

**Acórdão do processo 0032300-82.2009.5.04.0383 (RO)**

**Redator:** ANDRÉ REVERBEL FERNANDES

**Participam:** IONE SALIN GONÇALVES, JOSÉ FELIPE LEDUR

**Data:** 23/03/2011 **Origem:** 3ª Vara do Trabalho de Taquara

[Versão em RTF](#) | [Andamentos do processo](#)

---

**EMENTA: DO DANO MORAL. REPRESÁLIA. A**

despedida por justa causa foi um revide ao ajuizamento da reclamatória. O reclamante foi despedido por justa causa tão logo a empresa recebeu a citação para contestar a reclamatória, com alegações infundadas. A atitude da empresa causou graves prejuízos financeiros ao trabalhador, pois deixou de receber o aviso-prévio e a multa de 40% do FGTS. Mais ainda, não pode sacar o FGTS e contar com o seguro-desemprego. Desta forma, o procedimento da recorrente privou o trabalhador dos meios de subsistência, causando evidente sofrimento, constrangimentos e humilhações. Caracterizado, portanto, o uso ilegal do direito de ruptura motivada do contrato de trabalho, ensejando o pagamento de indenização por dano moral. Recurso não provido.

**VISTOS** e relatados estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO** interposto de sentença proferida pelo MM. Juiz da 3ª Vara do Trabalho de Taquara, sendo recorrentes **CALÇADOS BOTTERO LTDA. E ELIESER DOS SANTOS FIGUEIREDO** e recorridos **OS MESMOS**.

Inconformados com a sentença das fls.286/291, proferida pelo Juiz Luis Fettermann Bosak, complementada pelo julgamento de embargos declaratórios (fl. 312), recorrem as partes.

No recurso ordinário das fls. 300/307, a reclamada requer a reforma da sentença nos seguintes itens: rescisão do contrato e verbas rescisórias, seguro-desemprego, FGTS, indenização por dano moral e participação nos lucros e resultados

O reclamante, por sua vez, às fls. 320/338, requer a reforma do julgado quanto aos itens: majoração da indenização por dano moral, horas extras decorrentes da nulidade do regime compensatório e contagem minuto a minuto, multas dos artigos 467 e 477 da CLT e indenização do imposto de renda.

Contrarrazões pela reclamada às fls.343/351.

Os autos são remetidos ao Tribunal para julgamento.

É o relatório.

**ISTO POSTO:**

## **I. RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA - Matéria prejudicial**

### **1. REVERSÃO DA DESPEDIDA POR JUSTA CAUSA.**

O reclamante adita a petição inicial, às fls. 16/18, sustentando que, em razão do ajuizamento da presente reclamatória em 10.3.09, foi despedido sob alegação de justa causa em 06.04.09, como forma de revide da empresa.

A reclamada contesta, asseverando que rompeu o contrato de trabalho em decorrência das inúmeras faltas injustificadas ao trabalho do autor. Diz expressamente, à fl. 34: “Ao contrário do que alega, a demissão ocorreu por justo motivo previsto em lei, como se depreendem das advertências, suspensões e, finalmente, a demissão”.

O Julgador *a quo* reputa descaracterizada a justa causa para a rescisão do contrato de trabalho, por entender que a reclamada não comprova faltas injustificadas em número capaz de configurar a desídia do trabalhador.

A reclamada alega ter comprovado que o autor foi despedido por justa em razão das inúmeras faltas não justificadas. Diz que advertências e suspensões são medidas disciplinares que não possuem previsão em lei, podendo, no caso do empregado cometer falta grave, o empregador despedir sem aplicação anterior dessas penalidades.

Sem razão.

A despedida por justa causa é a punição máxima prevista para o obreiro que pratica uma ou mais condutas previstas no artigo 482 da CLT. Pode ser adotada apenas quando ocorrem faltas graves, na medida em que, além da perda do trabalho, fonte de subsistência do obreiro, acarreta graves prejuízos financeiros a este na rescisão contratual.

Compulsando os autos, verifica-se que o autor foi admitido em 15.01.07 e despedido por justa causa em 06.04.09 (fls. 78/79).

Inicialmente, cabe ressaltar que a alegação da empresa, em recurso, de que é desnecessária a aplicação anterior de advertências e suspensões para a despedida por justa causa contraria o procedimento que a empresa diz, na defesa, ter adotado. Na contestação consta, embora não tenha prova nos autos, que houve gradação das penalidades, com aplicação de advertências e suspensões para, finalmente, despedir por falta grave, como visto acima.

