



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região

Recurso Ordinário Trabalhista 0001359-97.2016.5.05.0021

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 27/08/2020

Valor da causa: R\$ 50.000,00

Partes:

RECORRENTE: RN COMERCIO VAREJISTA S.A

ADVOGADO: ANTONIO CARLOS FARDIN

ADVOGADO: CARLA ELISANGELA FERREIRA ALVES TEIXEIRA

ADVOGADO: NELSON WILIANS FRATONI RODRIGUES

RECORRENTE: TIAGO DA SILVA BORGES

ADVOGADO: BRUNO REIS LOPES

ADVOGADO: NUBIA REIS LOPES

RECORRIDO: TIAGO DA SILVA BORGES

ADVOGADO: BRUNO REIS LOPES

ADVOGADO: NUBIA REIS LOPES

RECORRIDO: RN COMERCIO VAREJISTA S.A

ADVOGADO: ANTONIO CARLOS FARDIN

ADVOGADO: CARLA ELISANGELA FERREIRA ALVES TEIXEIRA

ADVOGADO: NELSON WILIANS FRATONI RODRIGUES



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO
Quarta Turma

PROCESSO nº 0001359-97.2016.5.05.0021 (ROT)

RECORRENTE: RN COMERCIO VAREJISTA S.A , TIAGO DA SILVA BORGES

RECORRIDO: TIAGO DA SILVA BORGES, RN COMERCIO VAREJISTA S.A

RELATOR(A): ANA LUCIA BEZERRA SILVA

RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CONHECIMENTO. DESERÇÃO.

Não logrando a reclamada recorrente desvencilhar-se do ônus que lhe competia de comprovar o devido preparo, pressuposto extrínseco de admissibilidade do recurso, outro caminho não há senão o do seu não conhecimento.

DANO MORAL. ASSÉDIO MORAL. ÔNUS DA PROVA. O assédio moral caracteriza-se por uma agressão continuada e grave, a ponto de causar perturbação na esfera psíquica do trabalhador, cujo encargo probatório compete à parte autora, por configurar fato constitutivo do seu direito. Inexistente esta prova, não há que falar em direito à reparação por dano moral.

RN COMÉRCIO VAREJISTA S.A. e TIAGO DA SILVA BORGES,

nos autos da reclamação trabalhista de nº 0001359-97.2016.5.05.0021, inconformados com a sentença de ID e8a706b, interpõem Recursos Ordinários (ID f7abc14 e ID ca002f1, respectivamente). Contrarrazões apresentadas (ID 6755402 e ID 175835f). Dispensada a prévia remessa ao Ministério Público do Trabalho. É O RELATÓRIO.

VOTO

DA PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA POR DESERÇÃO

Suscito de ofício a preliminar em epígrafe em razão da falta de comprovação do recolhimento das custas processuais por parte da reclamada.

Consoante se depreende dos autos, a empresa ré, ao interpor Recurso Ordinário em face da sentença proferida pela instância originária, não realizou o recolhimento das custas processuais.



Sobreleva destacar que o requerimento de concessão da justiça gratuita, por ela formulado no bojo do seu apelo ordinário, foi indeferido por esta Relatora, nos termos da decisão de ID d58b16b, abaixo reproduzida:

"Nas razões do Recurso Ordinário interposto, a empresa reclamada (RN COMÉRCIO VAREJISTA S.A) postula pelo deferimento do benefício da gratuidade da justiça, argumentando que se encontra em recuperação judicial, deferida pelo Juízo da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais - Foro Central da Comarca de São Paulo/SP.

Aduz ainda que a situação de 'pandemia viral decorrente do alastramento do vírus mundialmente conhecido por COVID-19' implicou no 'fechamento de 100% de suas lojas, resultando em forte queda de seu faturamento, que passados mais de 60 (sessenta) dias, agravou ainda mais a sua situação financeira, pois possui inúmeros compromissos inadiváveis e está privada pelo próprio Estado de permanecer em atividade e, com isto, faturar'.

Pois bem.

Como é cediço, o benefício da justiça gratuita, em princípio, era concedido apenas aos empregados que não possuem condições de pagar as custas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, nos termos do art. 790, § 3º, da CLT.

No entanto, seguindo o entendimento que já vinha sendo aplicado pela jurisprudência trabalhista, a Lei nº 13.467 de 2017 introduziu o §4º no art. 790 da CLT, prevendo que 'O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo'.

Com efeito, a concessão da gratuidade judiciária no âmbito da Justiça do Trabalho é garantia do empregado (quando atendidos os requisitos estabelecidos no art. 790, §3º, da CLT) e do empregador, desde que, neste último caso, seja feita a prova inequívoca da miserabilidade da pessoa jurídica, comprovando a impossibilidade de arcar com os encargos processuais.

Neste sentido preconiza a Súmula nº 481 do C. STJ:

'Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais.'

Também neste sentido foi uniformizada a jurisprudência deste Regional, conforme se infere do teor da Súmula TRT5 nº 58, in verbis:

'JUSTIÇA GRATUITA. PROVA. ART. 99, § 3º, CPC/15. Seja qual for a sua natureza jurídica, tenha ou não fins lucrativos ou ainda que seja entidade filantrópica, para concessão à pessoa jurídica dos benefícios da justiça gratuita não basta a mera declaração de que não possui condições econômico-financeiras para arcar com as despesas processuais.'

Assim, relativamente à pessoa jurídica, imperiosa é a prova inequívoca da dificuldade financeira alegada, não podendo esta ser presumida, entendimento pacificado pela jurisprudência pátria.

