

A C Ó R D Ã O

4ª TURMA

VMF/rqd/pcp/drs

RECURSO DE REVISTA - DESCONSTITUIÇÃO DA JUSTA CAUSA APLICADA AO TRABALHADOR - REDE DE SUPERMERCADOS QUE ADOTA PROCEDIMENTOS DE SEGURANÇA OFENSIVOS ÀS GARANTIAS INDIVIDUAIS DOS SUPOSTOS OFENSORES DO SEU PATRIMÔNIO - EMPREGADO DO SETOR DE SEGURANÇA QUE FOI PRESO POR OBEDECER A TAIS PROCEDIMENTOS. Conforme se depreende da análise soberana do Tribunal Regional a respeito da prova dos autos, se é fato que a conduta de imobilizar e manter em cárcere privado indivíduos que realizem furtos em estabelecimentos comerciais revela-se ilícita à luz do ordenamento jurídico vigente, também resultou comprovado nos autos que era essa a conduta que a reclamada orientava seus empregados a adotar como procedimento padrão de segurança patrimonial. Assim, a investida da empresa contra o patrimônio jurídico do trabalhador, ao apená-lo com justa causa em razão da tão só observância dos procedimentos usuais da empresa, que, aliás, o defendeu em sede *de habeas corpus*, afigura-se como uso de má-fé para se valer da própria torpeza, não podendo ser chancelada pelo ordenamento jurídico trabalhista. Ainda que na esfera penal subsista a responsabilidade individual de cada um dos envolvidos, assim como dos responsáveis pela ordem que os guiou, não se afigura razoável que, na esfera trabalhista, à luz do princípio protetor e do reconhecido caráter alimentar das parcelas discutidas, a reclamada sonegue ao obreiro as verbas rescisórias a que faria jus em uma despedida sem justa causa fundando-se, para tanto, na estrita obediência do trabalhador às suas ordens e procedimentos institucionais ilícitos. A empresa, que certamente já se beneficiou, no que concerne à proteção do seu patrimônio, da adoção de procedimento de segurança que desrespeita as garantias individuais daqueles que transitam no seu estabelecimento, não pode transferir para o reclamante o ônus econômico da política de segurança que adota.

Recurso de revista não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-1472400-64.2007.5.09.0015**, em que é Recorrente **WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA.** e Recorrido **REGINALDO ROCHA.**

O 9º Tribunal Regional do Trabalho, por meio do acórdão a fls. 308-320, negou provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamada e deu provimento ao

recurso ordinário manejado pelo trabalhador, para declarar a invalidade do regime de compensação havido no período compreendido entre 7/2/2003 e 31/7/2004 e, por conseguinte, para condenar a reclamada a pagar, como horas extraordinárias, as horas de trabalho excedentes ao limite diário de 7 horas e 20 minutos e ao limite semanal de 44 horas, bem como para deferir ao reclamante o pagamento de diferenças salariais decorrentes do reconhecimento de equiparação salarial com o paradigma apontado.

Inconformada, a reclamada interpõe recurso de revista a fls. 323-364, com respaldo no art. 896, alíneas - a- e -c-, da CLT, insurgindo-se quanto aos pontos da decisão que lhe foram desfavoráveis.

O recurso foi recebido por meio da decisão singular a fls. 372-372v, em razão da verificação de divergência jurisprudencial com relação ao tema -Multa Diária por Descumprimento de Obrigação de Fazer-.

O autor apresentou **contrarrrazões** a fls. 375-389. Nessa oportunidade, o reclamante também peticionou a fls. 390, formulando renúncia quanto à parte da condenação que havia dado ensejo ao recebimento da revista da reclamada (multa diária por descumprimento de obrigação de fazer).

A reclamada, intimada, não se opôs à desistência do obreiro (fls. 391), motivo pelo qual o Tribunal Regional homologou a renúncia e procedeu a novo juízo de admissibilidade a fls. 394-395, resultando recebido o apelo da ré, em razão do tema -Indenização por Dano Moral - Valor Arbitrado-.

O reclamante, a fls. 399, ratificou as contrarrrazões anteriormente apresentadas.

Ausente manifestação do Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83 do RITST.

É o relatório.

V O T O

1 - CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, concernentes à **tempestividade**, conforme fls. 322 e 323, à **representação processual**, consoante instrumentos de mandato a fls. 46 e 47, e ao **preparo**, conforme documentos a fls. 260-261 e 368-369, passo ao exame dos pressupostos intrínsecos.

- MULTA DIÁRIA - ANOTAÇÃO DA CTPS

Tendo em vista a renúncia do reclamante quanto a essa verba, comunicada a fls. 390 e homologada pela Corte regional a fls. 394-395, carece a reclamada de interesse recursal neste tópico.

1.2 - DESCONSTITUIÇÃO DA JUSTA CAUSA APLICADA AO TRABALHADOR - REDE DE SUPERMERCADOS QUE ADOTA PROCEDIMENTOS DE SEGURANÇA OFENSIVOS ÀS GARANTIAS INDIVIDUAIS DOS SUPOSTOS OFENSORES DO SEU PATRIMÔNIO - EMPREGADO DO SETOR DE SEGURANÇA QUE RESULTOU PRESO POR OBEDECER A TAIS PROCEDIMENTOS

A Corte regional confirmou a sentença que houver desconstituído a justa causa aplicada pela reclamada ao obreiro, aos seguintes fundamentos:

O Juízo de Primeiro Grau, à luz das provas oral e documental produzidas nos autos, considerou "indubitável que a ré tinha conhecimento e era conivente com o modo de abordagem de seus seguranças aos clientes que fossem pegos furtando mercadorias da loja", entendendo que "o autor agiu no exercício de sua função, sem a caracterização de excesso passível de responsabilização nos moldes adotados", motivo pelo qual reverteu a dispensa por justa causa que lhe foi aplicada pela empregadora, convertendo-a para a modalidade de desligamento sem justa causa, e deferindo os haveres rescisórios a esta correspondentes (fls. 207/213).

Protesta a ré, aduzindo que "a prova dos autos demonstrou o cometimento de ato grave que leva à rescisão contratual por justa causa". Entende não haver "que se falar em contradição da empresa ou afastamento da justa causa por ter apresentado argumento, no *habeas corpus*, de que o autor praticava atos de sua função, em exercício regular de direito, pois isto não se confunde e não é antagônico ao reconhecimento posterior, por parte da empresa, de que houve excesso na abordagem do reclamante, enquadrando sua condição no artigo, "j" da CLT e dispensando-o por justa causa" (*sic* - fls. 241). Resume dizendo que ele agiu de maneira exagerada e contrária às orientações da empresa, sendo este o fator que originou o ato de rescisão. Com estes e outros argumentos postula a reforma da decisão para que seja reconhecida válida a dispensa por justa causa aplicada.

Os fundamentos constantes na decisão de fundo não merecem qualquer censura.

A ex-empregadora efetivamente agiu na mais completa contradição. Em um primeiro momento impetrou **Habeas Corpus para liberar o autor da prisão, sustentando que foram regulares os procedimentos por ele adotados, e por outros colegas, no momento em que abordaram um ex-empregado que estava tentando sair da loja sem realizar o pagamento integral de produto que passou pelo caixa, e na sequência o dispensou por justa causa ao argumento de que cometeu ofensa física ao ex-coladorador sem observar a política interna da empresa e os treinamentos específicos do setor desta que buscava prevenir furtos no interior da loja.**

Os argumentos adotados pela ré no **Habeas Corpus**, e transcritos na sentença, são absolutamente claros no sentido de que no momento da abordagem do ex-

empregado o autor e os demais seguranças agiram em conformidade com a política que a empresa adotava em relação a furtos de mercadorias existentes em seu estabelecimento. Observe-se:

*4. Contudo esta não é a verdade dos fatos. Os **pacientes são fiscais de segurança no estabelecimento acima mencionado, e atuam para prevenir perdas de mercadorias por furto no interior da loja.***

5. A suposta vítima foi funcionário do mercado em questão no período compreendido entre novembro e janeiro últimos, sendo que, ao ser demitido, alegou ser possuidor de mais direitos trabalhistas do que os quitados na rescisão.

