



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO
7ª Turma

Identificação

PROCESSO n° 0020340-43.2013.5.04.0334 (RO)
RECORRENTE: JOAO EDUARDO AVILA BASSUINO
RECORRIDO: STAHL BRASIL SA
RELATOR: WILSON CARVALHO DIAS

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. INTERVALOS INTRAJORNADA. Caso em que havia a pré-assinalação do intervalo intrajornada nos controles de ponto, o que está autorizado pelo art. 74, § 2º, da CLT, tendo o reclamante confessado em seu depoimento que registrava fielmente a jornada de trabalho. Conclusão de validade dos controles de ponto juntados aos autos, inclusive no tocante aos intervalos intrajornada, e de atendimento ao disposto no art. 71 da CLT. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 04ª Região: preliminarmente, por unanimidade, **NÃO CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE (JOÃO EDUARDO)** quanto à incidência do FGTS e da indenização compensatória de 40% sobre as parcelas remuneratórias deferidas. No mérito, por unanimidade, **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE** para acrescer à condenação o adicional de horas extras sobre as horas irregularmente compensadas no regime de compensação semanal, com reflexos nas mesmas parcelas especificadas na sentença para as horas extras. Valor da condenação acrescido em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Custas adicionais de R\$ 100,00 (cem reais).

Intime-se.

Porto Alegre, 19 de março de 2015 (quinta-feira).

RELATÓRIO

Inconformado com a sentença (ID 1191492), o reclamante interpõe recurso ordinário (ID 1332561).

Pretende a reforma daquela em relação aos seguintes tópicos: reflexos do adicional de periculosidade em

demais parcelas, intervalo intrajornada, regimes de compensação horária, equiparação salarial, salário-substituição, indenização pelo desenvolvimento de *software*, assédio moral e FGTS acrescido de indenização compensatória de 40%.

Com contrarrazões da reclamada, STAHL BRASIL SA (ID 1594739), os autos são remetidos a este Tribunal para apreciação.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

I - PRELIMINARMENTE

Não conhecimento. FGTS acrescido de indenização compensatória de 40%. Ausência de interesse recursal

Não merece ser conhecido o recurso do reclamante quanto à incidência do FGTS, acrescido da indenização compensatória de 40%, sobre as parcelas deferidas na presente demanda por ausência de interesse recursal, uma vez que o Juízo de origem (ID 1191492 - Pág. 5), já deferiu tal incidência, nestes termos:

Por força do disposto nos artigos 15, parágrafo 6º, da Lei 8.036/90, e 28, parágrafo 9º, da Lei 8.212/91, são devidas ao reclamante as incidências do FGTS, acrescidas de 40%, nas seguintes parcelas remuneratórias constantes da condenação: horas extras, com reflexos em repouso semanais remunerados, aviso-prévio e gratificações natalinas.

Os valores serão apurados em liquidação, e oportunamente liberados por meio de alvará judicial.

Assim, não conheço do recurso ordinário do reclamante quanto à incidência do FGTS e da indenização compensatória de 40% sobre as parcelas remuneratórias deferidas.

II - MÉRITO

1. Intervalo intrajornada

O reclamante insurge-se contra o indeferimento da remuneração relativa ao intervalo intrajornada. Alega que havia possibilidade de alteração unilateral dos registros por meio do sistema de "TI" da reclamada,

uma vez que não registravam o intervalo intrajornada. Impugna os registros de horário. Diz que os intervalos eram gozados apenas parcialmente. Sustenta que a reclamada não atendeu ao disposto nos arts. 71, § 4º e 74, § 2º, da CLT, invocando a OJ 307 da SDI-I do TST.

O Juízo de origem (ID 1191492 - Pág. 2), com base no depoimento do reclamante, considerou válidos os registros de horário, bem como indeferiu a pretensão, uma vez que entendeu prevalecer, no caso, a pré-assinalação dos registros de horário, nestes termos:

Os controles anexados pela reclamada (ids. 275583 e seguintes) revelam-se legítimos. Com efeito, a) ao ser inquirido, o reclamante admitiu que "registrava os horários de trabalho efetivamente cumpridos (id. 558773).

A declaração do autor - "fazia intervalo, para descanso e alimentação, de 20 minutos" - não encontra amparo nos elementos de convicção reunidos nos autos, prevalecendo, portanto, a pré-assinalação dos intervalos, na forma do parágrafo 2º do art. 74 da CLT.

Analiso.