Além disso, o comunicado de rescisão do contrato da fl. 78 faz referência a “indisciplina no local de trabalho”, sem que exista qualquer prova nesse sentido nos autos. No que pertine as faltas injustificadas, o documento em análise não menciona quais os dias em que o reclamante deixou de trabalhar sem justificativa. Aliás, no recurso ordinário tampouco são relacionados os dias de

falta ao serviço que teriam acarretado a rescisão motivada do contrato pelo empregador.

Por fim, de acordo com o registro de horário da fl. 124, o autor faltou sem justificativa no dia 31.03.09, terça-feira. Consta ainda neste documento que o autor foi dispensado do trabalho nos dias 01, 02 e 03 de abril, antes do sábado (dia 04) e do domingo (dia 05). Portanto, a despedida do reclamante na segunda-feira, 06.04.09, sequer tem imediatidade com a falta praticada em 31.03.09.

Conclui-se não há prova suficiente de que o reclamante agiu com desídia, capaz de ensejar a sua despedida por justa causa. Cabia à reclamada apontar as faltas injustificadas ao trabalho e provar de forma consistente a existência destas, encargo processual do qual não se desincumbe a contento, a teor do que estabelece o inciso II do artigo 333 do Código de Processo Civil. Além disso, tampouco há imediatidade na despedida. Pelo exposto, conclui-se que a despedida foi ato de represália contra o ajuizamento da presente reclamatória.

Nega-se provimento.

## **II. RECURSO DA RECLAMADA E DO RECLAMANTE - (Matéria Comum)**

### **1. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DESPEDIDA POR JUSTA CAUSA.**

O Julgador *a quo* defere o pagamento de indenização por dano moral equivalente a duas remunerações do autor decorrente dos danos sofridos com a despedida por justa causa.

A reclamada reitera que a despedida do autor ocorreu por justa causa, por desídia, em razão das faltas não justificadas ao trabalho. Diz ser uma faculdade legal do empregador e que o autor não comprova ter sofrido danos decorrentes da despedida. No caso de manutenção da sentença, requer a redução do valor fixado, ponderando excessivo e incompatível com a realidade econômica nacional.

O reclamante, por sua vez, requer a majoração do valor arbitrado para a indenização por dano moral, por não atender a necessidade de reparação considerando a ofensa sofrida e a capacidade econômica da recorrida Sugere a quantia de cem salários.

Sem razão os recorrentes.

Amparam o direito do empregado ao dano moral o inciso VI do artigo 114, o inciso III do artigo 1º e os incisos V e X do artigo 5º todos da Constituição Federal. Cabe a indenização do obreiro por dano moral, quando, em razão da execução da relação de subordinação existente no vínculo de emprego, o empregador mediante abuso ou uso ilegal do seu poder diretivo, atinge esses bens subjetivos inerentes à pessoa do trabalhador.

No caso sob análise, conforme visto no item anterior, a reclamada procedeu à despedida por justa causa como represália ao fato do reclamante ter ajuizado a presente reclamatória trabalhista. O reclamante interpôs a ação em 10.3.09 e foi despedido em 06.04.09, tão logo a empresa recebeu a citação para contestar. A empresa alegou, documento da fl. 78, “indisciplina no local de trabalho”, sem sequer descrever em que consistiu a desobediência. Afirma que havia aplicado advertências e suspensões, sem qualquer prova nos autos. Por fim, nem ao menos indica os dias de faltas injustificadas ao trabalho que teriam caracterizado a alegada desídia. Na realidade, a atitude da reclamada retirou do reclamante a sua fonte de subsistência, com a perda do trabalho. Além disso, ao despedi-lo por justa causa, lhe causou graves prejuízos financeiros, pois o trabalhador não pode sacar o FGTS e contar com o seguro-desemprego. Mais ainda, deixou de receber o aviso-prévio e a multa de 40% do FGTS. Caracterizado, portanto, o uso ilegal do direito de ruptura motivada do contrato de trabalho. A despedida por justa causa teve por objetivo causa prejuízo financeiro ao reclamante, sendo um revide ao ajuizamento da reclamatória.

Em matéria análoga decidiu esta 1ª Turma no Acórdão do processo nº 0000052-69.2010.5.04.0111 (RO), Relator Desembargador José Felipe Ledur, pub. 15/12/2010.

A prova oral evidencia, pois, que a despedida ocorreu em represália ao ajuizamento da ação contra a reclamada. Nesse sentido, não se reconhece à ré o direito de despedir empregados que demandem judicialmente contra si. A subsistência do vínculo não se condiciona ao não-exercício do direito jusfundamental de propor ação judicial contra o empregador, o que de resto não implica prejuízo ao desempenho das tarefas para as quais foi contratado o trabalhador. Ainda, apenas por causa do exercício desse direito jusfundamental não decorre a quebra da confiança que a empregadora mantém no empregado, fidúcia essa que é própria da relação de emprego [...].