Dessa forma, compareceu por diversas vezes ao mercado em questão procedendo a escândalos, retirada de mercadorias sem o devido pagamento, etc.

*Tais fatos culminaram no ocorrido na última segunda-feira, quando os **pacientes perceberam que a suposta vítima passou pelo caixa e não pagou a quantia integral do produto que carregava sob os braços** (caixa de cerveja), tendo jogado uma nota de R\$ 10,00 (dez reais) contra a funcionária do caixa, enquanto que o valor deveria ser de R\$ 11,98 (onze reais e noventa e oito centavos, **obrigando-os a abordá-lo, momento em que o mesmo começou a agredi-los fisicamente e verbalmente, o que os levou a retirá-lo do local e encaminhá-lo à sala de controle de segurança.***

(...)

*Diante da continuidade das agressões por parte da suposta vítima, as quais foram presenciadas por diversas pessoas, tendo em vista ter ficado a porta da referida sala aberta a todo instante, **os requerentes se viram forçados a imobilizá-lo para evitar que os machucassem ou machucasse a si mesmo.***

7. Vale destacar que antes de passar no setor de bebidas, retirar a caixa de cerveja e dirigir-se ao caixa, a vítima compareceu na Administração do Big e requereu fossem pagos os supostos bônus de que seria credor.

Frente à negativa das funcionárias, que o lembravam do fato de já ter recebido tais bônus quando da rescisão de seu contrato de trabalho, a vítima começou a ofendê-las com palavras de baixo calão e ameaçá-las de agressão física e de morte.

(...)

A ação dos pacientes foi em exercício regular do direito ao praticar atos relativos à função de "fiscais de prevenção de perdas", pois as circunstâncias dos fatos não lhes deram outra alternativa a não ser afastar a vítima do mesmo ambiente onde se encontravam outros clientes. ... (fls. 24/26 - expressões aqui negritadas)

Por sua vez, a preposta, dentre as diversas declarações que prestou, informou que "era instrução da ré que o delinqüente deveria ser seguro na sala até que a Polícia Militar chegasse" (fls. 178 - item 15).

Como se não bastasse, **a testemunha de indicação obreira foi clara quando disse que se o pretense delinquente resistir é imobilizado e conduzido à sala de segurança até a chegada da Polícia, situação ocorrida com o ex-colaborador antes objeto de menção, que ofereceu resistência ao ser solicitado para que se dirigisse à sala de segurança, sendo segurado pelo braço e mobilizado porque "estava agitado e xingava bastante os funcionários"** (fls. 179 - itens 4, 5, 8, 25, 26, 27 e 28).

Por fim, **a testemunha convidada pela ré registrou que o ex-empregado detido pelos seguranças demonstrou condutas que pudessem ao menos ser consideradas razoáveis tanto antes da abordagem quanto após:**

5) conhece o Sr. Erico, que trabalhou no bazar, referindo-se ao mesmo como uma pessoa indisciplinada, de difícil trato; 6) o Sr. Erico achava que "o mercado devia para ele" e que podia "comer de graça"; 7) o Sr. Erico pegava chocolates, abria, comia, tentava pegar mercadorias; 8) sabe que teve um episódio em que foi chamada a PM e o Sr. Erico foi orientado a devolver mercadorias (chocolates) (...) 9) sabe também que houve um episódio seguinte com o Sr. Erico, em que faltou pagamento no caixa de umas cervejas; 10) o Sr. Erico queria levar a cerveja de graça; ... (fls. 180)

Enfim, conclui-se, com base na prova produzida nos autos, que o autor, no momento em que abordou ex-empregado que estava tentando se apropriar de mercadoria sem efetuar o integral pagamento do valor devido, não agiu de forma tal a justificar a dispensa por justa causa aplicada pela ré. Ao contrário, observou os procedimentos por esta determinados e que objetivavam, em suma, salvaguardar o patrimônio da empresa.

Mantém-se o **decisum**.

A recorrente, inconformada, alega que foi satisfatoriamente demonstrada, a partir da prova dos autos, a prática do tipo inserto na alínea -j- do art. 486 da CLT, sendo impertinente a retificação da modalidade de rescisão contratual declarada pelo empregador. Afirma que o fato de a empresa ter apresentado, no *habeas corpus* impetrado em favor do reclamante, argumento no sentido de que o trabalhador havia praticado as condutas inquinadas de ilícitas, no exercício de suas funções, não é contraditório em relação ao posterior reconhecimento de que o obreiro incorrera em excesso.

A Corte regional, a partir do contexto fático probatório dos autos, cuja análise é insuscetível de revisão nesta instância extraordinária ante o óbice da Súmula nº 126 do TST, consignou que a conduta do reclamante e dos demais seguranças envolvidos no incidente que culminou na prisão do grupo, que agiu em consonância com as determinações da empresa, realizando procedimento que era de praxe naquele estabelecimento comercial, motivo pelo qual entendeu que não havia infração do contrato de trabalho apta a justificar a aplicação da pena de justa causa ao trabalhador.

Restrita a cognição desta Corte ao contexto fático desenhado pelo Tribunal Regional, impossível cogitar de vulneração ao dispositivo legal apontado.

Isso porque, se é fato que a conduta de imobilizar e manter em cárcere privado indivíduos que realizem furtos em estabelecimentos comerciais revela-se ilícita à luz do ordenamento jurídico vigente, também resultou comprovado nos autos que era essa a conduta que a reclamada orientava seus empregados a adotar como procedimento padrão de segurança patrimonial.

Assim, a investida da empresa contra o patrimônio jurídico do trabalhador, ao apená-lo com justa causa em razão da tão só observância dos procedimentos usuais da empresa, que, aliás, os defendeu em sede de *habeas corpus*, afigura-se como uso de má-fé a fim de se valer da própria torpeza, não podendo ser chancelada pelo ordenamento jurídico trabalhista.

Ainda que na esfera penal subsista a responsabilidade individual de cada um dos envolvidos, assim como dos responsáveis pela ordem que os guiou, não se afigura razoável que, na esfera trabalhista, à luz do princípio protetor e do reconhecido caráter alimentar das parcelas discutidas, a reclamada sonegue ao obreiro as verbas rescisórias a que faria jus em uma despedida sem justa causa fundando-se, para tanto, na obediência do trabalhador em relação às suas ordens e procedimentos institucionais ilícitos.

A empresa, que certamente já se beneficiou, no que concerne à proteção do seu patrimônio, da adoção de procedimento de segurança que desrespeita as garantias individuais daqueles que transitam no seu estabelecimento, não pode transferir para o reclamante o ônus econômico da política de segurança que adota.

Ante o exposto, **não conheço** do recurso de revista quanto ao tema.

1.3 - HORAS EXTRAORDINÁRIAS - EXERCÍCIO DE CARGO DE CONFIANÇA

A Corte regional, também quanto ao tema, confirmou a sentença, *in verbis*:

O Juízo de Primeira Instância não acolheu a tese firmada em defesa de que a partir de 01/08/2004 o autor passou a exercer a função de confiança descrita no inciso II do artigo 62 da CLT, entendendo que os elementos de prova existentes no caderno processual não permitem concluir que ele tinha "amplos poderes de mando e gestão, de modo a substituir a figura do empregador", já que era um "mero chefe de seção de uma significativa rede de supermercados, com poderes isolados, de menor relevância, que não traduzem fidúcia excepcional" (fls. 214).

Discorda a ré, afirmando que no particular o obreiro incorreu em confissão ao dizer que fiscalizava os vinte funcionários que com ele trabalhavam e que se houvesse alguma ocorrência mais leve poderia adverti-los verbalmente. Alerta para a definição contida no dispositivo legal acima referido de que os Chefes de Departamento ou Filial se equiparam aos empregados exercentes de cargos de gestão. Salieta que a ausência de percepção da gratificação de 40% sobre o salário não é suficiente para excluí-lo da exceção legal. Alude à situação de que "está configurado o exercício de cargo de confiança, não sendo essencial que o reclamante tenha amplos poderes de mando e gestão de modo a substituir a figura do empregador ou desempenhe cargo máximo na loja". Postula a reforma.