Na hipótese dos autos, a reclamada limitou-se a comprovar que lhe fora concedida a recuperação judicial, através do documento de ID 04481f9 (págs. 35/58), em decisão proferida no dia 10.01.2019, nos termos do art. 52 da Lei nº 11.101/2005 (processo nº 1088556-25.2018.8.26.0100, que tramita perante a 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo/SP), o que lhe isenta, tão somente, da efetivação do depósito recursal, conforme regra gizada no §10, do art. 899, da CLT, senão vejamos:

'Art. 899 - Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora.

(...)



§ 10. São isentos do depósito recursal os beneficiários da justiça gratuita, as entidades filantrópicas e as empresas em recuperação judicial.'

Deste modo, deve ser deferido o pedido de isenção da empresa acionada ao recolhimento do depósito recursal referente ao apelo ordinário por ela interposto.

Por sua vez, há de ser assinalado que o fato de encontrar-se em processo de recuperação falimentar, por si só, não respalda sua pretensão quanto à isenção ao pagamento das custas processuais, vez que tal situação não comprova sua efetiva impossibilidade de arcar com os encargos processuais, não se afigurando suficiente ao deferimento do benefício em exame.

Ademais, destaco que a circunstância de grave crise econômica que assola o país não se presta a comprovar a alegada situação de miserabilidade econômica da recorrente, isto porque, a situação de calamidade pública decorrente da pandemia COVID-19, conquanto esteja causando reflexos danosos em nosso país, não supre a necessidade de comprovação da hipossuficiência econômica da pessoa jurídica, através de documentos que atestem a atual incapacidade financeira da empresa, o que não veio aos autos.

Deste modo, inexistindo nos autos prova da real e efetiva insuficiência econômica e financeira da demandada, indefiro a concessão do benefício da justiça gratuita à mesma e, com fulcro no art. 99, §7º, do CPC, determino a sua intimação para proceder, no prazo de 5 (cinco) dias, ao recolhimento do montante relativo às custas processuais a que a parte ré foi condenada, sob pena de não conhecimento do seu Recurso Ordinário em face da deserção."

Como se infere da aludida decisão, de acordo com os ditames da OJ nº 269, inciso II, da SDI-I, do TST, bem como, com fulcro no art. 99, §7º, do CPC, a reclamada fora devidamente notificada para efetuar o recolhimento das custas processuais, no prazo de 5 (cinco) dias, encargo que não logrou se desincumbir, conforme atesta a certidão de ID 2ff7829.

Assim, em face da ausência de preenchimento de pressuposto extrínseco de admissibilidade do recurso ordinário, qual seja, o preparo, declaro a deserção do presente recurso e deixo de conhecê-lo.

Ante o exposto, NÃO SE CONHECE do recurso ordinário interposto pela parte reclamada, em face de sua deserção.

DO RECURSO DO RECLAMANTE

DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DA DESPEDIDA POR JUSTA CAUSA / DO VALOR ARBITRADO

Pugna o autor pela majoração do *quantum* arbitrado pelo Juízo *a quo* a título de indenização por dano moral, decorrente da justa causa aplicada pela reclamada, que foi afastada pela decisão de origem.



Aponta o reclamante que "*fora 'acusado' indevidamente pelo crime de furto pelos prepostos da reclamada e conseqüentemente demitindo-o por justa causa. O recorrente permaneceu por 35 dias encarcerado em um presídio até que a família se reunisse e conseguisse contratar um advogado para impetrar habeas corpus*".

Sustenta que o valor indenizatório deferido pelo Juízo primeiro, no importe de R\$10.000,00 (dez mil reais), é ínfimo e não observa o caráter punitivo, educativo e reparatório do instituto.

Pois bem.

Ao dirimir a lide neste particular, a Magistrada da instância de origem fundamentou que "*o ato de improbidade imputado ao reclamante, em se tratando, na espécie, de conduta desonesta, deveria não só ter a autoria e a intenção plenamente confirmadas perante o juízo trabalhista, como ser cabalmente comprovado, não dando margem a dúvidas, o que não se verificou*", haja vista que, "*no caso, não foi produzida prova robusta de que o reclamante, tenha efetivamente participado dos assaltos praticados nas lojas da demandada, inclusive naquela objeto de investigação policial e criminal*". A prova da falta que configure justa causa para terminação do contrato de trabalho, e em especial a alegação de improbidade, pela sua gravidade, há de ser irrefutável, sem o que não se reconhece. Assim, não tendo a reclamada se desincumbido do ônus de comprovar, de forma robusta e cabal, o alegado ato de improbidade imputado ao reclamante, resta descaracterizada a justa causa para a rescisão do contrato de trabalho por iniciativa do empregador".

Em seguida, deferiu o pedido de indenização por dano moral nos seguintes termos:

"Evidente o dano moral resultante do fato de ter sido o reclamante acusado de improbidade, sem provas suficientes a tal constatação, sendo, inclusive, privado de sua liberdade (preso), por 35 (trinta e cinco) dias, justifica-se a condenação da reclamada ao pagamento de indenização por danos morais. Levando em consideração a gravidade do dano, a repercussão no âmbito social e da empresa, a humilhação e constrangimento por que passou o reclamante, bem como a situação econômica do agressor e o caráter punitivo e pedagógico dessas indenizações, fixo em R\$ 10.000 (dez mil reais) o valor ora arbitrado."

Como se sabe, a indenização por danos morais sofridos pelo empregado no âmbito do contrato de trabalho pressupõe a prática de um ato ilícito, consubstanciado num exercício abusivo do direito, ato este praticado pelo empregador ou por preposto seu, que acarrete um prejuízo ao trabalhador, com a subversão dos seus valores subjetivos da honra, dignidade, intimidade ou imagem, devendo coexistir, ainda, o nexos de causalidade entre a conduta injurídica do primeiro e o dano experimentado pelo último.



