



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

Identificação

PROCESSO n° 0010203-12.2015.5.04.0211 (RO)
RECORRENTE: ROBERTA MACHADO DE OLIVEIRA, WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL
L T D A .
RECORRIDO: ROBERTA MACHADO DE OLIVEIRA, WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL
L T D A .
RELATOR: ROSANE SERAFINI CASA NOVA

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE E RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA (Matéria comum)

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Demonstrada pela prova produzida, que a autora foi exposta a situação humilhante e constrangedora no curso do contrato, bem como que lhe foram sonegadas, quando da despedida, parcelas fundamentais à garantia da sua subsistência e da sua família, hábeis a caracterizar abalo moral, devida a respectiva indenização, que, contudo, diante da gravidade da situação vivenciada, comporta majoração. Apelo da reclamante parcialmente provido. Apelo da reclamada negado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por unanimidade, **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE ROBERTA MACHADO DE OLIVEIRA** para majorar a indenização por danos morais para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Por unanimidade, **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA.** Valor arbitrado à condenação que se acresce em R\$ 3.000,00 (três mil reais), com custas de R\$ 60,00 (sessenta reais), pela reclamada.

Intime-se.

Porto Alegre, 20 de fevereiro de 2019 (quarta-feira).

RELATÓRIO

Inconformadas com a sentença proferida na origem (fls. 200/209) recorrem as partes pela via ordinária.

A reclamante, em seu apelo (fls. 218/226), busca a reforma do julgado no tocante à indenização por danos morais e aos honorários advocatícios.

A reclamada, a sua vez (fls. 232/236), pretende a alteração do julgado no que diz respeito à reversão do pedido de demissão em despedida sem justa causa, ao adicional de insalubridade, às horas extras e à indenização por danos morais.

Com contrarrazões da reclamante (fls. 252/258) e da reclamada (fls. 269/270) sobem os autos ao Tribunal, sendo distribuídos a esta Relatora.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE E RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA (Matéria comum)

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

O Julgador de origem, entendendo confirmada, pela prova testemunhal produzida, a restrição, pela reclamada, de acesso da reclamante ao banheiro, passível de caracterizar dano moral, deferiu o pagamento da respectiva indenização, arbitrada em R\$ 2.000,00.

Contra essa decisão se insurgem as partes.

A reclamada, em seu apelo, afirma que sempre tratou seus empregados com urbanidade, respeito e profissionalismo, não havendo prova robusta capaz de desconstituir tal informação. Alega que se os fatos realmente ocorreram, não foram reportados à empresa, para que esta, então, pudesse tomar as providências cabíveis. Busca, assim, a absolvição da condenação. No caso de entendimento diverso, pretende a redução do valor arbitrado à indenização.

A reclamante, a sua vez, pretende a majoração do valor fixado à condenação para R\$ 20.000,00 ou valor a ser arbitrado por este Colegiado. Afirma que além de devidamente comprovado nos autos que a recorrente

teve sua honra abalada por ter tido negado seu direito de ir ao banheiro, em razão do que acabou urinando nas calças devido a problemas de infecção urinária, passando enorme constrangimento diante dos clientes e colegas de trabalho, foi demitida grávida, sem a percepção das verbas rescisórias a que fazia jus.

O dano é considerado moral quando os efeitos da ação afetam o bem estar, a normalidade da vida, a reputação, a liberdade e o relacionamento social, provocando angústia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação na vítima, trazendo-lhe sensações e emoções negativas. Neste último caso, diz-se necessário sejam intensos a ponto de poderem facilmente distinguir-se dos aborrecimentos e dissabores do dia-a-dia, situações comuns a que todos se sujeitam, como aspectos normais da vida cotidiana. (*in Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005 p. 157-158).