A limitação da jornada diária e semanal de trabalho tem fundamentos de ordem social e econômica, e objetiva propiciar ao trabalhador o convívio familiar, bem assim preservar-lhe a saúde física e mental. Logo, **para o enquadramento na exceção preconizada pelo inciso II do artigo 62 da CLT deve ser cabalmente comprovado pelo empregador o exercício de cargo de gestão pelo empregado, combinado com o requisito objetivo posto no parágrafo único de mencionado dispositivo de lei, qual seja, a percepção da gratificação de função, se houver, superior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40%.**

Hipótese diversa não autoriza a exclusão do empregado do regime da duração do trabalho e do direito de receber a remuneração pelo labor extraordinário prestado, direito garantido pelo artigo 7º, incisos XIII, XIV e XVI da Constituição Federal, visto que uma interpretação mais extensiva da exceção contida no artigo 62 da CLT importaria em ofensa às garantias fundamentais asseguradas a todos os trabalhadores voltadas à jornada de trabalho, as quais foram por estes arduamente conquistadas.

A moderna conceituação de cargo de confiança propõe ao julgador que, ao aferir a concorrência dos requisitos legais caracterizadores do cargo, não se atenha a expressões literais do texto legal, tampouco se prenda a antigos dados teóricos, tudo colimando com a verdade real do contrato, com a primazia contratual, que também deve estar presente em situações como a vertente.

Impende ressaltar, ainda, que por se tratar de regra de exceção, o exercício de cargo de confiança deverá ser cabalmente demonstrado, sendo do empregador o ônus da prova, porquanto se trata de fato impeditivo do direito do empregado de receber o pagamento de horas extras. Inteligência do artigo 818 da CLT, articulado com o artigo 333, inciso II, do Codex Processual.

Na hipótese dos autos ora sob análise, os requisitos objetivos não estão configurados.

Os recibos salariais existentes nos autos não indicam pagamento da gratificação de função informada no inciso II do artigo 62 do Diploma Consolidado (fls. 138/145). O não atendimento de referido requisito objetivo torna despicienda a discussão acerca do efetivo exercício da função de confiança nos moldes da previsão legal mencionada.

De qualquer forma, a prova oral colhida não autoriza reconhecer a correção da tese expendida pela ré.

Depoimento pessoal do autor: 1) desde agosto/2004 era chefe de seção, tendo por função fiscalizar os funcionários que trabalhavam com o depoente; (...) 27) quando era chefe de seção tinha em torno de 20 subordinados; 28) adjunto também era o mesmo número de pessoas; (...) 30) caso houvesse alguma ocorrência mais leve, a exemplo de faltas ou atrasos, poderia advertir verbalmente; 31) se fosse episódio mais grave, levava ao conhecimento da gerência; 32) demissões, por exemplo, eram decididas pelo gerente; ... (fls. 176/177)

Depoimento pessoal do preposto da ré: ... 40) o adjunto apenas responde pela seção na ausência do chefe, não se tratando da mesma função; 41) não sabe dizer em que loja o autor estava de agosto/2004 a março/2005; 42) acha que o autor assumiu em março/2005 no Big Pinheirinho, como chefe de seção; 43) acredita que o autor, de agosto/2004 a março/2005, estava na loja do Xaxim; 44) o autor era adjunto na loja do Xaxim; 45) não sabe quem era o chefe de seção na referida loja; 45) o chefe de seção não tem um horário, pode chegar entre 08h00min e 10h00min; 46) a saída pode ocorrer entre 17h00min e 19h00min; 47) o autor não tinha procuração da ré; 48) a ré tem 240 empregados; (...) 50) o chefe de seção da área de segurança passa instruções sobre atividades do dia, escala, horários, intervalos e procedimentos de encaminhamento do dia; 51) as atividades descritas no item anterior são a do chefe de seção, última atividade realizada pelo autor. (fls. 178)

Testemunha José Antonio dos Santos: ... 18) a primeira vez que trabalhou com o autor o mesmo era adjunto (Big Pinheirinho - agosto/2004 até data que não se recorda); 19) na segunda, o autor era chefe de seção (Big Pinheirinho - outubro/2006 até a saída do autor); 20) quando o autor foi chefe de seção não tinha adjunto; 21) quando o autor foi adjunto não tinha chefe de seção; 22) afirma que não sabe informar se havia chefe de seção no Big Pinheirinho quando o autor foi adjunto (agosto/2004 em diante); 23) chefe de seção não tem poderes para demitir ou contratar empregados. ... (fls. 179)

Testemunha Alana Thais Trentini: ... 2) trabalhou com o autor quando este era chefe de segurança do Big Pinheirinho; 3) não sabe dizer desde quando trabalhou com o autor; (...) 13) o autor foi chefe da depoente; (...) 17) o autor pode indicar a contratação que, no entanto, se não aprovada pelo setor próprio da ré, não é convalidada. (...) 18) adjunto e chefe de seção possuem o mesmo grau de importância e realizam a mesma tarefa, não havendo qualquer distinção entre os dois cargos. (fls. 180)

Como se observa das declarações acima transcritas, **o quadro probatório não permite enquadrar o autor na exceção legal descrita no inciso II do artigo 62 da CLT, que exige, para a caracterização do exercício de função de confiança, que o empregado seja um longa manus do empregador na gestão do empreendimento. Esta não foi a situação por ele vivida. Apesar de ter informado que tinha vinte funcionários a si subordinados quando exerceu as funções de Chefe de Seção e Adjunto, também disse que somente poderia aplicar advertência para infração leve, e não poderia dispensar o empregado.**

Inadmissível à ré pretender tal enquadramento quando seu próprio representante em audiência declara que o obreiro não tinha procuração da empresa. Ou seja, ele sequer poderia representá-la ou agir em seu nome perante terceiros.

Mantém-se o decidido no Primeiro Grau.

A reclamada, inconformada, alega que, no período em que exerceu a função de Adjunto/Chefe de Seção, o reclamante deve ser enquadrado na exceção do art. 62, II, da CLT, tendo em vista que percebia padrão salarial mais elevado que o dos demais funcionários e que é suficiente, para o enquadramento na retromencionada previsão legal, que exerça o trabalhador cargo de gestão, o que era o caso, sendo prescindível a representação plena do empregador. Colaciona arestos divergentes.

A Corte regional, à luz da prova produzida nos autos, concluiu que o reclamante nem percebia gratificação de função superior a 40% da sua remuneração, nem detinha atribuições que denotassem a atuação como *longa manus* do empregador.

Nesse contexto, tal como deduzida a insurgência da reclamada, a adoção de conclusão diversa, longe de representar mero enquadramento jurídico dos elementos fáticos assimilados pela Corte regional, demandaria revolvimento da moldura fática delimitada pelo Tribunal a quo, o que é obstado nos termos da Súmula nº 126 do TST.

Assim, impossível divisar violação do dispositivo legal invocado, bem como cogitar da divergência jurisprudencial suscitada.

Não conheço.

1.4 - HORAS EXTRAORDINÁRIAS - CRITÉRIO DE APURAÇÃO

No particular, a Corte regional assentou:

Assevera a ré que não pode prevalecer a determinação constante na sentença de que considerar como extras todo o tempo trabalhado além de 07h20min diários (fls. 216) porque ausente amparo legal a tanto. Entende que a decisão como posta afronta a disposição contida no inciso XIII do artigo 7º da Constituição Federal, que considera como tais as excedentes de 44 semanais.

A Constituição Federal estabelece como jornada normal o trabalho desenvolvido durante oito horas diárias e 44 semanais. Porém, **no caso ora sob análise, como estão a demonstrar os controles de ponto acostados às fls. 128/134, a empregadora do autor resolveu considerar como normal a de 07h20min diários em seis dias da semana.** Assim, devem ser computadas como extras as horas de labor que excederem referido limite por força da aplicação do princípio da norma mais favorável vigente no direito individual do trabalho.

Nada a reparar.