Necessário ressaltar que, ao meu entendimento, a declaração de nulidade da penalidade de justa causa aplicada à parte autora não induz, por si só, ao reconhecimento da indenização postulada, devendo, para tal, ser comprovada a ocorrência de dano extrapatrimonial sofrido pelo empregado, o que houve na hipótese em exame, como devidamente exposto na decisão recorrida.

Como delineado pelo Juízo *a quo*, não houve efetiva prova da autoria da conduta indevida e ilícita imputada ao reclamante (participação nos assaltos ocorridos nas lojas da reclamada), de modo que, sem dúvidas, deveria a reclamada ter sido mais cautelosa na averiguação do fato, para evitar prejuízo tão grande ao mesmo, tanto no âmbito profissional, quanto na sua vida pessoal. *In casu*, o fato de o obreiro ter sido privado de sua liberdade (preso por trinta e cinco dias) agrava o dano verificado, haja vista a humilhação e o constrangimento pelo qual passou o reclamante perante sua família e colegas de trabalho.

A afronta ao patrimônio imaterial do empregado é inquestionável, uma vez que houve acusação de ato de improbidade sem a correspondente prova, tendo havido a reversão da rescisão por justa causa em juízo, que demonstra claro abuso de direito do empregador ao aplicar a punição disciplinar máxima, baseada em conduta grave, sem a apuração e cautela necessárias, o que faz gerar danos à dignidade do reclamante e, sem dúvidas, merece reparação por danos morais.

Quanto à apuração do *quantum* a ser arbitrado, entendo que o importe de R\$10.000,00 (dez mil reais) não se adequa aos postulados da proporcionalidade e razoabilidade, especialmente considerando que o obreiro se viu privado de sua liberdade, bem como, diante da repercussão social deste fato. Diante disso, entendo que o valor condenatório deve ser majorado para R\$30.000,00 (trinta mil reais), não olvidando, ainda, que a condenação em danos morais, por se revestir de inegável caráter pedagógico, socialmente útil, dotado de força dissuasória à negligência patronal, não deve demonstrar complacência com o ofensor, pelo que não deve ser inexpressiva, a ponto de servir de estímulo à reincidência.

Reformo o julgado recorrido para majorar a indenização por dano moral, decorrente da aplicação da penalidade de justa causa por ato de improbidade, para o valor de R\$30.000,00 (trinta mil reais).

DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DO ASSÉDIO MORAL

Investe o reclamante contra o capítulo do julgado recorrido que julgou improcedente o pleito de condenação por danos morais em decorrência do assédio moral sofrido.



Assevera que restou claro na instrução probatória que os empregados eram obrigados a vender os cartões de crédito e garantias estendidas ofertadas pela recorrida, possuindo metas diárias para cumprimento, as quais eram cobradas com humilhação dos seus funcionários, além de perseguição e ameaça de dispensa.

Vejamos.

Como se sabe, o assédio moral caracteriza-se por uma agressão continuada e grave, a ponto de causar perturbação na esfera psíquica do trabalhador. Expõe o trabalhador a situações degradantes e constrangedoras, que ofendem a personalidade, a dignidade ou a integridade psíquica, e que, em última análise, tenha por consequência a exclusão do trabalhador no ambiente de trabalho.

É certo que a identificação do assédio moral nas relações de trabalho constitui tarefa extremamente delicada, revestida que é a sua tipificação de ingredientes de natureza jurídica e de ordem psicológica, sendo necessário que a dignidade do trabalhador tenha sido violada por condutas abusivas desenvolvidas dentro do ambiente profissional, durante a jornada de trabalho e no exercício das funções.

Ainda é necessário destacar que não se pode negar que a cobrança de metas está inserida no legítimo poder de direção do empreendimento e de direção pessoal da prestação de serviços que detém o empregador, sendo medida inerente ao mundo empresarial, não caracterizando, por si só, assédio moral.

Doutro lado, não pode o empregador, acobertado pelo manto do poder diretivo, imiscuir-se na esfera íntima, individual ou psicológica do trabalhador, sob pena de violar a dignidade do ser humano. Tal ônus de prova, por se tratar de fato constitutivo do direito almejado, compete ao reclamante (art. 818 da CLT e 373, I, do CPC).

Com efeito, na hipótese *sub judice*, em consonância com o Juízo de origem, não identifico os elementos constitutivos do assédio moral na cobrança de metas pela empresa reclamada ao obreiro.

Isto porque, a declaração prestada pela testemunha trazida pela parte autora não apontou de forma efetiva a ocorrência de uma extrapolação na cobrança das metas pela parte ré, tendo afirmado em audiência que *"já ouviu o supervisor chamando um gerente de 'patinho feio'; que havia reunião todos os sábados para tratar das metas da loja; que a reunião poderia ser dentro da jornada ou, em algumas vezes, antes da abertura da loja, às 07h; que as cobranças de metas na loja*



eram humilhantes, pois havia muita cobrança; que a cobrança era feita pelo supervisor" (ata de ID 1770f2e).

Observe que a prova testemunhal em comento se limitou a alegar genericamente e de forma vaga que havia muita cobrança pelo supervisor, no entanto, a meu ver, tal depoimento não se mostrou suficiente e convincente a respaldar uma condenação em dano moral. Destaco que o testigo da defesa nada mencionou sobre o tema em exame.