Quanto à validade dos registros de horário, deve ser mantida a sentença, porquanto, como bem referido pelo Juízo, o reclamante confessou, em audiência, que registrava a jornada de trabalho que efetivamente realizava, tendo assim referido (ID 580773 - Pág. 1): "**registrava os horários de trabalho efetivamente cumpridos; fazia intervalo, para descanso e alimentação, de 20 minutos [...]**"(sublinhei)

Afora isso, a prova oral não evidencia qualquer manipulação do sistema de controle de horário pela reclamada, nada tendo referido sobre o aspecto a única testemunha ouvida no feito, PAULA FABIANE DOS P. D., a qual foi convidada a depor pelo reclamante.

A pré-assinalação do intervalo intrajornada é autorizada no art. 74, § 2º, da CLT - e, no caso, as pré-assinalações efetuadas pela reclamada dão conta da concessão de 1 (uma) hora de intervalo intrajornada diariamente (p. ex., ID 275256 - Pág. 1). Assim, tendo sido pré-assinalados os intervalos intrajornada, incumbia ao reclamante produzir prova hábil a afastar a presunção favorável à reclamada, ônus do qual não se desincumbiu a contento. Com efeito, a única testemunha ouvida no feito, PAULA FABIANE, nada relata quanto à fruição do intervalo. Além disso, reputo frágil os documentos referentes ao movimento de colaboradores (ID 235183 - Pág. 1) para provar a supressão do intervalo, porquanto consignam registros de entrada e saída em horários variados e não específicos em relação ao período intervalar. Cito, por exemplo, o dia 14.01.2008, em que há 8 (oito) registros no documento, não sendo possível verificar a fruição do intervalo intrajornada.

Destaco que a referência constante nas razões recursais acerca do julgamento proferido nos autos do Processo 0020022-06.2012.5.04.0331 em nada altera a conclusão acima externada. Esclareço, por oportuno, que no referido processo a sentença não foi proferida pelo mesmo Juiz que atuou neste feito,

além do que, de acordo com pesquisa realizada no sítio eletrônico deste Tribunal, a sentença daqueles autos foi reformada no aspecto por este Tribunal.

Ressalto, ainda, que ao Juízo cabe decidir de acordo com a prova produzida no feito, incumbindo-lhe apenas fundamentar a sua decisão segundo o seu livre convencimento.

Indevida a remuneração decorrente da supressão do intervalo intrajornada, não há falar em incidência do adicional de periculosidade no cálculo da parcela.

Nesse contexto, nego provimento.

2. Regime de compensação horária semanal. Sistema de banco de horas

O reclamante não se conforma com o reconhecimento de validade dos regimes de compensação horária. Alega que a supressão do intervalo intrajornada acarretou a prestação habitual de horas extras e, por esse motivo, seria inválida a compensação horária realizada. Argumenta, ainda, que a compensação horária semanal foi adotada de forma concomitante com o sistema de banco de horas, o que, por si só, determina a nulidade dos regimes, diante da incompatibilidade destes. Cita jurisprudência.

O Juízo de origem (ID 1191492 - Pág. 2) reconheceu a validade dos regimes de compensação horária adotados - semanal e banco de horas -, porquanto instituídos por normas coletivas, entendendo não haver óbice legal a adoção concomitante desses regimes. Referiu, ainda, que tais regimes foram corretamente observados no curso do contrato de trabalho.

Examino.

Segundo entendo, a própria instituição do banco de horas, de forma concomitante com a compensação horária semanal, já denuncia o caráter habitual destas horas extras. Referidas circunstâncias desvirtuam a compensação horária semanal, a qual resulta, em razão disso, na sua invalidade. Desse modo, é irregular a compensação horária promovida na própria semana, restando devido o adicional de horas extras sobre as horas irregularmente compensadas, conforme entendimento da Súmula 85, III e IV, do TST, o qual adoto.

Quanto ao sistema de banco de horas, contudo, não prospera o recurso. Ora, se o sistema de banco de horas pressupõe a prorrogação habitual da jornada normal de trabalho, tal circunstância, por si só, não é capaz de o invalidar. Assim, observadas as alegações constantes nas razões recursais do reclamante, tenho por válido o sistema banco de horas adotado durante o contrato de trabalho.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso ordinário do reclamante para acrescer à condenação o adicional de horas extras sobre as horas irregularmente compensadas no regime de compensação semanal, com reflexos nas mesmas parcelas especificadas na sentença para as horas extras. Não há falar em integração

do adicional de periculosidade na base de cálculo da parcela, porquanto deferido apenas o adicional de horas extras, cuja base de cálculo já é definida no próprio valor-hora.