A recorrente alega que, ao considerar extraordinárias as horas de trabalho prestadas além das 7

horas e 20 minutos diários, o Tribunal Regional proferiu decisão carente de respaldo legal. Insiste que o reclamante foi contratado para o desempenho de 44 horas semanais, nos termos do art. 7º, XIII, da Constituição Federal, devendo, portanto, a condenação ao pagamento de horas extraordinárias ficar restrita àquelas prestadas além da 8ª diária e 44ª semanal. Aponta violação dos arts. 5º, II, e 7º, XIII, da Constituição Federal. Colaciona arestos.

A Corte regional dirimiu a controvérsia em razão da análise dos registros de frequência do trabalhador, os quais demonstravam que a reclamada tinha por prática considerar como jornada ordinária dos seus empregados a jornada de 7 horas e 20 minutos.

Nesse passo, ainda que os limites constitucionais de jornada sejam superiores, a prática de condição de trabalho mais benéfica durante o contrato de trabalho, ainda que por liberalidade do empregador, traduz-se em pactuação tácita que se incorpora ao patrimônio jurídico do trabalhador, não podendo ser suprimida nem desconsiderada para fins de apuração judicial do quantitativo de horas extraordinárias prestadas. Trata-se de interpretação consentânea com a principiologia clássica do direito do trabalho.

Portanto, incólumes os dispositivos constitucionais apontados.

A divergência jurisprudencial suscitada não prospera porque não identificadas, nos paradigmas transcritos, as premissas de fato que orientaram a decisão recorrida. Incide a Súmula nº 296, I, do TST.

Não conheço.

1.5 - DANO MORAL - RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR

A Corte regional manteve a condenação da reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, *in verbis*:

O Juízo de origem deferiu ao autor o pagamento de indenização no valor de R\$30.000,00 em razão dos danos morais que sofreu pelo fato de terem sido violados direitos intrínsecos que lhe são inerentes, na medida em que, ao defender o patrimônio da ré, foi submetido não só a prisão, mas também foi dispensado por justa causa (fls. 218/220).

A ré pretende a reforma do decidido no Primeiro Grau com o argumento de que não houve qualquer procedimento ilícito de sua parte, pois não foi ela a responsável pela prisão do autor, restando provado que a acusação partiu da própria vítima - o ex-empregado abordado, sendo que quem chamou a polícia foi cliente da empresa. Aduz

que não teve qualquer participação nos atos que culminaram na prisão, tendo tomado todas as medidas cabíveis para liberar o obreiro, inclusive apresentando **Habeas Corpus**. **Acaso mantida a condenação, postula a redução do valor da indenização, pois o tem por excessivo.**

Maurício Godinho Delgado fornece, em breves palavras, precisa definição do que seja dano moral: "é todo sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária (Savatier). Ou ainda, é toda dor física ou psicológica injustamente provocada em uma pessoa humana". (*Curso de Direito do Trabalho*, 3ª edição, São Paulo, Editora LTr, 2004, página 613).

Já Rodolfo Pamplona Filho assim o define:

O dano moral consiste no prejuízo ou lesão de interesses e bens, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa, violando a sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente. (O Dano Moral na Relação de Emprego, 2ª edição, São Paulo, Editora LTr, 1999, página 42).

Como salienta Silvio de Salvo Venosa, "do ponto de vista estrito, o dano imaterial, isto é, não patrimonial, é irreparável, insusceptível de avaliação pecuniária porque é incomensurável. A condenação em dinheiro é mero lenitivo para a dor, sendo mais uma satisfação do que uma reparação" (*Direito Civil - Responsabilidade Civil*, página 35. São Paulo: Editora Atlas, 2003).

Logo, não obstante incomensurável a dor humana, o abalo moral que, repita-se, compromete bem essencial, traduzido na força de trabalho, merece ser minimizado, mitigado por meio de indenização, a fim de preservar a dignidade do trabalhador.

A prova produzida nos autos efetivamente revela a submissão do autor a constrangimentos morais pelo fato de ter sido preso em razão das funções que executava em prol da ré. Observe-se:

Depoimento pessoal do preposto da ré: ... 15) que era instrução da ré que o delinqüente deveria ser seguro na sala até que a Polícia Militar chegasse; (...) 17) que normalmente a pessoa quando é pega roubando fica constrangida e acompanha os seguranças sem criar problema; (...) 20) perguntada insistentemente qual o procedimento que deve ser adotado no caso de resistência do delinqüente para ser conduzido até a sala, insistiu em dizer que não deveria haver violência e outros tantos senãos, mas não disse qual a atitude que positivamente deveria ser tomada pelos seguranças de modo a cumprir a instrução que era clara no sentido de conduzir o delinqüente até a referida sala; (...) 32) o fato de manter o Sr. Erico na sala de segurança até a chegada da PM não é procedimento irregular; (...) 39) afirma que não é procedimento irregular manter na sala de segurança porque a maioria dos clientes acompanha voluntariamente. ... (fls. 177/178)

Testemunha José Antonio dos Santos: 1) havendo problema de furto, é abordado o cliente; 2) se for pequeno valor, recupera a mercadoria e manda embora; 3) se valor elevado chama a PM e leva para a sala de segurança; 4) se a pessoa resistir, tem que

imobilizar e levá-lo para a sala de segurança; 5) além do Sr. Erico houve outros episódios em que foi necessário immobilizar o cliente e levá-lo para a sala de segurança; 6) o gerente, Sr. Everaldo, estava no local, tendo comparecido na sala de segurança antes da chegada da PM; 7) o Sr. Everaldo estava na sala quando o Sr. Erico foi immobilizado; 8) o Sr. Erico estava se debatendo e não queria aguardar a chegada da polícia, motivo pelo qual foi detido; 9) o advogado impetrou o habeas corpus com base nas informações do pessoal da loja; 10) não conversou com o depoente e com os demais envolvidos porque estavam presos; 11) ficaram presos durante três dias; 12) na delegacia o advogado conversou com o delegado, quando foram chamados para uma conversa em conjunto; (...) 24) o Sr. Erico queria passar uma mercadoria (latas de cerveja) com valor inferior ao devido; 25) foi solicitado que o Sr. Erico acompanhasse até a segurança, havendo resistência; 26) levaram o Sr. Erico pelo braço até a sala; 27) seguraram o braço do Sr. Erico para trás e o immobilizaram na sala de segurança; 28) o Sr. Erico estava com a roupa amassada, estava agitado e xingava bastante os funcionários; (...) 30) quando acontece furto a equipe de segurança vai para a delegacia e faz um B.O.; 31) dependendo do quadro, é necessário que vá o chefe de seção; ... (fls. 179)

Exsurge indene de dúvidas, pois, o abalo moral sofrido pelo autor, o qual merece ser minimizado por meio de indenização, a fim de preservar sua dignidade (artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal).

Mesmo que os efeitos deletérios do ato ilícito ensejador do dano moral não possam ser absolutamente anulados, afigurando-se inviável a restituição das partes ao **status quo ante**, ou seja, **a uma efetiva e integral reparação, o direito pátrio contém mecanismos aptos a minimizar e atenuar a dor suportada pela vítima, compensando-a mediante o pagamento de indenização a ser arbitrada pelo Poder Judiciário.**

A indenização, segundo remansosa doutrina e jurisprudência, deve observar a noção de razoabilidade entre o abalo sofrido e o valor a ser pago, o qual deve ser suficiente não só para amenização do dano direto, mas de todas as suas conseqüências, além de ostentar o caráter punitivo, indissociável da indenização por dano moral, que tem por finalidade evitar que o empregador continue a cometer excessos no gerenciamento do negócio a ponto de fazer com que seus demais empregados passem pelos mesmos constrangimentos, sob o manto da impunidade. Com esses objetivos deve-se também levar em conta as condições econômicas do empregador, que é quem responderá pela obrigação, sem o que a indenização não surtirá os efeitos desejados.

Doutrina e a jurisprudência também são uníssonas em apontar as dificuldades enfrentadas para se estabelecer a justa recompensa pelo dano moral no caso concreto.