O Direito do Trabalho, a seu turno, visa garantir a dignidade do empregado e do empregador, cuja ofensa enseja a indenização por dano moral prevista nos artigos 1º, inciso III, e 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, bem como os artigos 186 e 927 do Código Civil, estes aplicados ao Direito do Trabalho por força do art. 8º da CLT. Ressalto que o contrato de trabalho envolve direitos e obrigações contratuais de ordem patrimonial e não patrimonial e traz, necessariamente, o direito e o dever de respeito a direitos personalíssimos relativos à honra e à imagem das partes envolvidas, cuja violação implica, diretamente, violação do direito, da lei e do próprio contrato.

Ainda, para que se configure o direito à reparação por dano moral, é necessária a comprovação da ilicitude, por ação ou omissão do ofensor, da existência do dano e do nexos causal entre ambos. O ilícito civil, porém, independe da configuração do dolo específico, bastando a culpa do empregador, no caso das relações de emprego. Acerca do ônus da prova, cabe à autora demonstrar os fatos constitutivos do direito pleiteado, a teor do art. 818 da CLT, c/c o art. 373 do CPC.

No caso, a reclamante, na inicial, afirma ter sofrido prejuízos de natureza moral, decorrentes de xingamentos e agressões por parte dos clientes, bem como de humilhação causada por preposto da ré, que, além de não ter permitido que ela fosse ao banheiro, não deixou que ela trocasse de roupa, o que fez com que trabalhasse até o final do expediente toda urinada, perante clientes e colegas da empresa. Diz, ainda, que foi demitida quando estava grávida, sem a percepção das parcelas rescisórias a que fazia jus, tendo ficado totalmente desamparada em um momento tão especial de sua vida.

A prova testemunhal produzida, consoante o apreendido na origem, confirma que a reclamante teve restringido o seu acesso ao banheiro, e, ainda, que em razão disso, acabou urinando nas calças, passando constrangimento perante clientes e colegas de trabalho. Veja-se que a testemunha ouvida no feito a convite da reclamante, Claudina Richardi, que laborou para a reclamada de 29/10/2012 a 13/02/2017, na mesma loja de Capão da Canoa, refere que *"... trabalhava abastecendo e a reclamante no caixa, mas como um funcionário falava com o outro a depoente ficou sabendo qualquer a reclamante tinha*

problemas urinários e não lhe era permitido ir ao banheiro; que soube que uma vez a reclamante se urinou sentada na cadeira do caixa; ... que ficou sabendo que depois que se urinou a reclamante não foi liberada para ir ao banheiro, tendo permanecido no posto de trabalho; que ficou sabendo isso por comentários de colegas dentro do mercado; questionado sobre o teor dos comentários, se os colegas riam ou ficavam com pena, disse que não viu ninguém com pena, mas também não riam; ... que o procedimento quando a caixa precisava ir no banheiro era chamar uma das fiscais de caixa, salientando que muitas vezes elas não deixavam, pois primeiro precisavam atender os clientes; que não era colocado o aviso de ocupado e passados os clientes para outro caixa".

Tal procedimento, por certo, revela-se suficientemente grave a ensejar o dano moral alegado, haja vista que não foi preservada a dignidade da trabalhadora.

Ressalto, em vista das alegações recursais da reclamada, que não exime o empregador da responsabilidade pela reparação do dano, nos termos do artigo 932, III, do Código Civil, o alegado desconhecimento da conduta lesiva, quando praticado por seu empregado ou preposto, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele, como no caso em apreço.

Da mesma forma, salvo melhor juízo, entendo que o fato de a reclamante ter sido demitida sem justa causa enquanto estava grávida, consoante reconhecido na origem e ora será mantido em item a seguir, tendo-lhe sido obstada a percepção das parcelas rescisórias devidas em tal modalidade de ruptura contratual - já que a reclamada alegou ter a empregada pedido demissão -, ainda que implique em prejuízo passível de reparação material, também é gerador de abalo moral hábil a autorizar o deferimento da respectiva indenização. É inequívoco o prejuízo à esfera íntima da empregada grávida que, além de desempregada, deixa de perceber parcelas fundamentais à garantia da sua subsistência e da sua família, mormente se considerarmos a dificuldade de aquisição de um novo emprego nessa condição.