3. Equiparação salarial. Salário-substituição

O reclamante não se conforma com o indeferimento da equiparação salarial com o paradigma MÁRCIO RAFAEL. Diz que sempre trabalhou como programador de produção, jamais como auxiliar de informática. Refere que, durante 8 (oito) meses, desempenhou sozinho a função de programador mestre de produção. Afirma que a transferência do paradigma MÁRCIO RAFAEL ocorreu em junho/2004, sendo treinado por ele, recorrente, uma vez que a função de analista de processos desempenhada pelo paradigma não o credenciava diretamente para ocupar a função de programador de produção. Sustenta que o paradigma dependia dele, recorrente, considerando o treinamento recebido pelo paradigma, bem como por ter exercido as atividades durante 8 (oito) meses até que o paradigma fosse transferido. Aduz que o paradigma teria lhe solicitado orientação, inclusive, após sua despedida, consoante prova documental.

O Juízo de origem (ID 1191492 - Pág. 3), com base no depoimento do reclamante, indeferiu a pretensão, pois comprovada a inexistência de identidade de funções. Além disso, indeferiu o pedido sucessivo de salário-substituição, porquanto não provado que o reclamante tenha substituído o paradigma.

Examino.

Conforme consta na CTPS do reclamante, este trabalhou para a reclamada de 23.10.2000 a 14.03.2013, inicialmente na função de auxiliar de informática (ID 117799 - Pág. 3) e, em 01.01.2001, foi promovido à função de programador de produção (ID 117799 - Pág. 6).

As alegações do recorrente não merecem guarida, uma vez que o próprio reclamante confessou, em audiência, exercer função distinta da desempenhada pelo paradigma MÁRCIO RAFAEL R., referindo, inclusive, que este ocupava posição hierarquicamente superior à sua na reclamada. O reclamante assim relatou (ID 580773 - Pág. 1): "**[...] o depoente era programador de produção e Márcio Rafael, programador-mestre de produção; Márcio estava em posição hierárquica superior ao depoente; [...]**"

Destaco, por demasia, que os *e-mails* (ID 117804 - Pág. 14-15) trocados entre o paradigma e o reclamante, em que este orientava aquele em algumas operações, não demonstra qualquer dependência do paradigma em relação ao ora recorrente, servindo apenas para reforçar a constatação de que não exerciam as mesmas atividades na reclamada. Ora, tais *e-mails* somente revelam que o recorrente orientou o paradigma em questões meramente operacionais referentes ao trabalho que anteriormente realizava, o que é natural, uma vez que em uma empresa, o lógico, é que cada profissional domine uma área específica.

Nesse contexto, deve ser mantida a sentença no aspecto.

Relativamente ao pedido sucessivo de salário-substituição, observo que a reclamada negou que o reclamante tenha substituído o paradigma, motivo pelo qual era do trabalhador o ônus de provar tal substituição (CLT, art. 818), encargo do qual não se desincumbiu. Com efeito, não verifico prova de que o reclamante tenha substituído MÁRCIO RAFAEL, não havendo qualquer referência quanto ao particular pela única testemunha ouvida no feito, PAULA FABIANE DOS P. D. - convidada a depor pelo reclamante (ID 580773 - Pág. 2).

Registro, por oportuno, que a referência da preposta da reclamada, em audiência, de que "[...] Márcio nunca teve afastamentos longos do trabalho, no máximo 1 ou 2 dias em razão de problemas de saúde; acredita que, nessas oportunidades, era o autor que despachava com Alberto no caso de necessidade; desconhece problema crônico de saúde de Márcio, que determinasse seu afastamento periódico do trabalho" (sublinhei), não enseja o pagamento de diferenças salariais, por se tratar de substituição meramente eventual. Adoto no caso, a contrario sensu, a Súmula 159, I, do TST:

*SUBSTITUIÇÃO DE CARÁTER NÃO EVENTUAL E VACÂNCIA DO CARGO
(incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 112 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22
e 25.04.2005*

I - Enquanto perdurar a substituição que não tenha caráter meramente eventual, inclusive nas férias, o empregado substituto fará jus ao salário contratual do substituído.

(grifei)

Mantida a sentença, não há falar em integração do adicional de periculosidade no cálculo das parcelas ora apreciadas.

Nego provimento.