Pelo exposto, irrepreensível a decisão do Juiz de 1º grau de condenar a reclamada ao pagamento de indenização por dano moral. Tampouco se dá provimento aos recursos das partes quanto ao valor fixado na sentença de origem para esta indenização - equivalente a duas remunerações do autor.

É necessário que se leve em conta o princípio da razoabilidade quando do arbitramento da indenização por dano moral, bem como as condições do ofendido e da ofensora, e a reprovabilidade da conduta praticada. Como bem destacado por Cavalieri Filho:

Creio que na fixação do quantum debeat da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a

maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.

(...) Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes. (Programa de Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 90)

Deste modo, a indenização deve ter caráter preventivo, punitivo e ressarcitório. No caso em análise, reprovável a conduta da reclamada, ao despediar o reclamante por justa causa em razão do ajuizamento da reclamatória. Necessário que a indenização não só puna essa conduta como também tenha um caráter preventivo, para que a empresa não retorne a assim proceder quando empregado seu interpor ação trabalhista. Por fim, a forma de despedida, ficando o reclamante sem a possibilidade sequer de levantar o FGTS e encaminhar o recebimento do seguro-desemprego privou o trabalhador dos meios de subsistência, causando evidente sofrimento, constrangimentos e humilhações.

Assim, levando em consideração as questões fáticas, a extensão do prejuízo, bem como a capacidade econômica da parte ofensora, entende-se que a verba indenizatória deve ser mantida, porque adequada aos parâmetros precitados.

Assim, nega-se provimento a ambos recursos.

### **III. RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA - Itens Remanescentes**

#### **1. SEGURO-DESEMPREGO.**

O Juízo *a quo* determina à reclamada fornecer as guias para seguro desemprego, sob pena de pagamento de indenização correspondente.

A reclamada alega indevida a condenação, insistindo no reconhecimento da despedida por justa causa do autor. Diz não haver previsão legal para o pagamento de indenização no caso de o empregador não entregar as guias do seguro desemprego.

Sem razão.

Inalterada a decisão que afasta a justa causa e reconhece a despedida imotivada do reclamante, impõe-se a manutenção da condenação quanto às parcelas acessórias.

O empregador tem a obrigação legal de fornecer ao empregado desligado as guias para encaminhamento do seguro-desemprego quando da despedida imotivada. Não cumprindo a obrigação de fazer determinada na sentença Portanto, irretocável a determinação para a reclamada fornecer as guias para seguro desemprego, sob pena de pagamento de indenização correspondente, deve arcar com os prejuízos a que deu causa. Entendimento consubstanciado na Súmula 389, II, do TST:

II - O não-fornecimento pelo empregador da guia necessária para o recebimento do seguro-desemprego dá origem ao direito à indenização.

Portanto, irretocável a determinação para a reclamada fornecer as guias para seguro desemprego, sob pena de pagamento de indenização correspondente.

Nega-se provimento.

## **2. FGTS E ACRÉSCIMO DE 40%**

Mantida a decisão que afasta a justa causa e reconhece a despedida imotivada do reclamante, é devido o FGTS rescisório e o acréscimo de 40% sobre os valores do FGTS depositados na conta vinculada do autor durante o contrato de trabalho, pois consectários do principal.

Recurso não provido no aspecto.

## **3. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADO**

O Julgador de origem defere o pagamento de diferenças da participação nos lucros, em valores a serem apurados em liquidação de sentença, observadas as disposições do acordo coletivo, ao argumento de que a reclamada não comprova o pagamento referente ao primeiro semestre de 2008.

A reclamada alega que o autor não aponta diferenças em seu favor. Pondera ter efetuado o pagamento das parcelas sempre que preenchidos os requisitos estabelecidos nas normas coletivas.

Analisa-se.

Os acordos de Participação em Lucros e/ou Resultados firmados pela reclamada, referentes aos anos de 2007 e 1º semestre de 2008 (fls. 182/190), ajustam o pagamento aos empregados da reclamada da verba participação nos lucros e resultados equivalente a 10% sobre o lucro líquido, desde que o lucro líquido seja maior que 3% sobre a receita total de vendas do semestre. Estabelecem, ainda, alguns requisitos para a aquisição do direito, assim como

a proporcionalidade do pagamento de acordo com as faltas e o momento da despedida (cláusulas 3ª, 4ª e 5ª, fls. 182/183).