Nesse contexto, e considerando, ainda, a gravidade da situação vivenciada pela reclamante, decorrente da sua restrição de acesso ao banheiro supra narrada, acolho, em parte, o seu apelo, a fim de majorar a indenização para R\$ 5.000,00, adequando-a aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Nego provimento ao apelo da reclamada.

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE (Matéria remanescente)

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Razão não assiste à reclamante quando se insurge contra o indeferimento do pleito de honorários advocatícios.

Diante do cancelamento da Súmula nº 61 deste Tribunal, passo a adotar o disposto nas Súmulas nº 219 e 329 do TST, de modo que a condenação ao pagamento de honorários assistenciais depende do preenchimento dos requisitos previstos no art. 14 da Lei nº 5.584/70, em especial no que concerne à existência de credencial sindical, o que não ocorre no caso concreto.

De outro norte, indevidos honorários de sucumbência. O art. 791-A da CLT, inserido pela Lei nº 13.467/17 (popularmente conhecida como Reforma Trabalhista), somente se aplica aos processos que tenham seu curso iniciado após a vigência da norma legal em questão, isto é, ações distribuídas a partir de 11/11/2017, o que não é o caso.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, no tópico.

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA (Matéria remanescente)

1. PEDIDO DE DEMISSÃO. REVERSÃO.

A reclamada não se conforma com a decisão que, entendendo ter ocorrido despedida, sem justa causa, da reclamante, estando ela ao abrigo da estabilidade provisória prevista pelo artigo 10, II, "b", do ADCT, deferiu o pagamento de saldo de salário correspondente a onze dias trabalhados no mês de agosto de 2014; aviso prévio indenizado correspondente a trinta e três dias (indisponível às partes a proporcionalidade do aviso prévio); salário do período de estabilidade posterior ao afastamento da reclamante; férias acrescidas de 1/3 de todo período contratual, considerando, inclusive, o período estável e pertinente ao aviso prévio indenizado; gratificação natalina proporcional do ano de 2015, considerando, inclusive, o período estável e pertinente ao aviso prévio indenizado; FGTS incidente sobre as parcelas salariais acima deferidas (saldo de salário, aviso prévio, salário do período de estabilidade e gratificação natalina) e multa de quarenta por cento incidente sobre o valor do FGTS recolhido e deferido, autorizada a dedução de eventual parcela recolhida. Afirma que não foi produzida prova testemunhal que comprovasse que a reclamante foi coagida a pedir demissão, não servindo para tanto a mera alegação por ela deduzida nesse sentido. Assinala que não havendo falar na reversão do pedido de demissão em despedida sem justa causa, indevidas as parcelas rescisórias deferidas. Diz, ainda, que uma vez válido o pedido de demissão, igualmente não há falar em indenização pela estabilidade da gestante e, por consequência, na respectiva indenização. No caso de manutenção do julgado no tocante à reversão do pedido de demissão em despedida sem justa causa, alega ser indevido o pagamento de férias com 1/3. Invoca a norma inserta no artigo 133, I, da CLT.

Não procede a inconformidade.

Quanto à matéria em questão, tenho que as razões oferecidas no recurso não infirmam as conclusões exaradas na sentença que, com base no conjunto probatório, notadamente no depoimento do preposto da

própria reclamada, reconhece ter sido da reclamada a iniciativa da ruptura contratual, sem justa causa, mantendo-se a sentença por seus próprios fundamentos, a fim de evitar tautologia:

A reclamante alega na inicial, em síntese, que "trabalhou para a reclamada no período de 05 de dezembro de 2013 a 11 de agosto de 2014"; que "foi anotada a data de saída como se a reclamante tivesse sido demitida no dia 28 de julho de 2014, quando a data correta é 11 de agosto 2014"; que "quando ocorreu a demissão, [...] estava grávida"; e que "até a presente data [...] não recebeu e nem assinou o termo de rescisão de contrato". Pede, diante disso, pagamento de "verbas rescisórias inerentes à demissão sem justo motivo, sendo declarado nula toda e documentação quanto a sua demissão"; aplicação de "multa prevista no artigo 477 da CLT"; pagamento de "30 (trinta) dias de aviso prévio"; "pagamento da multa do art. 467, da CLT"; declaração de nulidade de "todos os documentos relativos à inexistente solicitação de demissão"; reconhecimento do "período de 25 de julho de 2014 até a presente data como sendo de estabilidade provisória [...], com pagamento dos salários deste período"; em antecipação de tutela, "reintegração da reclamante ao emprego na sua devida função como consta na CTPS"; ou alternativamente ao pedido antecedente, pagamento de "indenização do período estabilitário compreendido entre a confirmação (concepção) da gravidez até cinco meses após o parto".

A reclamada contesta manifestando que "a rescisão do contrato de trabalho da reclamante se deu por iniciativa da própria autora, que requereu o seu desligamento"; e que "o fato de a rescisão contratual operada ter sido por pedido de demissão afasta por completo qualquer pretensão de estabilidade no caso em tela".

A respeito da motivação da rescisão do contrato, a reclamada alega que a reclamante pediu demissão, contudo, não junta à reclamatória tal pedido, tampouco termo de rescisão desse contrato. Além disso, a preposta da reclamada, em depoimento, fls. 195-6, afirma não ter conhecimento sobre os fatos, o que a torna confessa quanto a esse fato. Reconheço, pois, a iniciativa da reclamada, sem justa causa, à rescisão do contrato.

Em relação à estabilidade provisória, é incontroverso o vínculo entre as partes em período pretérito à gestação, tendo a reclamante direito à estabilidade provisória, conforme art. 10, II, "b" do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (a legislação não exige a prévia comunicação da gestante ao empregador, pois o objetivo aqui é a proteção do nascituro). Reconheço, pois, a estabilidade provisória da reclamante até 31/08/2015, data esta referente aos cinco meses posteriores ao nascimento da criança, conforme certidão de nascimento, fl. 197.

Nesse sentido, aliás, o entendimento manifestado por meio da Sumula n.º 244, I, do Tribunal Superior do Trabalho ao contemplar a proteção à gestante, e conseqüentemente ao nascituro:

"GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA.

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT)."

(sublinhei)

Por conseqüência, condeno a reclamada (...) ao pagamento ou recolhimento das seguintes parcelas, observados os fundamentos antecedentes, os limites dos pedidos e o

período compreendido entre a data do afastamento, 11/08/2014, e o término da garantia de emprego, 31/08/2015, que acrescido de trinta e três dias de aviso prévio indenizado projeta o contrato até 03/10/2015:

- a) saldo de salário correspondente a onze dias trabalhados no mês de agosto de 2014;*
- b) aviso prévio indenizado correspondente a trinta e três dias (indisponível às partes a proporcionalidade do aviso prévio);*
- c) salário do período de estabilidade posterior ao afastamento da reclamante;*
- d) férias acrescidas de 1/3 de todo período contratual, considerando, inclusive, o período estável e pertinente ao aviso prévio indenizado;*
- e) gratificação natalina proporcional do ano de 2015, considerando, inclusive, o período estável e pertinente ao aviso prévio indenizado;*
- f) FGTS incidente sobre as parcelas salariais acima deferidas (saldo de salário, aviso prévio, salário do período de estabilidade e gratificação natalina) e multa de quarenta por cento incidente sobre o valor do FGTS recolhido e deferido, autorizada a dedução de eventual parcela recolhida;*
- g) e multa do §6º do art. 477 da Consolidação das Leis do Trabalho.*

Esclareço, ainda, que está prejudicado o pedido preliminar de reintegração do período estável, pois o transcurso da estabilidade provisória e as alegações iniciais (sugerindo animosidade no ambiente de trabalho) inviabilizam o retorno da reclamante ao trabalho, e que não prospera a pretensão de aplicação da multa estabelecida no art. 467 da Consolidação das Leis do Trabalho, pois não há parcela rescisória incontroversa inadimplida no momento da audiência inicial, fl. 98.