Como salienta o ilustre civilista Caio Mário Silva Pereira, deve o ofendido "receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo-se às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva" (*Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2002, página 60).

Sílvio de Salvo Venosa também vaticina que se afigura imprescindível ao julgador, ainda, avaliar a "situação particular de nosso país de pobreza endêmica e má e injusta distribuição de renda" (*Direito Civil - Responsabilidade Civil*, São Paulo, Editora Atlas, 2003, página 35). Logo, a indenização, sem desconsiderar o princípio voltado à integral reparação da vítima, não pode acarretar a penúria ou pobreza do causador do dano, inviabilizando o prosseguimento da atividade econômica pelo empregador, sob pena de criar outro problema social, igualmente de acentuada gravidade.

A propósito, assim decidiu o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região:

DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. QUANTIFICAÇÃO. A fixação da indenização por dano moral não encontra amparo em elementos objetivos do ordenamento jurídico. No entanto, a doutrina e a jurisprudência têm se direcionado no sentido de que este valor deve ser fixado de forma tal que, ao mesmo tempo, compense o empregado pelo sofrimento que lhe foi causado e penalize a empregadora pelo ato ilegal cometido. Assim, nem deve ser baixo demais, a fim de que a empregadora não se sinta penalizada, nem alto demais, para então sufocar a empresa com único objetivo de causar o enriquecimento do empregado. Por isso, considerado o salário mensal do reclamante e a situação da reclamada, a fixação em 100 salários mínimos, atualizáveis à época do pagamento, afigura-se razoável para o tipo do dano causado. ... (Acórdão 2004/0206780, RO 02766-1999-020-02-00, Relatora Juíza Maria Inês Ré Soriano, DOE SP de 18/05/2004)

Conquanto árdua a tarefa de arbitrar o valor a ser atribuído à dor moral impingida à autora, considerando-se a gravidade da ofensa, a extensão do dano, o poder econômico da ré como ofensora e o caráter pedagógico da pena, considera-se correto o entendimento exarado na origem de deferir o montante de R\$30.000,00, quantia esta que, embora não restitua nem afastem a dor íntima, minimiza-a, compensando-a com valor que gera desestímulo.

Mantém-se o **decisum**, pois, em todos os seus termos.

A recorrente, sem se resignar, aduz que a condenação afronta o art. 188, I, do Código Civil, porquanto o exercício regular de um direito pelo empregador não pode ser enquadrado como ato ilícito ensejador da obrigação de indenizar. Alega que a aplicação da justa causa, por si só, não pode configurar dano moral e ressalta que a prisão do reclamante foi ocasionada pela acusação promovida pela vítima, e não pela empregadora. Ademais, afirma que o trabalhador não comprovou a dor moral por ele suportada nem mesmo o envolvimento da empresa no ato da sua prisão (suposta conduta ilícita). Aponta violação dos arts. 818 da CLT e 333 do CPC. Colaciona arestos divergentes.

Depreende-se do acórdão que o dano moral indicado pelo autor como *causa petendido* presente pedido de reparação consiste, não apenas na dispensa por justa causa do obreiro, como também no envolvimento do trabalhador em processo penal e prisão em razão do cumprimento das orientações da empresa, cujas práticas institucionais de defesa do seu patrimônio revestem-se de grave ilicitude.

Assim, a conduta ilícita da empregadora, consistente em orientar e exigir dos seus empregados que empreguem, na sua defesa patrimonial, medidas arbitrárias contra as garantias individuais daqueles que supostamente ameaçam o seu patrimônio, restou devidamente demonstrada e em nada se confunde com o exercício regular de direito de que trata o art. 188, I, do Código Civil.

O nexos de causalidade entre tal conduta e os dissabores suportados pelo trabalhador, assim como a culpa da reclamada pelo evento restaram inequívocas nos autos.

Outrossim, a dor moral suportada pelo reclamante é presumida em razão da ofensa aos seus direitos da personalidade, como a dignidade e a própria liberdade, sendo que a exigência de prova do constrangimento, da dor ou do sofrimento suportados pela vítima do ato ilícito é inapropriada.

Com efeito, o dano moral poder ser conceituado como o vilipêndio a direito da personalidade do lesado, atingindo aspectos não patrimoniais da vida do ser humano, conforme leciona Sérgio Cavalieri Filho, em sua obra - Programa de Responsabilidade Civil-, p. 102:

Os direitos da personalidade, entretanto, englobam outros aspectos da pessoa humana que não estão diretamente vinculados à sua dignidade. Nessa categoria, incluem-se também os chamados novos direitos da personalidade: a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais. Em suma, os direitos da personalidade podem ser realizados em diferentes dimensões e também podem ser violados em diferentes níveis. Resulta daí que o dano moral, em sentido amplo, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada.

Como se vê, hoje o dano moral não mais se restringe à dor tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos (...).

Com base no excerto acima, a outra conclusão não se pode chegar, senão a de que esse dano decorre da demonstração objetiva de que a conduta de alguém lesou direto da personalidade de outrem.

Mais uma vez, trago à colação o entendimento do mencionado autor, p. 109:

Neste ponto, a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está insito na própria ofensa, decorre da gravidade o ilícito em si. Se a ofensa é de grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe in re ipsa; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, ipso facto, está demonstrado o dano moral,

à guisa de uma presunção natural, uma presunção hominis ou facti, que decorre das regras de experiência comum.

Leciona, ainda, Alexandre Agra Belmonte, em Danos Morais no Direito do Trabalho - Identificação e composição dos danos morais trabalhistas, 3ª ed., Rio de Janeiro, Editora Renovar:

Por um lado, a prova se revela absolutamente desnecessária: provado o fato, provado está o dano, como no caso de uso não autorizado da imagem e da ofensa à honra.

A prova cabível diz respeito a outros aspectos, atinentes à fixação da indenização: maior ou menor grau de culpa, maior ou menor repercussão, diminuição da clientela no dano patrimonial reflexo, maior ou menor capacidade econômica do ofensor.

Nesse sentido a lição de Luiz de Pinho Pedreira da Silva (A Reparação do Dano Moral no Direito do Trabalho, LTR, São Paulo, p. 145-146):

Na segunda posição, colocam-se os autores e tribunais que, conquanto reconheçam, em princípio, a necessidade da prova do dano extrapatrimonial, consideram impossível que ele constitua objeto de prova direta, como explica Bustamante Alsina, pela sua índole, -que reside no mais íntimo da personalidade, embora se manifeste às vezes por sinais exteriores que podem não ser sua autêntica expressão-. -A índole espiritual e subjetiva do menoscabo- - anota Pizarro - -continua a ser insuscetível dessa forma de prova-. Para os adeptos desta segunda tese, basta a prova do ato ilícito para que dela se infira, por indícios, presunções a realidade do dano moral.

-A prova- - doutrina Iturraspe - -pode ser produzida por presunções hominis, extraída de indícios, e isto é o que acontece em um bom número de situações. São os fatos mesmos que dizem da existência do dano moral: in re ipsa ou res ipsa loquétor. Nada impede presumir, porque isto concorda com as regras da experiência, diz-nos Gamarra, a dor dos ascendentes, descendentes e cônjuge; o complexo de inferioridade do mutilado; o descrédito derivado da difamação-.

-Não é indispensável, de tal modo- - diz Pizarro - -provar a dor experimentada pela morte de um filho, ou por uma lesão incapacitante através - por exemplo - de uma perícia psicológica ou mediante testemunhas que declarem sobre o estado de ânimo do danificado moral depois do fato-.

Autores brasileiros seguem na mesma esteira. Assim, Carlos Alberto Bittar é, a respeito, categórico: -Na concepção moderna da reparação de danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera pelo simples fato da violação. Com isso, verificado o evento danoso, ipso facto, há necessidade de reparação, uma vez presentes os pressupostos de direito. Dessa ponderação, emergem duas conseqüências práticas de extraordinária repercussão em favor do lesado: uma, é a dispensa da análise da subjetividade do agente; outra, a desnecessidade de prova do prejuízo em concreto. Neste sentido, ocorrido o fato gerador e identificadas as situações dos envolvidos, segue-se a constatação do alcance do dano produzido, caracterizando-se o de cunho moral pela simples violação da esfera jurídica, afetiva ou moral, do lesado.