Conforme bem pontuado na decisão de base, *"inobstante a única testemunha trazida pelo autor tenha afirmado que havia muita cobrança de metas, não restou provado o rigor excessivo alegados na inicial, nem as demais cobranças relativas às vendas de produtos ali constantes e capaz de ensejar o desrespeito à dignidade do reclamante. Insta destacar, que a cobrança de metas está inserida no poder de comando do empregador, não configurando assédio moral, desde que respeitada a dignidade do trabalhador."*

Neste passo, não verificando nos autos que o autor era submetido à cobrança de metas de forma abusiva e desrespeitosa, mantenho o julgado originário que não deferiu o pleito indenizatório em epígrafe.

DAS HORAS EXTRAS

Quanto à matéria em destaque, o reclamante aponta que o Juízo originário concluiu pela procedência em parte do pedido de pagamento das horas extraordinárias laboras pelo autor, elegendo os controles de ponto colacionados com a defesa como meios idôneos de prova.

Impugna os cartões que não contém sua assinatura e aduz que foi demonstrado na instrução que o sistema fornecia contraprova, tornando-se ônus do empregador demonstrar a inviolabilidade do sistema, do qual não se desvencilhou a reclamada. Invoca o teor da Súmula nº 27 deste TRT5. Ressalta a confissão do preposto, que contraria os horários lançados pela reclamada, postulando pela declaração de sua invalidade como meio de prova.

Segue argumentando que aos períodos não cobertos pelos controles de jornada deve ser aplicada a pena de confissão e considerada a jornada descrita na exordial. Menciona, por exemplo, o período de 16.12.2015 a 18.04.2016, em que consta a informação "Abono", devendo ser aplicada a pena de confissão.

Por fim, defende que, no que tange aos períodos festivos, igualmente resta clarividente a imprestabilidade dos controles adunados com a defesa, pois completamente dissonantes com a prova colhida na audiência de instrução.



Ao exame.

O pacto de emprego mantido entre as partes litigantes perdurou de 05.08.2013 a 02.09.2016.

In casu, restou incontroversa a existência de controle da jornada ao longo do vínculo empregatício por meio de registros de ponto até março de 2016, porquanto, a partir de abril do referido ano, a defesa alega a inserção do obreiro em cargo de confiança (na função de Subgerente), o que será analisado em momento posterior.

Assim, da admissão até março de 2016, competia à empresa a exibição dos documentos respectivos, ônus do qual a parte reclamada se desincumbiu ao encartar aos autos os controles eletrônicos de frequência com horários variáveis de jornada (vide ID e47e006 e ID 40f9987). Tal documentação, contudo, foi impugnada pelo autor.

Insta destacar que, no que toca ao fato de alguns deles serem apócrifos, ressalto que, ao entendimento deste órgão julgador, a falta de assinatura do empregado não tem o condão de afastar a qualidade probatória dos cartões de ponto juntados com a defesa, haja vista a inexistência de qualquer previsão legal que indique essa exigência. Nesta mesma toada é o entendimento preconizado pela Súmula TRT5 nº 27 editada por este Regional, *verbis*: "A mera falta de assinatura do empregado nos cartões de ponto, sejam eles físicos ou constantes de espelhos eletronicamente expedidos, não os torna só por isto inválidos. (...)".

Observe também que foi apresentada pela defesa documentação que atesta a validade técnica do referido registro de ponto eletrônico, estando em conformidade com a Portaria MTE nº 1.510/2009 (ID 7933946, ID eff4961 e ID 0d2f8d2).

Assim, ao impugná-los, o obreiro atraiu para si o ônus de provar a imprestabilidade dos mesmos, e, em consonância com o quanto concluiu o Juízo de origem, tenho que deste encargo probante o recorrente não logrou se desvencilhar na hipótese *sub judice*.

Veja que, ao ser interrogado pela Magistrada *a quo*, o autor declarou "*que os registros efetuados no ponto da empresa não eram corretos, pois eram manipulados pelos gestores quanto a permissão ou não dos registros de horário; (...); que se tivesse muitas horas extras dos funcionários, mandavam e-mail para os gerentes regularizarem e por isso não permitiam o registro de horas extras ; que o gestor Josenilton determinava quais horários de entrada, saída e intervalo que o reclamante poderia registrar, para não ficarem registradas as horas extras; que o horário que era registrado era variado e sempre de forma que jornada não ultrapassasse a carga de 8 horas diária; que o período referente aos documentos de fls. 303, o depoente era novato, não tinha responsabilidade e*



registrou corretamente sua jornada; que so registrou corretamente sua jornada logo que entrou na empresa, cerca de 3 a 4 mês" (ata de ID f03a597).

Ocorre que, ao contrário do quanto alegado pelo reclamante, há inúmeros dias, inclusive em datas posteriores aos quatro meses iniciais do vínculo, em que os cartões de ponto atestam a prestação de labor em jornada superior a oito horas.

Demais disso, os depoimentos prestados pelas duas testemunhas ouvidas em audiência, sendo uma arrolada por cada parte, não socorreram a tese obreira, vez que nada informaram acerca da inidoneidade dos controles de jornada.

Assinalo, por oportuno, que o testigo arrolado pela parte acionante afirmou "*que na loja do São Caetano, o reclamante além de vendedor, era subgerente e estoquista, pois pegava mercadoria no estoque; que nesse período, o reclamante abria e fechava loja; que não havia registro formal de ponto; que laborava das 07h às 19h; que este era o horário de fechamento da loja; que a loja funcionava para o público das 08h às 19h; que o reclamante cumpria a mesma jornada da depoente; que melhor esclarecendo, trabalhava de segunda a sábado das 08h às 19h; que trabalhava todos os domingos; que havia 5 vendedores na loja e as vezes combinavam de folgar um domingo no mês" (ata de ID 1770f2e).*

Como se vê, em nada corroborou a alegação da invalidade dos cartões de ponto, além de ter apresentado declaração divergente do depoimento do autor ao mencionar que "*não havia registro formal de ponto" (ata de ID 1770f2e).*

Destarte, mantenho o reconhecimento de validade dos cartões de ponto anexados pela defesa (da admissão até março de 2016), já tendo a Julgadora de base, com base no exame detido da compensação da jornada instituída pela empresa ré, declarado sua descaracterização e deferido as horas extras.

