

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO
17ª Turma

PROCESSO TRT/SP Nº 1000885-17.2021.5.02.0604 - 17ª TURMA - CADEIRA 1

RECURSO ORDINÁRIO

ORIGEM: 4ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO - ZONA LESTE

RECORRENTE: Edutil Transportes Ltda EPP

RECORRIDO: D. O.

JUIZ(A) PROLATOR(A) DA SENTENÇA: Alessandro Roberto Covre

RELATORA: CATARINA VON ZUBEN

EMENTA

Rescisão indireta. Ausência de imediatidade. Ajuizamento da ação após mais de 06 anos de trabalho nas mesmas condições, o que configura perdão tácito. Recurso provido para reconhecer o término do contrato por pedido de demissão.

RELATÓRIO

Inconformado com a r. sentença de fls. 297/313, que julgou procedente em parte a ação, complementada pela decisão de embargos de fls. 333/335, a recorrente apresenta recurso ordinário (fls. 336/355), postulando a reforma em relação ao cerceamento do direito à prova, horas extras, rescisão indireta e honorários advocatícios.

Contrarrazões - Id. 50060bc.

VOTO:

Admissibilidade

Conheço do recurso, por presentes os pressupostos legais de admissibilidade.

Do cerceamento do direito à prova

A testemunha da recorrente disse (fl. 265) que o autor *"não ultrapassava o horário das 17h15min (...) fazia entregas apenas em São Paulo, zona leste e região central, apenas São Paulo capital"*, mas o preposto confessou (fl. 265) que *"o reclamante fazia entrega em SP e grande SP; que o horário de retorno é por volta das 15h00min/18h00min; que raramente o reclamante ia para o litoral"*. Ora, o preposto disse que o autor poderia retornar às 18h e, portanto, não é verdadeira a afirmação da testemunha de que *"não ultrapassava o horário das 17h15min"*. Além disso, a testemunha contrariou o preposto ao afirmar que o autor não fazia entregas fora de São Paulo. Essas contradições e divergências evidenciam a falta de

veracidade dos fatos, não podendo ter credibilidade o seu depoimento, como fundamentado pela sentença.

Rejeito.

Das horas extras

A defesa (fls. 61/74) sustenta que o autor tinha dois cartões de ponto, *"o primeiro (oficial) para anotar a jornada de trabalho, e o segundo (não oficial), para anotar horas extraordinárias, porém, em ambos os cartões existiu a marcação de jornada extraordinária, sendo que todas as horas foram quitadas conforme holerites. Portanto, esclarece a reclamada que registrava as horas extras prestadas em cartão não oficial, e as quitava por meio de holerites específicos"*.

A recorrente juntou os controles e os recibos oficiais e não oficiais (fls. 121/263) para a prova de suas alegações.

No entanto, o confronto de ambos os controles demonstra que os horários anotados não são os mesmos. Por exemplo, no controle "oficial" de janeiro de 2017 há registro de trabalho no dia 4 das 7h às 17:15h com intervalo das 12h às 13:30h (fl. 129), enquanto que no controle não oficial (fl. 194) não há registro de horário, mas somente anotação de 2.43 horas extras. O mesmo horário foi cumprido pelo autor no dia anterior, dia 03 (fl. 129), mas não há nenhuma marcação de horas extras no controle não oficial (fl. 194). No dia 05.01.2017 (fl. 129) há registro de horas extras, mas no cartão não oficial do mesmo dia (fl. 194) não há nenhuma anotação. O fato de a ré ter pago 32:22 horas extras em janeiro de 2017 não quer dizer que a jornada era corretamente anotada, mas somente que confirma a versão da inicial de que eram pagas de forma parcial. Ademais, a dedução foi autorizada pela sentença (fl. 308).

Por outro lado, o autor era motorista caminhoneiro e fazia entregas de mercadorias em diferentes cidades do Estado de São Paulo, conforme admitiu o preposto, não sendo razoável que em quase todos os dias retornasse à empresa no mesmo horário às 17:15h, considerando as condições de trânsito da cidade de São Paulo.

Além disso, os controles relativos à jornada extraordinária apresentam-se parcialmente ilegíveis, no que diz respeito aos registros mecânicos, além de possuírem anotações manuais e à lápis, como bem fundamentado pela sentença.

Essas contradições fragilizam a tese da reclamada de que os cartões de ponto são fidedignos, prevalecendo a versão do reclamante no sentido de que as anotações estão incorretas.