No caso de dano moral, portanto, a doutrina e a jurisprudência têm entendido que é *damnum in re ipsa*, sendo, no caso, suficiente, para fins de atribuição de responsabilidade, a demonstração do ato ilícito e a fixação do nexo de causalidade.

Assim vem entendendo a jurisprudência desta Corte Superior, *verbis*:

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO EMBARGADO PUBLICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 11.496/2007. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DOENÇA OCUPACIONAL. INCAPACITAÇÃO PARA O TRABALHO. PROVA. Concebendo o dano moral como a violação de direitos decorrentes da personalidade estes entendidos como categoria especial de direitos subjetivos que, fundados na dignidade da pessoa humana, garantem o gozo e o respeito ao seu próprio ser, em todas as suas manifestações espirituais ou físicas (BELTRÃO, Sílvio Romero, Direitos da Personalidade, São Paulo: Editora Atlas, 2005, p.25) -, a sua ocorrência é aferida a partir da violação perpetrada por conduta ofensiva à dignidade da pessoa humana, sendo dispensada a prova de prejuízo concreto, já que a impossibilidade de se penetrar na alma humana e constatar a extensão da lesão causada não pode obstaculizar a justa compensação. Depois de restar superada a máxima segundo a qual não há responsabilidade sem culpa, tendo-se encontrado na teoria do risco um novo e diverso fundamento da responsabilidade, desmentido se vê hoje, também o axioma segundo o qual não haveria responsabilidade sem a prova do dano, substituída que foi a comprovação antes exigida pela presunção *hominis* de que a lesão a qualquer dos aspectos que compõem a dignidade humana gera dano moral (MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais - Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 159-60). O dano moral caracteriza-se pela simples violação de um direito geral de personalidade, sendo a dor, a tristeza ou o desconforto emocional da vítima sentimentos presumidos de tal lesão (*presunção hominis*) e, por isso, prescindíveis de comprovação em juízo (DALLEGRAVE NETO, José Affonso, Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho - 2ª ed - São Paulo, LTr, 2007, p. 154). Dispensa-se a prova do prejuízo para demonstrar a ofensa ao moral humano, já que o dano moral, tido como lesão à personalidade, ao âmago e à honra da pessoa, por sua vez é de difícil constatação, haja vista os reflexos atingirem parte muito própria do indivíduo o seu interior. De qualquer forma, a indenização não surge somente nos casos de prejuízo, mas também pela violação de um direito (STJ, Resp. 85.019, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 10.3.98, DJ 18.12.98). Os deveres de lealdade -adstringem as partes a não praticar atos, comissivos ou omissivos, anteriormente à conclusão do contrato, durante a vigência dele ou até após a sua extinção, que venham a frustrar as expectativas corporificadas no contrato ou nele legitimamente sustentadas" (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A boa-fé e a violação positiva do contrato - Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 112). A incapacitação para o trabalho e para muitas atividades diárias triviais acarretada pelo exercício do labor, aliada à quebra do dever de cuidado por parte do empregador - em face da ausência da adoção de programas destinados a evitar o surgimento de doenças comuns às atividades executadas na empresa-, conforme registrado no acórdão regional, ensejam a condenação ao pagamento de compensação por dano moral. Recurso de embargos conhecido e não-provido. (E-RR-625/2006-052-18-00.6, Relatora Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT de 17/4/2009)

O inciso X do artigo 5º da Constituição elege como bens invioláveis, sujeitos à indenização reparatória, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Encontra-se aí subentendida no entanto a preservação da dignidade da pessoa humana, em virtude de ela ter sido erigida em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a teor do artigo 1º, inciso III da Constituição. III - Significa dizer que a norma do inciso X do artigo 5º da Carta Magna deve merecer interpretação mais elástica a fim de se incluir entre os bens ali protegidos não só a honra e a imagem no seu sentido mais estrito, mas também seqüelas psicológicas oriundas de ato ilícito, em razão de elas, ao fim e ao cabo, terem repercussões negativas no ambiente social. IV - Constatado que da doença profissional que acometera o trabalhador sobreveio lesão permanente, com comprometimento da sua atividade funcional e física, extrai-se notório abalo psicológico e acabrunhamento emocional, achando-se por consequência constitucionalmente caracterizado o dano moral. (RR-1556/2005-004-17-00.9, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, 4ª Turma, DEJT de 7/8/2009)

No mesmo sentido são os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

Ação de indenização. Doença profissional gerando incapacidade para o trabalho. LER ou DORT. Cerceamento de defesa. Nexo causal. Juros moratórios. Danos morais. Precedentes da Corte. 1. Não há falar em cerceamento de defesa diante do indeferimento de nova prova pericial, considerada idônea a perícia realizada. O tema da qualificação do profissional não foi tratado no acórdão, e, ainda, a circunstância da associação com patologia psiquiátrica não malferiu o cerne da incapacidade gerada pela LER - Lesão por Esforço Repetitivo. 2. O nexo causal foi devidamente identificado pelo Tribunal de origem, com base no laudo pericial objetivamente posto, com identificação de doença incurável em decorrência do trabalho exercido, impossível de reexame diante da Súmula nº 7 da Corte. 3. Os juros moratórios devem seguir o padrão legal de 6% ao ano. 4. A jurisprudência da Corte já assentou que não há falar em prova do dano moral, mas, apenas, do fato que lhe deu causa. 5. Recurso especial conhecido e provido, em parte. (REsp595355/MG Recurso Especial 2003/0168387-0, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, DJ de 11/4/2005)

CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ACIDENTE DE TRABALHO. LESÃO POR ESFORÇO REPETITIVO - LER". DANO MORAL. PROCEDÊNCIA DA VERBA. I. Para a indenização por dano moral motivada por doença profissional, bastante a prova do fato, do qual decorre, no caso, a óbvia repercussão psicológica sobre a trabalhadora que se vê atingida e frustrada em face da sua incapacidade para continuar exercendo a atividade laboral para a qual se preparou e concretamente desempenhava, integrada à classe produtiva de seu país. II. O valor do ressarcimento deve ser fixado em patamar razoável, a fim de evitar enriquecimento sem causa. III. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (RESP-329094/MG, Recurso Especial 2001/0086239-6, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, 17/6/2002)

Assim, porque comprovados à exaustão os fatos necessários à configuração do ato ilícito, da culpa, do nexos de causalidade e da lesão aos direitos da personalidade do reclamante, e porque prescindível a prova da dor moral suportada pelo trabalhador, impertinente a invocação dos arts. 818 da CLT e 333 do CPC, tendo em vista que a incidência das regras de distribuição do ônus da

prova só se justifica diante da ausência de prova ou de prova inconclusiva, o que não se identifica no caso.

A divergência jurisprudencial suscitada não prospera. Os arestos que veiculam tese no sentido de que o exercício regular do direito potestativo de dispensa, por parte do empregador, não configura dano moral, não se identificam com as premissas fáticas discutidas na situação em epígrafe, em que a conduta ilícita da reclamada não consiste somente na dispensa do autor, e, sim, em orientar e exigir dos seus empregados que empreguem medidas arbitrárias contra as garantias individuais daqueles que supostamente ameaçam o patrimônio da empresa. Incide a Súmula nº 296, I, do TST.

Por outro lado, os arestos que espelham tese no sentido de ser necessária a produção de prova acerca do dano moral resultam superados pela atual, iterativa e notória jurisprudência desta Corte, nos termos do art. 896, § 4º, da CLT e da Súmula nº 333 do TST.

Não conheço.

1.6 - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - VALOR ARBITRADO

Conforme transcrição constante no exame do tema anterior, o Tribunal Regional manteve a sentença que condenara a reclamada ao pagamento do valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) a título de reparação moral pelos danos causados ao autor.

A recorrente, inconformada, alega que o valor arbitrado não atende aos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, ofendendo os arts. 5º, V, da Constituição Federal e 944, parágrafo único, do Código Civil. Colaciona arestos divergentes.