Portanto, julgo procedentes os pedidos acima discriminados e destacados, com os reconhecimentos, fundamentos e considerações pertinentes e antecedentes a eles, inclusive. Julgo, por outro lado, improcedentes (ou prejudicado, conforme fundamentos respectivos) os pedidos de "pagamento da multa do art. 467, da CLT"; e de "reintegração da reclamante ao emprego na sua devida função como consta na CTPS".

Importa registrar, que a continuidade da relação empregatícia constitui presunção favorável ao empregado (C. TST, Súmula 212), transferindo ao empregador, ao contrário do defendido em razões recursais, o ônus probatório em relação à modalidade de dispensa ocorrida.

Acrescente-se, ainda, diante da pretensão deduzida no apelo de forma sucessiva, que não há falar, no caso em apreço, na aplicação da norma inserta no artigo 133, I, da CLT, visto que, diante do decidido, além de não ter sido da reclamante a iniciativa em deixar o emprego, também não lhe pode ser atribuída a responsabilidade pela inviabilidade da sua reintegração ao emprego.

Mantenho, pois, o julgado.

Nego provimento ao apelo.

2. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.

Insurge-se a demandada contra a decisão que, acolhendo as conclusões do laudo pericial, no sentido de que as atividades da reclamante, no período compreendido entre 05/03 e 11/08/2014, eram insalubres em grau médio em razão da exposição ao frio, condenou-a ao pagamento do respectivo adicional. Afirma que a autora era Operadora de Caixa, jamais tendo laborado na fiabreria, razão pela qual não ingressava em câmaras frias. Alega que se tal ocorreu foi de forma eventual, destacando que coloca à disposição dos empregados que ingressam em câmara fria e de resfriamento, todos os EPI's necessários à elisão da insalubridade (japona térmica, coletes térmicos, calças térmicas, luvas, etc.). Requer, assim, a exclusão da condenação ao pagamento do adicional de insalubridade e, por consequência, dos honorários periciais.

À análise.

O laudo da perícia realizada no feito para fins de averiguação do trabalho em condições insalubres (fls. 157/169) foi produzido mediante inspeção nas dependências da reclamada, na qual compareceram a autora e representantes da reclamada.

No tocante às atividades desempenhadas pela reclamante, assim consta do laudo:

A Reclamante informou que suas" atividades consistiam em:

Durante os três ou quatro meses iniciais:

- trabalhar no caixa, cobrando o valor das mercadorias adquiridas pelos clientes, empacotando as mercadorias;

Após os três ou quatro meses iniciais:

- trabalhar na fiabreria, atendendo clientes no balcão, fatiando frios, buscando mercadorias na câmara frigorífica de resfriamento;

- limpar o balcão, o piso, vidros e cozinha;

- trabalhar na cozinha, preparando almoço para comercializar na loja, retirando as mercadorias da câmara frigorífica de congelamento, sendo que esta atividade era realizada durante dois domingos ao mês.

A Reclamante informou que usava apenas sapatos de proteção no período em que trabalhou na fiabreria.

De acordo com a ficha de controle de EPI (anexa) foram fornecidos: 01 napa/avental (CA 15573), 01 jaqueta (CA 17041), 01 par de sapatos (CA 9128).

A Reclamada, por sua vez, concordou com as informações prestadas pela Reclamante, porém informou que foi fornecido japona térmica.

Verifica-se, pois, ao contrário do defendido pela reclamada, a ausência de controvérsia quanto ao fato de a

reclamante ter laborado, após os três ou quatro meses iniciais, na fiabreria, tampouco em relação às tarefas por ela relatadas ao perito, que incluíam o ingresso em câmaras frigoríficas de resfriamento e de congelamento.