No que toca aos períodos não cobertos por controles de frequência, o Juízo de primeiro grau determinou que seja observada a média verificada nos cartões adunados pela parte ré. E, neste particular, entendo que também não há reparo a ser feito.

Isto porque, conquanto tenha havido períodos em que não consta nos documentos de ponto a marcação da jornada, havendo o registro "abono ausência marcação", os mesmos se limitaram aos seguintes: de 16.12.2015 a 02.01.2016 e de 03.02.2016 a 30.03.2016. Com efeito, a meu ver, diante do conjunto probante posto em análise, tenho que não se trata de quantidade significativa sem marcações (dois meses e meio), de maneira que, agiu com acerto a Magistrada da origem ao aplicar a média dos horários constantes nos cartões anexados para os períodos sem registros.



Tal entendimento encontra-se em consonância com a Orientação Jurisprudencial nº 233, da SDI-1, do C. TST, bem como com a Súmula nº 18 editada por este Tribunal Regional, as quais seguem respectivamente transcritas:

"HORAS EXTRAS. COMPROVAÇÃO DE PARTE DO PERÍODO ALEGADO (nova redação) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. A decisão que defere horas extras com base em prova oral ou documental não ficará limitada ao tempo por ela abrangido, desde que o julgador fique convencido de que o procedimento questionado superou aquele período."

"HORAS EXTRAS. REGISTRO DE PONTO. JUNTADA DE COMPROVANTES RELATIVOS APENAS A PARTE DO PERÍODO CONTRATUAL. Presume-se verdadeira a jornada de trabalho alegada na inicial para o período laboral não acobertado pelos controles de ponto acostados aos autos, admitindo-se, no entanto, a fixação de outro horário de trabalho para o período respectivo de acordo com as circunstâncias do caso e com o livre convencimento motivado do juiz."

Pelas razões aqui delineadas, mantenho incólume o julgado recorrido quanto ao reconhecimento de idoneidade dos cartões de ponto e à aplicação da média da jornada neles verificada em relação aos períodos sem anotação de jornada, posto que ínfimos, ficando mantido o deferimento das horas extras nos termos do comando sentencial.

DO INTERVALO INTRAJORNADA

Requer o reclamante a condenação da parte ré ao pagamento das horas extras intervalares, alegando que, ao longo de todo o vínculo, teve reduzida a concessão do aludido intervalo para refeição e descanso.

Afirma que a prova testemunhal confirmou o quanto aduzido na peça vestibular e aduz que os controles de ponto, acolhidos como meio de prova pelo *a quo*, também comprovam a supressão em inúmeros períodos.

Vejamos.

Em princípio, cumpre esclarecer que a análise do pedido em epígrafe, tal qual o capítulo anterior, vai se restringir até março de 2016, haja vista que o período posterior será examinado em capítulo próprio.

Quanto ao período em comento, consoante se infere dos cartões de ponto adunados pela defesa, havia assinalações do intervalo intrajornada pelo obreiro, de maneira que, ao impugná-las, a ele competia o ônus de provar sua invalidade, as quais apresentam presunção relativa de veracidade.



E, deste encargo probante, verifico que o autor logrou se desvencilhar na hipótese *sub judice*, haja vista que o testigo por ele apresentado declarou "*que dispunha de 10 a 15 minutos de intervalo intrajornada, pois se revezavam, almoçavam e voltava para trabalhar; que nunca tirou 1 hora de intervalo intrajornada; que isso só ocorreu no primeiro dia de trabalho, pois houve um assalto na loja*" (ata de ID 1770f2e). Ressalto que a testemunha da defesa nada falou sobre o tema.

Em assim sendo, resta deferido o pagamento das horas extras decorrentes da não concessão integral do intervalo intrajornada, sendo devida 1 (uma) hora por dia efetivamente laborado pelo reclamante, até março de 2016, a serem apuradas nos cartões de ponto anexados aos autos, acrescidas do adicional legal e integradas ao salário para gerar reflexos nas verbas de aviso prévio, décimo terceiro, férias acrescidas de um terço, repouso semanal remunerado e FGTS mais 40% (nos termos dos itens I e III da Súmula nº 437 do TST).

DAS HORAS EXTRAS E DO INTERVALO INTRAJORNADA NO PERÍODO EM QUE O AUTOR EXERCIA A FUNÇÃO DE SUBGERENTE (DE ABRIL A SETEMBRO DE 2016)

Pretende o recorrente seja reformada a sentença para deferir as horas extras no período em que o mesmo atuava como Subgerente, defendendo que, conforme o quadro fático dos autos, o autor estava subordinado a um gerente, não preenchendo os requisitos previstos no art. 62, II, da CLT.

Expõe que "*é verdade que se tratava de empregado com posto significativo na hierarquia da empresa, mas não é possível enquadrá-lo na condição equivalente a de diretor e gerente de departamento, já que estava subordinado ao gerente e batia o ponto conforme os vendedores*".

Pois bem.

Inicialmente, impende assinalar que, conforme se denota dos autos, o reclamante foi admitido pela reclamada em 05.08.2013 e promovido para exercer o cargo de Subgerente em abril de 2016, função que executou até o seu desligamento, ocorrido em setembro de 2016.

