, não há que se falar em indenização pela contaminação por COVID-19 pela reclamante.

Nada obstante, quanto à adoção de medidas de saúde, observa-se que o art. 3-B da Lei 13.979/20 tornou obrigatório o fornecimento de máscara de proteção e instrumento para higienização das mãos pelo empregador nos ambientes que funcionaram durante o estado de calamidade pública.

A Portaria Conjunta MS/SEPRT N° 20 DE 18/06/2020, dentre outras medidas, dispõe:

"3.3 Devem ser disponibilizados recursos para a higienização das mãos próximos aos locais de trabalho, incluindo água,



sabonete líquido, toalha de papel descartável e lixeira, cuja abertura não demande contato manual, ou sanitizante adequado para as mãos, como álcool a 70%."

"7.2 Máscaras cirúrgicas ou de tecido devem ser fornecidas para todos os trabalhadores e seu uso exigido em ambientes compartilhados ou naqueles em que haja contato com outros trabalhadores ou público.

7.2.1 As máscaras cirúrgicas ou de tecido devem ser substituídas, no mínimo, a cada três horas de uso ou quando estiverem sujas ou úmidas."

No caso em comento, a parte reclamada não demonstrou o cumprimento das normas ligadas à saúde no trabalho. Não comprovou, por exemplo, a disponibilização de recursos para higienização das mãos e máscaras cirúrgicas ou de tecido, máscaras que deveriam ter sido fornecidas em quantidade suficiente para a substituição na periodicidade necessária. Era da parte ré o ônus de provar a adoção das medidas em saúde para evitar a contaminação pelo novo Coronavírus durante os períodos de calamidade pública e emergência em saúde, do qual não se desincumbiu (art. 818, II da CLT). Nesse contexto, a reclamante faz jus à indenização pelo referido motivo.

No que se refere à acusação de furto, consta como causa de pedir: *"Veja-se que a reclamada, apenas com o fito de não arcar com as despesas das verbas rescisórias, acusou a reclamante de furtar restos de comida, o que causa profunda espécie. A conduta patronal pode ser considerada dano in re ipsa, ou seja, o dano em decorrência do próprio fato ofensivo..."*

Ocorre que a simples dispensa por justa causa (ainda que por improbidade) revertida em juízo não caracteriza dano moral *in re ipsa*. Quanto ao declarado pela única testemunha sobre o tema, certo é que não integra os limites da lide. Ainda que assim não fosse, tal depoimento não fornece seguros elementos de convicção ao juízo, já que, como visto, a testemunha prestou declarações contraditórias quanto ao registro de horário (princípio da unidade da prova).

O dano moral, passível de indenização, deve resultar de ato ilícito que viole a honra, a intimidade, a vida privada ou a imagem da pessoa, a teor do art. 927 do CC e art. 5º, X, da CF.

Evidente que a conduta da parte reclamada quanto à ausência de adoção de medidas em saúde contra a COVID-19 resultou em ofensa à esfera moral da reclamante (esse sim dano *in re ipsa*).



Portanto, defere-se o pagamento de indenização por danos morais, o qual se fixa em R\$ 3.000,00, com base nos critérios previstos no *caput* do art. 223-G da CLT.

Por fim, revendo posicionamento anterior, diante da decisão proferida na ADC 58, fica superado o critério estabelecido pela Súmula 439 do TST no tocante ao momento de incidência dos juros de mora, pelo que o cômputo da taxa SELIC nos casos de condenação de indenização por danos morais deve se dar a partir da data de fixação da indenização pelo juízo (ou sua posterior alteração).

Pela natureza da verba, não há INSS ou IRPF.

Reforma-se nesses termos.

II.5. Adicional de insalubridade.

A autora não se conforma com a improcedência do pedido de adicional de insalubridade. Alega que, no exercício de suas atribuições, mantinha contato rotineiro com agentes biológicos e químicos, já que era responsável pela limpeza de banheiros de uso coletivo, recolhimento de lixo e manuseio de produtos químicos, sem que lhe fossem fornecidos equipamentos de proteção.

Razão não lhe assiste.

A perícia foi realizada no estabelecimento do segundo reclamado e na presença da reclamante e seu patrono, com conclusão no sentido de que a reclamante, no exercício das funções de auxiliar de limpeza, não estava exposta a qualquer agente insalubre (ID. 9ea778a - fl. 518).

Quanto aos riscos químicos, o laudo observou que os produtos utilizados pelos paradigmas da reclamante eram diluídos em água, de uso doméstico (ID 9ea778a - fl. 507), não caracterizando, assim, a insalubridade.

No que se referem aos riscos biológicos, o perito, ao responder o quesito 2 da reclamante (ID. 9ea778a - fl. 508), informou que ela "*realizava limpeza dos banheiros utilizados pelos moradores do condomínio, os quais não são de uso público e nem de grande circulação*", de modo que aqui também não se verifica a insalubridade.



Nem se diga que a eventual coleta de lixo do banheiro existente na parte demandada, banheiro utilizado apenas por poucas pessoas, teria o condão de tornar insalubre o trabalho, visto que a atividade não se equipara à coleta de lixo urbano, não havendo que se falar, portanto, no pagamento do adicional em questão.

Também não há que se falar em insalubridade em razão da exposição a ruído, considerando que, além de argumento inovatório, o perito auferiu estar abaixo do limite de tolerância para a jornada de 8 horas (ID. 9ea778a - fl. 506).

Não prosperam as alegações de falsidade documental das fichas de entregas de EPIs ou de nulidade do laudo pericial apresentado, porquanto não foram provadas (art. 818, I da CLT).

Também não há que se falar na imprestabilidade das fichas de EPIs em razão da ausência de assinatura ou certificado de aprovação, visto que o motivo da conclusão negativa do laudo pericial para a insalubridade não foi a neutralização dos riscos pelo uso de equipamentos de proteção, mas sim a ausência de exposição a agentes insalubres de forma permanente.

Nada a modificar.

III. DISPOSITIVO

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Desembargador DAVI FURTADO MEIRELLES.

Tomaram parte do julgamento os Exmos. Srs. Magistrados: RAQUEL GABBAI DE OLIVEIRA, FERNANDO ÁLVARO PINHEIRO e CLÁUDIO ROBERTO SÁ DOS SANTOS.

Relatora: a Exma. Sra. Juíza RAQUEL GABBAI DE OLIVEIRA.

Revisor: o Exmo. Sr. Desembargador FERNANDO ÁLVARO PINHEIRO.



Posto isso,

Acordam, os magistrados da 14ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região: por unanimidade de votos, CONHECER o recurso ordinário interposto pela reclamante e, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO a fim de deferir (i) aviso prévio indenizado, décimo terceiro salário proporcional (com a integração do aviso prévio indenizado), férias proporcionais acrescidas do terço constitucional (com a integração do aviso prévio indenizado) e indenização de 40% sobre o FGTS devido durante toda a vigência do contrato de trabalho, desconsiderada a projeção do aviso prévio indenizado; (ii) indenização por danos morais, no importe de R\$ 3.000,00, com atualização pela taxa SELIC a contar da presente decisão. Tudo nos termos da fundamentação do voto da Relatora. No mais, mantém-se a sentença, com custas de R\$ 300,00, calculadas sobre o novo valor atribuído à condenação de R\$ 15.000,00.

RAQUEL GABBAI DE OLIVEIRA
Juíza Relatora Convocada

VOTOS