Os recibos de pagamento de salário, juntados pela reclamada às fls. 81/96, apontam o pagamento a título de “lucros distribuídos” somente em relação ao ano de 2007 (fls. 84 e 88). Contudo, existe acordo de Participação em Lucros e/ou Resultados firmado pela reclamada referente ao 1º semestre de 2008 (fls. 188/190). O recibo relativo ao mês de julho de 2008, fl. 91, quando deveria ser paga a verba, não aponta o adimplemento de “lucros distribuídos”. A reclamada, no recurso ordinário, não aponta qualquer justificativa para o inadimplemento da participação nos lucros referente ao primeiro semestre de 2008, mencionado expressamente na sentença, apresentando argumentos genéricos, como o reclamante “recebeu o que era devido a este título”.

Cabia a reclamada, se o reclamante não preencheu todos os requisitos exigidos no acordo coletivo para o recebimento da participação nos lucros, demonstrar tal fato, em face da maior aptidão da empregadora para produção da prova, decorrente do seu dever de documentar a relação de emprego.

Assim, na senda da decisão de origem, não tendo a reclamada comprovado o pagamento da participação nos lucros nos períodos referidos nas normas coletivas, ônus que lhe competia, impõe-se a manutenção da condenação em tela. Diga-se, por oportuno, que não há necessidade de o autor apontar diferenças, visto que não há qualquer pagamento relativo ao primeiro semestre de 2008.

Nega-se provimento.

#### **IV- RECURSO ADESIVO DO RECLAMANTE - Itens Remanescentes**

##### **1. HORAS EXTRAS. NULIDADE DO REGIME COMPENSATÓRIO. CONTAGEM MINUTO A MINUTO**

O Julgador *a quo* defere o pagamento das horas extras, assim consideradas as excedentes a 44ª semanal, com adicional legal ou normativo se mais benéfico, apuradas com base nos cartões-ponto e observadas as normas coletivas quanto ao critério de contagem, abatidos os valores pagos sob a mesma rubrica.

O reclamante alega a nulidade do regime compensatório de horário adotado, em razão da realização de trabalho suplementar. No tocante ao critério de apuração, diz que não podem ser aplicadas as normas coletivas, porquanto autorizam o desprezo de 10 a 15 minutos por batida do ponto, quando a norma legal estabelece limite menor. Busca o pagamento das horas extras apuradas nos cartões-ponto minuto a minuto. Sucessivamente, requer a apuração de acordo com § 1º do artigo 58 da CLT e a súmula 366 do TST.

Analisa-se.

O regime compensatório semanal adotado encontra autorização nas normas coletivas juntadas aos autos às fls. 146/181. Estabelecem as normas coletivas (ex: cl. 14, fl. 174) a supressão do trabalho no sábado com acréscimo de jornada de segunda a sexta-feira, na forma do artigo 59, § 2º, da CLT, até o limite de 10 horas diárias.

Os registros de horário acostados às fls. 97/124 dão conta de que o reclamante prestava serviço de segunda à sexta-feira, em regime compensatório semanal, observando os limites estabelecidos no artigo 59 da CLT. Portanto, não há falar em nulidade do regime compensatório semanal adotado, mantendo-se a condenação ao pagamento apenas das excedentes a 44ª semanal.

Quanto à pretensão do recorrente de ser aplicado o critério minuto a minuto para apuração das horas extras, carece de fundamento legal. O critério a ser adotado, a partir de 19.06.01, com o acréscimo do parágrafo 1º ao art. 58 da CLT pela Lei n.º 10.243/01, é a desconsideração da variação de horário que não excede de cinco minutos, observado o limite máximo diário de 10 minutos. Dispõe expressamente o dispositivo legal :

Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário no registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários.

De outra parte, dispõe a cláusula 17ª da Convenção Coletiva de Trabalho da Categoria (fl. 175):

Poderão as empresas permitir que os trabalhadores batam o cartão ponto até 10 (dez minutos antes do início e 10(dez) após o término dos turnos sem que isto seja computado como hora trabalhada, tampouco como tempo à disposição do empregador.

Não tem validade a cláusula normativa que prevê o lapso de até 10 minutos como período de tolerância, não computado como de serviço extraordinário, como adotado pela reclamada, porque contraria norma de ordem pública. O disposto no artigo 58, § 1º, da CLT não é passível de flexibilização por vontade das partes, sendo direito indisponível. Neste sentido já se manifestou esta 1ª Turma (processo nº. 00085-2009-771-04-00-5 RO, Relatora Desembargadora Ana Luiza Heineck Kruse, publicado em 18/12/2009).