Em sua peça contestatória, a empresa reclamada sustentou que, no exercício da aludida função, o obreiro exercia cargo de confiança, não estando sujeito a controle de jornada, porquanto atuava com a autonomia e fidúcia que são inerentes a quem exerce cargo de confiança e recebia remuneração superior a de seus subordinados.



Com efeito, ao alegar a inserção do autor na exceção prevista no inciso II, do art. 62, da CLT, a defesa opôs fato impeditivo ao direito pleiteado de perceber pelas horas extraordinárias prestadas, em determinado período do vínculo, de modo que, atraiu para si o ônus de prová-lo, a teor do quanto dispõem os artigos 818 da CLT c/c o art. 373, II, do CPC.

Impõe transcrever o quanto disposto no art. 62 da CLT quanto aos empregados que não estão sujeitos ao controle de jornada:

"Art. 62- Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: (Redação dada pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

I- (...).

II- os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial. (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

Parágrafo único- O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento). (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)."

Destarte, conforme dicção do mencionado dispositivo celetista, são requisitos para excluir um empregado do recebimento de horas extraordinárias: 1º) o exercício de elevadas funções e atribuições de gestão, enquadrando-se no conceito de tais funções os cargos de diretores, chefes de departamento ou filial; 2º) padrão salarial mais elevado, no mínimo, 40% (quarenta por cento) a mais do salário do cargo efetivo.

Tem-se, portanto, que a exceção prevista no art. 62, II, da CLT, relativa ao exercício de cargo confiança, exige que o empregado, além de perceber salário diferenciado, detenha amplos poderes de mando e gestão no exercício do cargo, de modo que, a relação de fidúcia estabelecida com o empregador se revele mais intensa que a confiança ordinária inerente a toda relação de emprego.

Sob esse enfoque é que se analisará a prova produzida.

No que toca aos poderes de mando e gestão, tenho que a prova oral e testemunhal corroboraram com a tese sustentada pela parte ré, porquanto o próprio autor, ao depor, afirmou "que como subgerente quem fiscalizava sua jornada era o gerente Anderson Pereira; que na ausência deste, o depoente era autoridade máxima da loja e como tal podia aplicar penalidade aos demais empregados; (...); que como subgerente sempre ficava no fechamento da loja; que abria a loja com o gerente; que quando não abria loja, o depoente chegava às 10h na loja da Avenida Sete; que não batia ponto como subgerente" (ata de ID f03a597).



A testemunha arrolada pela parte autora também prestou depoimento evidenciado os poderes de mando e gestão do obreiro, declarando "*que na loja do São Caetano o reclamante era o responsável da unidade na condição de subgerente; que todos da loja respondiam ao reclamante; que por uma boa época a loja ficou sem gerente, sendo o reclamante o responsável pela loja*" (ata de ID 1770f2e).

Ocorre que, como mencionado alhures, o segundo requisito exigido para a exclusão do empregado ao direito de recebimento de horas extras é o recebimento de um padrão salarial mais elevado, sendo, no mínimo, 40% (quarenta por cento) a mais do salário do cargo efetivo. E, tal requisito, conforme atestam as fichas financeiras e os demonstrativos de pagamento de salários, trazidos aos autos sob o ID 0dc3e60 e ID 68fb26d, não foi observado pela parte acionada.

Assim, analisando o conjunto probatório dos autos, tenho que a empresa ré não logrou se desvencilhar do seu ônus de provar o correto enquadramento do autor no quanto delineado pelo dispositivo legal por ela invocado.

Neste passo, cumpre assinalar que o art. 74, § 2º, do Texto Consolidado, estabelece regra cogente e imperativa consistente na manutenção por parte do empregador, desde que possua mais de dez empregados, em anotar os horários de entrada e saída dos mesmos, sendo seu o ônus de trazer estes registros a juízo, encargo que a recorrida não se desincumbiu quanto ao período em exame (de abril a setembro de 2016).

Incide no caso, portanto, o item I, da Súmula nº 338, do TST, devendo prevalecer a jornada declinada na exordial se não houver prova em sentido diverso nos autos.

Destaco que na peça inicial o reclamante aduziu que, quando laborou como Subgerente, a jornada era das 07h30min às 19h30min, de domingo a domingo, inclusive feriados, com duas folgas mensais e 40 (quarenta) minutos de intervalo.

Em audiência, declarou jornada diversa, apontando "*que o gerente abria a loja do Shopping Barra e o reclamante trabalhava das 09h30/10h até o fechamento do shopping, às 22h, com 1 hora de intervalo intrajornada, de domingo a domingo*", acrescentando que, "*como subgerente sempre ficava no fechamento da loja; que abria a loja com o gerente; que quando não abria loja, o depoente chegava às 10h na loja da Avenida Sete; que não batia ponto como subgerente*" (ata de ID f03a597).

O preposto, a seu turno, disse que "*o reclamante registrava jornada nos controles da empresa no período de caixa e vendedor; que como caixa e vendedor, a média do*



reclamante era das 08h30 Às 18h, com 1 hora de intervalo intrajornada, de segunda a sexta, aos sábados, até às 16h e, de forma eventual, aos domingos das 09h às 12h; que como subgerente, o reclamante não tinha controle de jornada; que as lojas em que o reclamante trabalhou como tal havia gerente e funcionava, em média, na mesma jornada acima mencionada; que havia revezamento para abertura e fechamento nessas lojas entre o subgerente e o gerente" (ata de ID f03a597).