4. Indenização pela criação e desenvolvimento de *software*

O reclamante insurge-se contra o indeferimento de indenização pelo desenvolvimento de um *software* para suprir deficiência do sistema adotado na reclamada. Diz ter criado um programa para a reclamada (Gerenciamento do MPS e Cadeia de Suprimentos), tendo a empresa se apossado da referida ferramenta. Ressalta a importância da ferramenta para a reclamada, tendo esta se beneficiado do invento desde 2001 até hoje.

O Juízo de origem (ID 1191492 - Pág. 4) aplicou ao caso o disposto no art. 4º da Lei 9.609/98 e indeferiu a pretensão.

Analiso.

O art. 4º da Lei 9.609/98 - a qual disciplina proteção da propriedade intelectual de programa de computador e sua comercialização no país - assim estabelece:

*Art. 4º Salvo estipulação em contrário, **pertencerão exclusivamente ao empregador**, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos.*

*§ 1º Ressalvado ajuste em contrário, a compensação do trabalho ou serviço prestado **limitar-se-á à remuneração** ou ao salário convencionado.*

§ 2º Pertencerão, com exclusividade, ao empregado, contratado de serviço ou servidor os direitos concernentes a programa de computador gerado sem relação com o contrato de trabalho, prestação de serviços ou vínculo estatutário, e sem a utilização de recursos, informações tecnológicas, segredos industriais e de negócios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, da empresa ou entidade com a qual o empregador mantenha contrato de prestação de serviços ou assemelhados, do contratante de serviços ou órgão público.

§ 3º O tratamento previsto neste artigo será aplicado nos casos em que o programa de computador for desenvolvido por bolsistas, estagiários e assemelhados.

(grifei)

No caso, o reclamante, repiso, era programador de produção, sendo da essência das suas atividades a realização de programas de informática em benefício da empresa. De fato, consta na descrição de cargos da empresa que o programador de produção detém, entre outras atribuições, a de "**Otimizar o uso de recursos que atendam as políticas de estoques e serviços**" (ID 235198 - Pág. 1), do que se extrai que o desenvolvimento do sistema de Gerenciamento do MPS e Cadeia de Suprimentos era atividade afeta à sua função, não lhe sendo devida qualquer indenização nos termos do art. 4º, § 1º, da Lei 9.609/98. Ressalto, por oportuno, não haver no instrumento de contrato de trabalho (ID 274803 - Pág. 1- 2) qualquer cláusula estabelecendo exceção ao previsto na referida lei.

Nesse caminho, entendo que deve ser mantida a sentença, cujos fundamentos adoto como razões de decidir (ID 1191492 - Pág. 4):

*A Lei 9.609/98, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, dispõe em seu art. 4º: "salvo estipulação em contrário, **pertencerão exclusivamente ao empregador (...)** os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido durante a vigência de contrato (...) em que a atividade do empregado (...) seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos".*

Sobre a matéria, importa transcrever a lição de Alice Monteiro de Barros:

"Logo, só será de propriedade exclusiva do empregado a criação que não for

desenvolvida ou elaborada durante a relação empregatícia, tampouco decorra da natureza dos encargos alusivos ao vínculo empregatício. Se houver estipulação em contrário, os direitos poderão pertencer ao empregado, mesmo que a criação seja desenvolvida durante o liame empregatício ou em decorrência dele" (Curso de Direito do Trabalho, 5ª edição, LTr, São Paulo. 2009, p.634).

Na hipótese dos autos, a descrição da função do autor (id. 235198) prevê, dentre outras atividades, a de "otimizar o uso de recursos que atendam as políticas de estoques e serviços". E o reclamante esclareceu que, ao desenvolver o sistema "Gerenciamento do MPS", ele nada mais fez do que, justamente, potencializar o uso de um recurso preexistente na demandada ("EMS/DataSul"):

"(...) ao longo dos anos, o depoente desenvolveu uma ferramenta de apoio ao software adquirido pela reclamada à Datasul; essa ferramenta chama-se Gerenciamento de MPS, que serve de apoio à programação da produção; começou a desenvolver essa ferramenta em 2000/2001 e terminou em 2004/2005, mas, depois disso, seguiu fazendo adaptações; esse desenvolvimento foi feito somente pelo depoente (...)" (id. 580773).

Cumpra salientar, por demasia, que no contrato de trabalho do reclamante (id. 274803) não consta a mencionada "estipulação em sentido contrário", de modo que é impositiva a conclusão de que o recurso por ele desenvolvido pertence, de forma exclusiva, à reclamada.

Nego provimento.