Portanto, os registros não merecem credibilidade pelo que incide o entendimento sedimentado no item III, da Súmula 338, do C. TST:

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. (ex- OJ nº 306 - DJ 11.08.2003)

Assim, a jornada fixada pela sentença ("de segunda à sexta, da seguinte forma: - em três dias da semana, das 04h00min às 19h30min; - em dois dias da semana, das 04h00min às 22h30min; - duas vezes por mês, das 04h00 até às 22h00 e no dia seguinte, das 04h00 até às 17h00, quando era obrigado a dormir no caminhão em viagens") está confirmada pela prova dos autos.

Mantenho a sentença.

Do término do contrato. Justa causa. Abandono de emprego.

O autor informa que trabalhou até 09.06.2021 e pede a rescisão indireta do contrato, "*Por não mais concordar com a extenuante e desumana jornada de trabalho, e sem receber corretamente pelas horas extraordinárias trabalhadas...*".

A defesa sustenta que o autor abandonou o emprego e rescindiu o contrato por justa causa, porquanto não atendeu seu pedido de retorno através de telegramas para justificar suas ausências.

A ré juntou as cópias dos telegramas que enviou ao autor nos dias 18.06, 22.06 e 28.06 (fls. 79/85). No entanto, a presente ação foi ajuizada em 16.06.2021 com pedido de rescisão indireta. Ou seja, antes do primeiro telegrama enviado pela ré, o autor já havia ajuizado a ação, o que afasta a alegação de abandono de emprego.

A rescisão indireta do contrato de trabalho decorre de falta grave cometida pelo empregador, por descumprimento de obrigações contratuais que causem prejuízos ao trabalhador, a ponto de tornar inviável a manutenção da relação empregatícia, conforme os termos do artigo 483 da CLT. Trata-se da pena mais grave que pode ser atribuída ao empregador e, para tanto, é imprescindível que a prática do ato ilícito praticado obste a continuidade do vínculo de emprego.

No caso, embora tenha sido constatado que o autor era submetido à jornada extenuante (item acima, das horas extras), o contrato de trabalho iniciou em 17.10.2014, sendo que o pedido de rescisão indireta ocorreu com o ajuizamento da presente ação, em 16.06.2021. Ou seja, somente após mais de 06 anos de trabalho nessas condições é que o autor postula o término do contrato por culpa do empregador. A rescisão indireta exige imediatidade da

falta e no caso não foi alegado que as condições foram distintas no curso do contrato. Ou seja, a situação foi tolerada por mais de 06 anos, o que configura perdão tácito. Por outro lado, o autor ajuizou ação com pedido de rescisão indireta antes do envio dos telegramas pela ré, requerendo o retorno ao trabalho, o que afasta a alegação de abandono de emprego.

Assim, tem-se que o término do contrato ocorreu a pedido de demissão por parte do autor. Diante disso, excluo da condenação o pagamento das verbas rescisórias decorrentes da rescisão indireta, bem como a indenização do seguro desemprego e da multa de 40% do FGTS.

Por outro lado, uma vez que o término do contrato ocorreu a pedido de demissão e, considerando que o autor trabalhou até 09.06.2021 (fato incontroverso), faz jus ao saldo de salário, férias+1/3, 13º salário e depósito do FGTS na conta vinculada, cujos valores serão apurados em liquidação de sentença.

Dos honorários advocatícios

A presente ação foi ajuizada em 16.06.2021 e, portanto, após a vigência da Lei 13.467/2017, sendo devidos os honorários advocatícios, e, considerando o trabalho adicional realizado pelo(a) advogado(a) do(a), mantenho os honorários advocatícios arbitrados na origem para o montante de 10% sobre o valor da liquidação.

Expedição de Ofício ao MPT

Comprovado o labor por parte do reclamante em jornada extenuante, conforme item das horas extras, determino a expedição de ofício ao Ministério Público do Trabalho para as providências pertinentes.

Acórdão

ANTE O EXPOSTO, ACORDAM os Magistrados integrantes da 17ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em: Por unanimidade de votos, CONHECER do recurso ordinário, e, no mérito, **DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO** para excluir da condenação as verbas rescisórias, indenização do seguro desemprego e FGTS+40% pela rescisão indireta e deferir as verbas rescisórias com base no pedido de demissão, nos termos da fundamentação do voto. Oficie-se ao MPT, com envio de cópia do presente. Mantido o valor da condenação. Consideram-se, para fins recursais, devidamente prequestionadas todas as matérias apresentadas no apelo.

Presidiu o Julgamento o Exmo. Sr. ALVARO ALVES NÔGA.

Tomaram parte no Julgamento os Exmos. Srs. CATARINA VON ZUBEN (relator), LUIS AUGUSTO FEDERIGHI (revisor) e MARIA DE LOURDES ANTONIO (3ª votante).

Presente o ilustre representante do Ministério Público do Trabalho.

2-

CATARINA VON ZUBEN
Relatora

VOTOS