Em relação ao *quantum* fixado a título de indenização moral, é certo que essa verba deve ser arbitrada em valor justo e razoável, levando em consideração o dano causado ao empregado, as condições pessoais e econômicas dos envolvidos e a gravidade da lesão aos direitos fundamentais da pessoa humana, da honra e da integridade psicológica e íntima.

Devem, também, ser observados os princípios da razoabilidade, da equidade e da proporcionalidade, de modo que o ato ofensivo não fique impune e que, ao mesmo tempo, sirva de desestímulo à reiteração por parte do ofensor (aspecto punitivo e preventivo).

Outrossim, a indenização fixada não deve ser irrisória, tampouco representar enriquecimento sem causa da vítima.

No caso, o Tribunal Regional fixou o valor da indenização por dano moral - R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) - proporcionalmente à violação perpetrada, dentro da razoabilidade e levando em consideração as peculiaridades do caso concreto, mormente o porte econômico da reclamada e a ofensa à dignidade do trabalhador, que, ao seguir as orientações da empregadora, não apenas foi preso como responde a processo penal, com todas as decorrências que isso implica na obtenção de um novo emprego, sobretudo na área de segurança.

Emerge, ainda, a necessidade de que a condenação se traduza em advertência à ré a respeito da necessidade de rever os procedimentos de segurança por ela observados, eis que deles decorre a indução do seus empregados à prática de atos ilícitos.

Inexistente, pois, a alegada violação dos arts. 5º, V, da Constituição Federal e 944, parágrafo único, do Código Civil.

A divergência jurisprudencial suscitada não prospera porquanto o paradigma a fls. 355 se refere a situação diversa da dos autos, em que o trabalhador resultou preso por adotar os procedimentos da empresa, atraindo o óbice da Súmula nº 296, I, do TST, e porque o paradigma transcrito a fls. 365 encontra-se desacompanhado da indicação da respectiva fonte de publicação, o que desatende à exigência contida na Súmula nº 337, I, do TST.

Não conheço.

1.7 - VALIDADE DO ACORDO DE COMPENSAÇÃO

A Corte regional, quanto ao tema, assentou:

O Juízo de Primeiro Grau, em relação ao período contratual que vai de 07/02/2003 a 31/07/2004, indeferiu a pretensão alusiva à condenação da ré ao pagamento de horas extras ao argumento de que o autor não se desincumbiu de demonstrar diferenças em seu favor, reconhecendo também a validade da compensação de jornada a que o obreiro estava submetido (fls. 214/215).

Recorre o autor, aduzindo ter logrado êxito em apontar não só a existência de horas extras trabalhadas não pagas pela ré, mas também o labor que ultrapassa o limite de dez horas diárias. Entende também merecer reforma a decisão de fundo no ponto em que reconheceu a validade do banco de horas.

A maioria dos magistrados que integram esta Segunda Turma entende que o regime de compensação de horas de trabalho é válido quando preenche os seguintes requisitos: a) previsão em norma coletiva; b) discriminação dos horários a serem cumpridos, o que pode ser efetuado mediante acordo individual, para que o empregado não fique sob o arbítrio do empregador; c) cumprimento da jornada fixada no acordo, inclusive em relação ao intervalo intrajornada estipulado. Referida maioria considera que, mesmo

nessa hipótese, não se aplicaria a segunda parte do item IV da Súmula 85 do TST, porque tal entendimento jurisprudencial só cabe nos casos em que, embora respeitado integralmente o sistema de compensação, o respectivo acordo não tenha sido formalizado.

Deve-se observar ainda que não se pode falar em regime de compensação quando não exista ajuste prévio dos horários a serem cumpridos, pois somente nesta hipótese é que o empregado poderá saber que a prestação do trabalho suplementar se destina à compensação. De outro modo, o acordo constituiria cláusula puramente potestativa, refutada no direito brasileiro (artigo 122 do Código Civil).

No contrato de trabalho firmado com o autor há cláusula dispondo que "A jornada de trabalho do empregado será de 44 horas semanais, em regime de compensação, na forma prevista no artigo 59 e parágrafos da CLT, sendo que o acréscimo das horas em alguns dias da semana corresponderá à suspensão em outro" (fls. 101).

Já os instrumentos coletivos juntados com a defesa (fls. 146/162) facultaram às empresas a adoção do banco de horas mediante acordos individuais firmados com a entidade sindical profissional (a exemplo, a cláusula 36 da CCT-2003/2004 - fls. 152). Em assim sendo, não se pode considerar formalmente válida a compensação de horas contratada na admissão do autor.

Como se não bastasse, nem na cláusula contratual nem nas normas coletivas mencionadas foram fixados os horários que deveriam ser trabalhados para o fim da compensação propriamente dita, o que, à evidência, deixou os empregados ao inteiro arbítrio da empregadora. A ausência de discriminação dos horários a serem cumpridos retira a eficácia do regime de compensação, ante a não observância de um de seus requisitos formais (artigo 59 da CLT).

Some-se que em sua manifestação sobre a defesa (fls. 166/167) o autor noticiou a prestação de serviços em violação às dez horas diárias informadas nos artigos 58 e 59 da CLT nos dias 20/04/2003 (fls. 133), 03/01/2004 (fls. 132) e 21, 23, 24, 28, 29, 30 e 31/07/2004 (fls. 134). Ora, admitir-se a realização de jornada de trabalho em montante superior ao limite mencionado implicaria em não se considerar as normas de proteção à saúde e segurança do empregado estabelecidas no diploma legal referido, contrariando, inclusive direito constitucionalmente assegurado (artigo 7º, XXII, da Constituição Federal).

Além disso, os recibos salariais revelam habitual pagamento de horas extras (fls. 135/145, o que, igualmente, também invalida o regime de compensação (primeira parte do item IV da Súmula 85 do TST).

Convém ressaltar que os sistemas de compensação e prorrogação de jornada são inacumuláveis, porque destinados a regular a mesma situação (horas extras), mas com efeitos e finalidades diversas. Dessa forma, segundo o entendimento desta Segunda Turma, tal cumulação invalida o regime de compensação. Aliás, esta Relatora assim já decidiu em semelhante julgado:

COMPENSAÇÃO DE JORNADA. HABITUAL PRESTAÇÃO DE HORAS EXTRAS. A habitual prestação de horas extras retira por completo a validade do acordo

compensatório, isto porque, ao contrário do entendimento da recorrente, não tem qualquer validade acordo de compensação que coexiste com regime de prorrogação porque inconciliáveis, gerando duas causas de extrapolação de jornada, o que é inadmissível. A compensação destina-se exatamente a manter a prorrogação no máximo tolerado pela legislação. Se o empregado já cumpre uma jornada diária dilatada, na expectativa de uma redução ou supressão em outro, ou outros dias da semana, o elastecimento da sobrejornada vem em seu detrimento físico, ao longo do tempo. Com efeito, a coexistência desses dois institutos fere uma das principais garantias dos trabalhadores, adquirida com lutas seculares: o respeito a uma jornada de trabalho adequada aos princípios sociais, biológicos e econômicos. (TRT-PR-02205-2003-005-09-00-3 - RO 11695/2004, Acórdão publicado em 21/06/2005)

As irregularidades acima mencionadas autorizam a declaração de nulidade do regime de compensação, seja mediante acordo individual, seja através de banco de horas previsto em norma coletiva, sem que se cogite de violação ao disposto no artigo 7º, incisos XIII e XXVI, da Constituição Federal.

Inaplicável à hipótese o entendimento jurisprudencial consubstanciado na Súmula 85 do TST, tendo em vista que não se trata apenas da não observância dos requisitos formais para a adoção do acordo para compensação, mas do seu não cumprimento.

Inválido o regime de compensação adotado pela ré, e considerando cabalmente provada a prestação de serviços extraordinários, solução diversa não pode ser adotada da de conferir ao autor o direito de receber as horas extras que postula.