Igualmente não tem razão a recorrente quando afirma que havia o fornecimento de EPI's hábeis a elidir a insalubridade decorrente da exposição ao frio.

O perito, ao realizar a análise das condições de insalubridade, assim referiu quanto ao Anexo 9 - Frio:

A Reclamante ao exercer atividades entrando e saindo de câmaras frigoríficas, com temperaturas variando-entre - 15° C e 5o C, sem usar equipamento de proteção individual adequadamente, ficava exposta ao agente físico frio. Não foi comprovado documentalmente o fornecimento de EPI.

(sublinhei)

Na ficha de controle de EPI (anexa) consta o fornecimento na data de 28/mar/2014 dos seguintes equipamentos de proteção individual:

** 01 napa/avental de segurança (CA 15573), porém com seu CA vencido desde 07/06/2010, conforme Certificado de Aprovação anexo.*

** 01 jaqueta (CA 17041). porém este CA pertence á luvas para proteção contra agentes térmicos, conforme Certificado de Aprovação anexo.*

** 01 par de sapatos (CA 9128), válido, conforme Certificado de Aprovação anexo.*

A caracterização da insalubridade é determinada por avaliação qualitativa através de simples inspeção do local de trabalho e verificação da proteção adequada ao trabalhador, conforme Anexo N° 9 - Frio, da NR-15.

Nesse contexto, tem-se por correta a conclusão do laudo pericial no sentido de que a autora laborou em condições insalubres em grau médio em razão da exposição ao frio, conforme Anexo 9 da NR 15 da Portaria 3.214/78 do MTE, mostrando-se, assim, incensurável a sentença quando as acolhe e defere o respectivo adicional, com reflexos.

Sucumbente a reclamada, em razão do decidido, na pretensão objeto da perícia, remanesce a sua responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais, consoante o disposto pelo artigo 790-B da CLT.

Provimento negado.

3. HORAS EXTRAS.

A recorrente investe contra a sentença na parte em que, entendendo insuficientes os registros de horário trazidos aos autos para demonstrar a real jornada laborada, arbitrou, com base naquela indicada na inicial

e no depoimento pessoal da reclamante, observado, ainda, o princípio da razoabilidade, trabalho das 8h às 14h e das 16h às 20h, de segunda-feira a sábado, inclusive feriados (exceto Natal, Ano Novo e Páscoa) e, ainda, que em duas ocasiões por mês, dias úteis, a reclamante iniciava seu labor às 4h30min (e não às 8h, como antes reconhecido), e encerrava às 22h30min (e não às 20h, como antes reconhecido), condenando a reclamante ao pagamento de diferenças de horas extras, assim consideradas as excedentes de oito por dia e as excedentes de quarenta e quatro por semana não incluídas na primeira hipótese, com reflexos. Sustenta que a reclamante não logrou produzir prova capaz de invalidar os registros de horário juntados aos autos, tampouco de comprovar a jornada apontada na inicial. Afirma, ainda, que a jornada apontada pela recorrida era exceção e não a regra.

Ao exame.

Na inicial a reclamante afirma que seu horário de trabalho era das 8h às 14h e das 16h às 20h, sendo que no período de alta temporada, assim considerado dezembro a final de fevereiro, podia ser bem mais, de acordo com a necessidade de ficar a mais, muitas vezes com intervalo reduzido. Diz que por algumas vezes também laborou em "balanços", até a madrugada, sem poder sair do mercado. Alega que não obstante tenha laborado em jornada extraordinária, nos sábados, domingos e feriados, não recebeu as horas extras prestadas ao longo da relação de emprego.