5. Assédio moral

O reclamante não se conforma com o indeferimento da indenização por assédio moral. Argumenta que a prova testemunhal revela que sofria agressões no ambiente de trabalho. Assevera que seu superior hierárquico pressionava os empregados a fim de que pedissem demissão.

O Juízo de origem (ID 1191492 - Pág. 4- 5) indeferiu a pretensão indenizatória, porquanto constatou inconsistências entre os depoimentos da única testemunha ouvida no feito e o do reclamante. Afora isso, concluiu que o suposto tratamento grosseiro do Sr. Alberto era direcionado a todos os empregados e não apenas ao reclamante, o que afasta a caracterização do assédio moral.

Analiso.

O recurso do reclamante beira ao não conhecimento, uma vez que não investe de forma objetiva contra a conclusão do Juízo quanto às inconsistências dos depoimentos do reclamante, ora recorrente, e da testemunha PAULA FABIANE DOS P. D., única testemunha ouvida na demanda. Além disso, o reclamante não faz consideração mais aprofundada sobre a não caracterização do assédio moral no caso por inexistir perseguição ao reclamante, mas tratamento hostil a todos os empregados.

De qualquer forma, observo serem bastante pertinentes as ponderações do Juízo de origem quanto às inconsistências verificadas nos depoimentos do reclamante e da testemunha PAULA FABIANE DOS P.

D. , convidada a depor pelo reclamante.

O reclamante assim relatou (ID 580773 - Pág. 1):

[...] ao ingressar na empresa em 2000, notou a forma agressiva e grosseira dispensada pelo gerente Alberto aos empregados; até 2006, Alberto sequer cumprimentava o depoente; de vez em quando, Alberto gritava para Márcio Rafael para que este falasse com o depoente; a reclamada chegou a ter 116 empregados; o depoente se reportava a Márcio e este se reportava ao gerente Alberto; Alberto costumava colocar apelidos nos empregados, mas isso não aconteceu com o depoente; foi chamado de "incompetente", "idiota" e "boca-aberta" por Alberto; isso ocorreu de 2006 até o desligamento; Márcio também era tratado aos gritos.

A testemunha PAULA FABIANE DOS P. D., por sua vez, assim relatou (ID 580773 - Pág. 2):

[...] o chefe da depoente, José Carlos, fazia os contatos com Alberto, mas, diante de algum problema, Alberto ingressava no setor da depoente gritando; ele desrespeitava inclusive José Carlos, que era chamado de "bundão"; quando a depoente ficou grávida pediu para Alberto manter a porta de seu escritório fechada, pois ele fumava o tempo todo; Alberto referiu nessa ocasião que "só porque tinha ficado barriguda, acha que manda na empresa"; a área de trabalho era única, com divisórias até o teto, algumas delas de vidro; viu Alberto discutindo com o autor diversas vezes; como o autor reclamava do cigarro, várias vezes Alberto entrou na sala da depoente fazendo o seguinte comentário: "tenho nojo desse cara aí"; esse tratamento era dispensado por Alberto a todos, exceto Márcio Rafael; ouviu Alberto referir-se ao reclamante como "você é um bosta", "você é um merda"; não era permitido fumar na reclamada; trabalhou sempre no mesmo ambiente, exceto nos primeiros meses do contrato de trabalho; o autor não era objeto de tratamento diferenciado, exceto na questão do cigarro.

Como bem referido pelo Juízo de origem (ID 1191492 - Pág. 5):

As inconsistências entre os relatos são bem sensíveis: a) a testemunha refere que Alberto não destratava Márcio Rafael, enquanto o demandante disse que "Márcio também era tratado aos gritos"; b) a testemunha disse que ouviu Alberto chamar o reclamante de "bosta" e "merda", enquanto o demandante mencionou o emprego de outras expressões, como "incompetente", "idiota" e "boca-aberta"; c) os adjetivos desditosos mencionados pelo reclamante sugerem que a suposta ira de Alberto era decorrente de potenciais inconsistências no desempenho das atividades, enquanto a testemunha Paula foi categórica ao afirmar que "o autor não era objeto de tratamento diferenciado, exceto na questão do cigarro".

Assim, entendo que a prova oral colhida é frágil, devendo ser prestigiada a conclusão do Juízo de origem que colheu diretamente a prova, pois, em razão disso, certamente é o quem melhor condições tem para tal avaliação.

Diante do exposto, nego provimento.

Relator

VOTOS

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADOR WILSON CARVALHO DIAS (RELATOR)

JUIZ CONVOCADO MANUEL CID JARDON

DESEMBARGADORA DENISE PACHECO