Reforma-se o *decisum*, pois, para declarar integralmente inválido o regimes de compensação aplicado no âmbito da ré no período contratual que vai de 07/02/2003 a 31/07/2004, deferindo, por conseqüência, o pagamento, como extras, das horas trabalhadas além de 07h20min diários e 44 semanais, de forma não cumulativa, devendo-se observar no cálculo os horários de trabalho informados nos controles de ponto existentes nos autos, bem assim os mesmos reflexos e parâmetros definidos na origem, com aplicação do adicional convencional de 150% também para o labor prestado em domingos sem as correspondentes folgas compensatórias.

A recorrente alega que a adoção do banco de horas foi autorizada por convenção coletiva de trabalho, o que é suficiente para que se considere a existência de um regramento prévio da utilização do banco de horas. Assevera que as horas extraordinárias prestadas pelo trabalhador poderiam ser compensadas. Aponta violação dos arts. 7º, XXVI, da Constituição Federal e 59 da CLT. Colaciona aresto divergente.

No particular, verifica-se que as razões recursais não se ocupam de infirmar os diversos fundamentos esposados pela Corte regional para declarar a invalidade do banco de horas no caso, quais sejam, a inexistência de ajuste prévio dos horários a serem cumpridos, com a conseqüente colocação do empregado à mercê da vontade do empregador quanto à compensação; o descumprimento da cláusula normativa que previa a pactuação de compensação de jornada individualmente, com a participação do sindicato, tendo em

vista que, no caso, a compensação de horas foi contratada na admissão do autor; a existência de prestação de serviços em violação do limite de dez horas diárias informado nos arts. 58 e 59 da CLT; e o pagamento habitual de horas extraordinárias ao trabalhador submetido ao banco de horas.

A inobservância ao princípio da dialeticidade recursal, cristalizado no art. 514, II, do CPC, atrai a incidência do óbice da Súmula nº 422 do TST ao conhecimento do apelo.

Não conheço.

1.8 - EQUIPARAÇÃO SALARIAL

A Corte regional reformou a decisão de 1º grau para reconhecer o direito do reclamante à equiparação salarial com o paradigma apontado, *in verbis*:

Restou indeferida a pretensão alusiva à equiparação salarial por entender o Juízo de origem que "o autor não fez qualquer prova a demonstrar os requisitos elencados no art. 461 da CLT e na Súmula 06 do TST" (fls. 217/218).

Ele se insurge, aduzindo que as provas documentais e orais demonstram o preenchimento das condições estabelecidas no dispositivo legal antes mencionado com o paradigma Reinaldo Alves.

A teor do disposto no artigo 461, caput e § 1º, da CLT, para o reconhecimento da equiparação salarial é necessário que equiparando e paradigma executem as mesmas funções, ao mesmo empregador, na mesma localidade, devendo a diferença de tempo de serviço na função não ser superior a dois anos. Neste passo, considerando o disposto nos artigos 333 do CPC e 818 da CLT e na orientação consubstanciada no inciso VIII da Súmula 6 do TST, **competete ao empregado comprovar o fato constitutivo do direito à equiparação salarial, ou seja, a identidade de funções, e ao empregador cabe demonstrar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito.**

Consta na causa de pedir que o autor, a partir de 01/08/2004, quando foi alçado à função de Adjunto/Chefe de Seção, prestou serviços em igualdade de condições com dois paradigmas, um deles, o Sr. Reinaldo (fls. 3 e 6/7).

A defesa reconhece que Reinaldo foi promovido para Adjunto em 01/10/2002 e para Chefe de Seção em 01/08/2003 (fls. 85). Resta claro que o autor, por via transversa, desincumbiu-se de seu ônus de demonstrar que exercia as mesmas funções que o modelo que indicou.

Já a ré não se desfez de sua obrigação de comprovar a existência dos fatos modificativos, extintivos ou impeditivos descritos no artigo 461 do Diploma Consolidado. Além de o modelo não possuir tempo de serviço nas funções antes referidas superior a dois anos em relação ao autor, a leitura das declarações prestadas em audiências pelas partes e testemunhas não permite conclusão no

sentido da ausência de identidade e mesma perfeição técnica nos serviços prestados por ambos:

Depoimento pessoal do autor: ... 23) não trabalhou na mesma loja que o Sr. Reinaldo Alves; 24) tinha o mesmo cargo que o Sr. Reinaldo, respondia aos mesmos gerentes; 25) todos os chefes de seção exerciam as mesmas atribuições; 26) quando foi promovido a chefe de seção o Sr. Reinaldo já exercia tal função, porém não sabe dizer desde quando; ... (fls. 176/177)

Depoimento pessoal do preposto da ré: ... 40) o adjunto apenas responde pela seção na ausência do chefe, não se tratando da mesma função; 41) não sabe dizer em que loja o autor estava de agosto/2004 a março/2005; 42) acha que o autor assumiu em março/2005 no Big Pinheirinho, como chefe de seção; 43) acredita que o autor, de agosto/2004 a março/2005, estava na loja do Xaxim; 44) o autor era adjunto na loja do Xaxim; 45) não sabe quem era o chefe de seção na referida loja; (...) 50) o chefe de seção da área de segurança passa instruções sobre atividades do dia, escala, horários, intervalos e procedimentos de encaminhamento do dia; 51) as atividades descritas no item anterior são a do chefe de seção, última atividade realizada pelo autor. (fls. 177/178)

Testemunha José Antonio dos Santos: ... 18) a primeira vez que trabalhou com o autor o mesmo era adjunto (Big Pinheirinho - agosto/2004 até data que não se recorda); 19) na segunda, o autor era chefe de seção (Big Pinheirinho - outubro/2006 até a saída do autor); 20) quando o autor foi chefe de seção não tinha adjunto; 21) quando o autor foi adjunto não tinha chefe de seção; 22) afirma que não sabe informar se havia chefe de seção no Big Pinheirinho quando o autor foi adjunto (agosto/2004 em diante); ... (fls. 179)

Testemunha Alana Thais Trentini: ... 4) não conhece o Sr. Reinaldo Alves; ... (fls. 179/180)

Pelo exposto, reforma-se a sentença para deferir o pagamento de diferenças salariais decorrentes da equiparação com o funcionário Reinaldo Alves, a serem apuradas mês a mês pela comparação entre o salário pago ao obreiro e o percebido pelo modelo, integrando-as ao conjunto remuneratório para fins de cálculo das horas extras, e gerando reflexos em 13º salário, férias com um terço, aviso prévio e FGTS (11,2%).

A recorrente, sem se resignar, alega que há prova nos autos de que o paradigma e o reclamante contavam com diferença de tempo de serviço, na chefia, superior a dois anos, razão pela qual obstada a equiparação salarial perseguida. Questiona, ainda, a comprovação da identidade de funções entre reclamante e paradigma, tendo em vista que os trabalhadores em questão não possuíam funções idênticas e se ativavam em locais distintos. Aponta violação do art. 461 da CLT e colaciona arestos divergentes.

A Corte regional, a partir da prova produzida nos autos, especificamente a testemunhal, concluiu que o

reclamante se desincumbiu do ônus probatório que lhe competia, no sentido de comprovar que ele e o paradigma desempenhavam funções idênticas, e que a reclamada, embora tenha suscitado fato impeditivo da pretensão do obreiro, qual seja a diferença de tempo de serviço superior a dois anos, não logrou comprová-lo.

Nesse contexto, a adoção de conclusão diversa a respeito da suficiência da prova produzida por cada uma das partes à comprovação das teses de seu interesse demandaria revolvimento de fatos e provas, o que não se admite nos termos da Súmula nº 126 do TST, e, quanto às regras de distribuição do ônus probatório, a Corte a quo procedeu em conformidade com a Súmula nº 6, item VIII, do TST.

Impossível, pois, divisar vulneração ao art. 461 da CLT.

A divergência jurisprudencial não prospera porque não contempladas nos paradigmas transcritos as premissas de fato aqui vislumbradas. Incide a Súmula nº 296, I, do TST.

Não conheço.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso de revista.

Brasília, 2 de Maio de 2012.

Ministro Vieira de Mello Filho

Relator

fls.

PROCESSO Nº TST-RR-1472400-64.2007.5.09.0015