Já a testemunha trazida pelo demandante afirmou "*que na loja do São Caetano, o reclamante além de vendedor, era subgerente e estoquista, pois pegava mercadoria no estoque; que nesse período, o reclamante abria e fechava loja; que não havia registro formal de ponto; que laborava das 07h às 19h; que este era o horário de fechamento da loja; que a loja funcionava para o público das 08h às 19h; que o reclamante cumpria a mesma jornada da depoente; que melhor esclarecendo, trabalhava de segunda a sábado das 08h às 19h; que trabalhava todos os domingos; que havia 5 vendedores na loja e as vezes combinavam de folgar um domingo no mês" (ata de ID 1770f2e).*

Confrontando as declarações oriundas da prova oral (notadamente, o depoimento obreiro) e testemunhal com os limites da lide expostos na petição inicial, reconheço que, ao longo do período em que o autor exercia a função de Subgerente (de abril a setembro de 2016), laborava na seguinte jornada média: das 9h30min às 19h00min, de segunda-feira a sábado, e em dois domingos por mês, com intervalo intrajornada de 1 (uma) hora.

Pelas razões aqui expostas, e considerando que o reclamante era comissionista puro (remunerado apenas à base de comissão) no período em comento, reformo o julgado de primeiro grau para deferir, a partir de 01.04.2016, o adicional normativo de horas extras, que, no voto proferido por esta Relatora, incidiria apenas nas horas excedentes a 44^a semanal. Contudo, **prevaleceu** nesta E. Turma de Julgamento, o voto divergente apresentado pela Exma. Desembargadora Margareth Costa, no sentido de deferir as horas extras laboradas acima dos limites legais de 8 (oito) horas diárias ou 44 (quarenta e quatro) semanais, e não apenas quanto ao módulo semanal.

Tal parcela deve ser apurada com base na jornada acima arbitrada neste julgado e de acordo com o teor da Súmula nº 340 do TST, sendo determinada, ainda, sua integração para gerar reflexos nas verbas de aviso prévio, férias acrescidas de um terço, décimo terceiro, repouso semanal remunerado, FGTS e multa de 40%. O labor aos domingos sem folga semanal deve ser pago em dobro.

Sentença reformada.

DO LANCHE / DA BONIFICAÇÃO E DO VALE-TRANSPORTE EM DIAS DE DOMINGOS E FERIADOS



Por fim, assevera o recorrente que a empresa recorrida não fornecia o lanche quando da prestação de sobrelabor, ferindo, destarte, o quanto definido na CCTs aplicáveis ao processo em destaque.

Relata que a reclamada não juntou aos autos do processo extrato do cartão Sodexo, conforme informa na contestação, e nem os valores depositados de vale-transporte mensal, motivo pelo qual, busca sua condenação ao pagamento de indenização a título de lanche no importe de R\$10,00 (dez reais), para todos os dias em que houve, efetivamente, labor extraordinário, como também, os valores de vale transporte dos finais de semana, como prevê a norma coletiva da categoria obreira.

Analiso.

Consoante prevê a norma coletiva da categoria obreira, a exemplo da CCT do período 2013/2014 (cláusula décima, parágrafo quarto), "*Os empregadores fornecerão, gratuitamente, um lanche aos seus empregados convocados para o trabalho suplementar, com duração superior à uma hora.*".

E, na hipótese *sub judice*, os controles de ponto adunados pela defesa, reputados válidos como meio de prova, demonstram que o obreiro, em algumas oportunidades ao longo do vínculo, laborou em sobrejornada superior à uma hora, fazendo jus ao benefício em epígrafe.

Com efeito, nos termos das regras da distribuição do encargo probatório, era ônus da parte ré, e não do empregado, provar o fornecimento do lanche toda vez que o reclamante extrapolou a jornada em mais de uma hora, o que poderia demonstrar por meio de prova testemunhal ou documental (através da emissão de recibo, por exemplo). Contudo, deste encargo probatório a defesa não logrou se desvencilhar *in casu*.

Sobreleva destacar que reputo cabível a indenização substitutiva pelo não cumprimento da obrigação em exame, pois, diante do ilícito praticado pela empregadora, que suprimiu a refeição a que teria direito o obreiro causando-lhe riscos à saúde, surge o dever de indenizar, nos moldes do estabelecido no artigo 927 do Código Civil.

Destarte, defiro a indenização substitutiva do lanche, no importe diário de R\$7,00 (sete reais), nas datas em que o reclamante laborou em jornada extraordinária por mais de uma hora, apuração a ser feita com base nos controles de pontos, bem como, com base na jornada arbitrada neste julgado para o período em que o autor exerceu a função de Subgerente.



Quanto à bonificação pelo trabalho realizado em dias de domingos e feriados, correto o Juízo primeiro ao registrar que, "*do exame dos documentos de Id 68fb26d, verifica-se que quando o reclamante trabalhou em domingos e feriados, como, por exemplo, nos dias 08 e 15 de Dezembro/2013, 12, 19, 21 e 23 de Abril/2015, os citados documentos comprovam o pagamento das verbas em destaque, sendo que a bonificação foi paga sob a rubrica de 'GRAT DOM TRABALHADO' e 'GRATIF FER TRABALHAD'. Indefero (n).*". Mantenho o indeferimento.

Da mesma forma, os valores relativos ao vale-transporte constam nos demonstrativos de pagamento, não logrando o autor demonstrar valor devido a tal título.

Sentença parcialmente reformada.