Deste modo, dá-se provimento parcial ao recurso do reclamante para determinar que o pagamento de diferenças de horas extras observe o critério de cálculo fixado no artigo 58, § 1º, da CLT, que consagra a desconsideração da variação de horário que não excede de cinco minutos, observado o limite máximo diário de 10 minutos.

## **2. MULTA DO ARTIGO 467 DA CLT**



O reclamante alega que em decorrência do reconhecimento da despedida imotivada é incontroverso que a reclamada não pagou as parcelas rescisórias decorrentes, sendo devida a penalidade legal prevista.

Sem razão.

A multa prevista no art. 467 da CLT é aplicável quando existe parte incontroversa das verbas rescisórias ainda não pagas pelo empregador e este não efetua tal pagamento na data de comparecimento na Justiça do Trabalho. Incabível a aplicação de tal multa quando a forma de rompimento da relação jurídica mantida entre as partes era controversa. Nega-se provimento.

### **3. MULTA DO ARTIGO 477 DA CLT.**

O reclamante busca a condenação da reclamada ao pagamento da multa prevista no artigo 477 da CLT.

Com razão.

Cabível o pagamento da multa do art. 477, § 8º, da CLT ainda quando haja controvérsia judicial quanto à razão do término do contrato. As parcelas decorrentes da despedida imotivada do reclamante não foram pagas. Como a sentença que reconhece a denúncia vazia do contrato por parte do empregador tem natureza apenas declaratória, e não constitutiva de direito, é devida a multa em questão. Nesse sentido decisão análoga desta Turma Julgadora:

MULTA DO ART. 477 DA CLT. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO POR MEIO DE DECISÃO JUDICIAL. A sentença que reconhece o vínculo de emprego tem natureza declaratória e não constitutiva de direito, havendo mera chancela judicial com carga de eficácia declaratória. A controvérsia quanto à existência do contrato de trabalho não é razão suficiente para, uma vez reconhecido o vínculo de emprego, afastar o direito do trabalhador ao pagamento das verbas rescisórias no prazo fixado em lei. A declaração judicial de vínculo empregatício induz reconhecer que as parcelas rescisórias não foram pagas no prazo previsto no § 6º do art. 477 da CLT, pelo que devida a multa do § 8º do mesmo artigo. Recurso do reclamante provido. (Processo nº 0097200-51.2008.5.04.0014. Relator Desembargador José Felipe Ledur. Publicação em 24.02.2010.)

Dessa forma, dá-se parcial provimento ao recurso do reclamante no tópico para acrescer à condenação o pagamento da multa prevista no parágrafo 8º do artigo 477 da CLT.

### **4. INDENIZAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA.**

O reclamante não se conforma com a autorização para o desconto do imposto de renda sobre as parcelas reconhecidas na presente ação. Diz que a reclamada não efetuou os pagamentos na épocas próprias devendo indenizá-lo pelas retenções fiscais que forem efetuadas sobre seus créditos.

Sem razão.

O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, após deliberação de seu órgão plenário, editou as Súmulas nº 26 e 51, segundo as quais tanto os recolhimentos previdenciários como fiscais devem ser descontados do crédito do trabalhador constituído em reclamatória trabalhista. Acata-se esse entendimento.

O art. 46 da Lei nº 8.541/92 determina a incidência do imposto de renda sobre os rendimentos provenientes de decisão judicial. Considerando que os descontos decorrem de determinação legal, conforme Súmulas antes referidas, não há possibilidade de indenização dos valores a serem pagos pela reclamante.

São também nesse sentido os precedentes dessa Turma, como por exemplo da decisão proferida no processo nº 0114200-96.2006.5.04.0511, da lavra da Desembargadora Ione Salin Gonçalves, publicado em 02.07.2009.

Provimento negado.

Ante o exposto,

**ACORDAM** os Magistrados integrantes da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por unanimidade, **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DA RECLAMADA**. Por maioria, vencido em parte o Desembargador José Felipe Ledur, **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ADESIVO DO RECLAMANTE** para acrescer à condenação o pagamento da multa prevista no parágrafo 8º do artigo 477 da CLT e para determinar que na apuração das diferenças de horas extras seja observado o critério de cálculo fixado no artigo 58, § 1º, da CLT. Custas que se acrescem em R\$ 20,00, em face do acréscimo da condenação em R\$ 1.000,00.

Intimem-se.

Porto Alegre, 23 de março de 2011 (quarta-feira).

**JUIZ CONVOCADO ANDRÉ REVERBEL FERNANDES**

**Relator**