A reclamada, em contestação, afirma que a reclamante sempre laborou em jornada de trabalho variável, de segunda a sábado, totalizando 44 horas semanais. Destaca que toda a jornada de trabalho realizada pela autora durante a contratualidade, foi devidamente registrada nos cartões de ponto. Sustenta que as horas extras laboradas, em algumas oportunidades, foram corretamente adimplidas ou compensadas. Quanto aos domingos e feriados, afirma que quando houve labor nesses dias, a reclamante recebeu a respectiva folga compensatória ou o devido pagamento, com os adicionais devidos previstos nas normas coletivas.

Em seu depoimento, a parte autora afirma "*... que seu horário era das 8h às 14h e das 16h às 20h, mas algumas vezes passava, indo até 22h ou 22h30min. o que ocorreu poucas, uma ou duas vezes a cada 15 dias, mais no verão; que nesses casos tinha de bater o cartão às 20h e voltar e continuar trabalhando; que quando dos balanços tinha de chegar às 4h ou 5, conforme o chefe determinasse, mas podia bater o cartão somente às 8h; que se não se engana eram dois balanços por mês; que trabalhou nos balanços tanto no caixa quanto na fiabreria; ... que participou de todos os balanços; que os balanços era batidos corretamente, salvo nos balanços e quando ficava até mais tarde, quando batia a saída às 20h e votava a trabalhar; que nos domingos não podia bater o cartão; que no intervalo a depoente batia a saída às 13h, mas saía às 14h; ... que trabalhava três domingos por mês; que quando trabalhava no domingo tinha uma folga em outro dia da semana".*

Por força do disposto no §2º do artigo 74 da CLT, compete ao empregador que mantém mais de dez

empregados a pré-constituição da prova da jornada por esses realizada. Nesse sentido, se o empregador não junta aos autos os controles de frequência, bem como altera ou impede a anotação dos horários efetivamente laborados, determinando inclusive os horários a serem marcados pelo trabalhador, distintos daqueles em que prestados os serviços, obstaculiza a produção da prova da jornada de trabalho pelo empregado, o qual se vê desincumbido do ônus de provar aquela que informa na petição inicial, que deve, salvo prova em contrário, ser admitida como verdadeira, consoante Súmula 338 do TST.

No caso em apreço, não obstante o contrato de trabalho tenha perdurado de 05/12/2013 à 11/08/2014, a reclamada trouxe aos autos os registros de horário apenas dos períodos de 16/11/2013 a 15/12/2013 e de 16/01/2014 a 15/02/2014 (fls. 136/137), cumprindo destacar que no tocante ao primeiro período indicado consignam jornada invariável, o que atrai a incidência do entendimento vertido no item III da Súmula nº 338 do TST, *in verbis*:

III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir.

Dessa feita, e considerando que a reclamada não produziu qualquer prova quanto à jornada de trabalho da reclamante, não merece censura a sentença quando arbitra a mesma com base naquela indicada pela parte autora e, ainda, observado o princípio da razoabilidade, como sendo das 8h às 14h e das 16h às 20h, de segunda-feira a sábado, inclusive feriados (exceto Natal, Ano Novo e Páscoa), bem como que em duas ocasiões por mês, dias úteis, a reclamante iniciava seu labor às 4h30min (e não às 8h, como antes reconhecido), e encerrava às 22h30min (e não às 20h, como antes reconhecido), e defere diferenças de horas extras.

Nego, pois, provimento ao apelo.

PREQUESTIONAMENTO.

Consideram-se prequestionados os dispositivos legais invocados pelas partes, na forma da OJ nº 118 da SDI-I do TST, *verbis*:

PREQUESTIONAMENTO. TESE EXPLÍCITA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 297.

Havendo tese explícita sobre a matéria, na decisão recorrida, desnecessário contenha nela referência expressa do dispositivo legal para ter-se como prequestionado este.

ROSANE

SERAFINI

CASA

NOVA

Relator

VOTOS

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADORA ROSANE SERAFINI CASA NOVA (RELATORA)

DESEMBARGADOR FABIANO HOLZ BESERRA

DESEMBARGADORA SIMONE MARIA NUNES