Diante do fundamentado, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao recurso do reclamante para: a) majorar a indenização por dano moral, decorrente da aplicação da penalidade de justa causa por ato de improbidade, para o valor de R\$30.000,00 (trinta mil reais); b) deferir o pagamento das horas extras decorrentes da não concessão integral do intervalo intrajornada, sendo devida 1 (uma) hora por dia efetivamente laborado, até março de 2016, a serem apuradas nos cartões de ponto anexados aos autos, acrescidas do adicional legal e integradas ao salário para gerar reflexos nas verbas de aviso prévio, décimo terceiro, férias acrescidas de um terço, repouso semanal remunerado e FGTS mais 40%; c) deferir, a partir de 01.04.2016, o adicional normativo de horas extras, considerando como tais aquelas excedentes a 8ª diária ou 44ª semanal, a serem apuradas com base na jornada arbitrada neste julgado e de acordo com o teor da Súmula nº 340 do TST, com o pagamento em dobro dos domingos sem folga semanal, sendo determinada, ainda, a integração desta verba para gerar reflexos nas verbas de aviso prévio, férias acrescidas de um terço, décimo terceiro, repouso semanal remunerado, FGTS e multa de 40%; d) deferir a indenização substitutiva do lanche, no importe diário de R\$7,00 (sete reais), nas datas em que o reclamante laborou em jornada extraordinária por mais de uma hora, apuração a ser feita com base nos controles de pontos, bem como, com base na jornada arbitrada neste julgado para o período em que o autor exerceu a função de Subgerente.



Acordam os Excelentíssimos Desembargadores da 4ª TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA QUINTA REGIÃO, Desembargadoras ANA LÚCIA BEZERRA e GRAÇA BONESS, e sob a Presidência da Excelentíssima Desembargadora MARGARETH COSTA, e com a presença do(a) Ex.mo(a) representante do d. Ministério Público do Trabalho, na 11ª Sessão Virtual, iniciando-se no dia 12 DE MAIO DO CORRENTE ANO, às 9h30min, e encerrando no dia 19 DE MAIO DO CORRENTE ANO, às 9h30min, cuja pauta disponibilizada no Diário Eletrônico do dia 30/04/2021, resolveu,

por unanimidade, **NÃO CONHECER** do recurso ordinário interposto pela parte reclamada, em face de sua deserção e, por maioria, **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso do reclamante para: **a)** majorar a indenização por dano moral, decorrente da aplicação da penalidade de justa causa por ato de improbidade, para o valor de R\$30.000,00 (trinta mil reais); **b)** deferir o pagamento das horas extras decorrentes da não concessão integral do intervalo intrajornada, sendo devida 1 (uma) hora por dia efetivamente laborado, até março de 2016, a serem apuradas nos cartões de ponto anexados aos autos, acrescidas do adicional legal e integradas ao salário para gerar reflexos nas verbas de aviso prévio, décimo terceiro, férias acrescidas de um terço, repouso semanal remunerado e FGTS mais 40%; **c)** deferir, a partir de 01.04.2016, o adicional normativo de horas extras, considerando como tais aquelas excedentes a 8ª diária ou 44ª semanal, a serem apuradas com base na jornada arbitrada neste julgado e de acordo com o teor da Súmula nº 340 do TST, com o pagamento em dobro dos domingos sem folga semanal, sendo determinada, ainda, a integração desta verba para gerar reflexos nas verbas de aviso prévio, férias acrescidas de um terço, décimo terceiro, repouso semanal remunerado, FGTS e multa de 40%; **d)** deferir a indenização substitutiva do lanche, no importe diário de R\$7,00 (sete reais), nas datas em que o reclamante laborou em jornada extraordinária por mais de uma hora, apuração a ser feita com base nos controles de pontos, bem como, com base na jornada arbitrada neste julgado para o período em que o autor exerceu a função de Subgerente. Valor da causa mantido; vencida em parte, a Ex.ma Desembargadora Relatora, que deferia o adicional normativo de horas extras, a partir de 01.04.2016 considerando apenas aquelas que excedessem a 44ª semanal; vencida, também em parte, a Ex.ma Desembargadora Margareth Costa, que ainda fixava para os cartões faltantes, notadamente dos meses de 16.12.2015 a 02.01.2016 e de 03.02.2016 a 30.03.2016, jornada de trabalho baseada na prova oral colhida em audiência.

Observação: A Ex.ma Desembargadora Margareth Costa apresentou voto divergente, nos termos a seguir transcritos:

"1. HORAS EXTRAS. CARTÕES DE PONTO NÃO ANEXADOS AO FEITO. SÚMULA 338 DO TST



Divirjo parcialmente no tocante ao tópico das horas extras, em relação aos cartões de ponto não anexados ao feito, notadamente dos meses de 16.12.2015 a 02.01.2016 e de 03.02.2016 a 30.03.2016.

Penso que os controles de ponto são o meio de aferição dos pedidos vinculados à jornada de trabalho, devendo ser anexados pelo empregador ao processo (art. 74, § 2º, da CLT). Quando a empresa não faz a juntada de tais documentos, na íntegra, sem qualquer justificativa, então **incide ao caso concreto a regra inserta na Súmula 338, inciso I, do TST, presumindo que a sua omissão visou acobertar situação fática que lhe era desfavorável, ainda que relativo a apenas três meses de vínculo.** Por conseguinte, aplica-se-lhe a pena de confissão ficta quanto aos períodos não cobertos pelos controles de ponto trazidos aos autos e, se não elidida a presunção que passa a militar contra ela, prevalecerá a jornada declinada na inicial.

Assim, voto para que seja fixada para os cartões faltantes jornada de trabalho baseada na prova oral colhida em audiência.

Dou parcial provimento ao recurso da parte reclamante.

2. HORAS EXTRAS QUANDO O RECLAMANTE FOI SUBGERENTE (DE ABRIL A SETEMBRO DE 2016)

Divirjo.

Penso que devem ser deferidas as horas extras laboradas, como o próprio voto propõe, contudo, acima dos limites legais de oito horas diárias e/ou quarenta e quatro semanais, e não apenas quanto ao módulo semanal."

ANA LUCIA BEZERRA SILVA
Relator(a)

