



ACÓRDÃO
0001533-23.2012.5.04.0006 RO

Fl. 1

DESEMBARGADOR ANDRÉ REVERBEL FERNANDES
Órgão Julgador: 4ª Turma

Recorrente: ALL - AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA MALHA SUL S.A. -
Adv. Flávio Obino Filho
Recorrido: GISELE HIDALGO - Adv. Jurandir José Mendel
Origem: 6ª Vara do Trabalho de Porto Alegre
Prolator da
Sentença: JUIZ MAX CARRION BRUECKNER

E M E N T A

DANO EXISTENCIAL. As condições em que era exercido o trabalho da reclamante no empreendimento réu apontam a ocorrência de dano existencial, pois sua árdua rotina de trabalho restringia as atividades que compõem a vida privada lhe causando efetivamente um prejuízo que comprometeu a realização de um projeto de vida. No caso, a repercussão nociva do trabalho na reclamada na existência da autora é evidenciada com o término de seu casamento enquanto vigente o contrato laboral, rompimento que se entende provado nos autos teve origem nas exigências da vida profissional da autora.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por maioria, **DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA RECLAMADA** para fixar que o expediente da reclamante encerrava às 20h de segunda a sexta-feira e que



ACÓRDÃO
0001533-23.2012.5.04.0006 RO

Fl. 2

a reclamante trabalhava em dois domingos ao mês, reduzir a indenização por dano existencial a R\$ 20.000,00 (item "f" do decisum da origem), reduzir os honorários periciais para R\$ 1.200,00 e excluir da condenação o pagamento das verbas: a) 1/6 do valor do salário-hora normal, referente a 6 horas diárias, e reflexos (item "d" do decisum de origem); b) reflexos dos bônus pagos em férias com 1/3 e aviso-prévio; c) dobra de 20 dias de férias com 1/3 (item "e" do decisum de origem); vencido o Desembargador George Achutti quanto ao dano existencial e parcialmente quanto às horas extras. Valor da condenação reduzido em R\$ 60.000,00, custas minoradas em R\$ 1.200,00.

Intime-se.

Porto Alegre, 10 de julho de 2014 (quinta-feira).

RELATÓRIO

Irresignada com a sentença de parcial procedência das fls. 337/348, a reclamada, ALL - América Latina Logística Malha Sul S.A., interpõe recurso ordinário nas fls. 354/368, buscando reforma da decisão nos pontos: cargo de confiança e horas extras, jornada fixada, domingos laborados, sobreaviso, integrações das horas extras, adicional de periculosidade, danos morais, honorários periciais, integrações do bônus, férias em dobro e diferenças de FGTS.

A reclamante apresenta contrarrazões nas fls. 372/387 e os autos sobem a este Tribunal para julgamento.

É o relatório.



ACÓRDÃO
0001533-23.2012.5.04.0006 RO

Fl. 3

VOTO

DESEMBARGADOR ANDRÉ REVERBEL FERNANDES (RELATOR):
RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA.

1. HORAS EXTRAS. CARGO DE CONFIANÇA.

O Magistrado singular considera que *"a autora não exercia cargo de confiança que ensejasse a dispensa do controle de horário, estando sujeita a jornada de 8 horas diárias e 44 horas semanais de labor, conforme limites impostos pelo art. 7º, inciso XIII da Constituição"*, fixando a sua jornada de trabalho da seguinte forma: *"de segundas a sextas-feiras, das 8h às 21h, com uma hora de intervalo; aos sábados das 8h às 16h, com uma hora de intervalo; três domingos por mês, das 8h às 13h"*.

A reclamada, ALL - América Latina Logística Malha Sul S.A., recorre da sentença. Sustenta que a reclamante esteve enquadrada na exceção do art. 62, II, da CLT durante a contratualidade, efetivamente exercendo os poderes outorgados por meio da procuração das fls. 109/130. Afirma que as atividades da reclamante, descritas em seu depoimento pessoal, mostram incontroverso seu poder de gestão. Assevera que a mera existência de superior hierárquico não significa que a autora não tivesse poder de gestão na forma do art. 62, II, da CLT. Argumenta que os empregados que trabalhavam nas operações de responsabilidade da autora estavam diretamente a ela subordinados. Ressalta que a empregada recebia salário superior aos demais empregados e era a maior autoridade nas Unidades de Produção em que trabalhou. Requer a reforma da sentença para que se reconheça o exercício de cargo de confiança nos períodos em que a reclamante exerceu as funções de "analista de gestão



ACÓRDÃO
0001533-23.2012.5.04.0006 RO

Fl. 4

empresarial jr." e "coordenador jr.", com afastamento das horas extras deferidas na sentença. Afirma ainda que, mesmo que a reclamante tenha efetuado jornada suplementar, por certo não trabalhou na carga horária estipulada na sentença. Alega que a jornada fixada afronta os princípios da razoabilidade e da primazia da realidade. Sustenta que os relatos contidos nos autos informam que a reclamante tinha como jornada normal a declinada na contestação, não podendo ser utilizado critério de exceção na fixação. Requer a redução da jornada fixada, afastando-se a condenação ao pagamento de horas extras. Argumenta que a reclamante não possui direito ao pagamento de horas extras aos domingos, pois exercente de cargo de confiança, conforme art. 62, II, da CLT. Refere que sempre que se fez necessário o trabalho em domingos, houve a compensação em outro dia da semana. Requer o afastamento da condenação no aspecto. Argumenta a recorrente, ainda, que não há falar em integrações das horas extras, pois acessório ao principal improcedente. Ressalta que somente as horas extras habitualmente prestadas podem ser computadas nos repousos semanais, conforme Súmula 172 do TST. Requer seja provido o recurso para afastar a condenação ao pagamento de horas extras.

Analisa-se.

a) art. 62, II, da CLT.

O art. 62, inciso II, da CLT exclui da aplicação do regime previsto no capítulo da duração do trabalho os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão e os diretores e chefes de departamento ou filial, desde que recebam gratificação de função excedente a 40% do salário efetivo.

Conforme contrato de trabalho da fl. 50, a reclamante foi contratada em 04.06.2007 para exercer a função de analista de gestão empresarial jr,



ACÓRDÃO

0001533-23.2012.5.04.0006 RO

Fl. 5

sendo promovida a coordenador jr em 01.03.2010 (ficha funcional da fl. 52). A procuração das fls. 109/130 mostra que a reclamada transmitiu à empregada poderes para sua representação, inclusive no tocante à admissão e demissão de empregados da unidade. Ocorre que é irrelevante para o deslinde da controvérsia a denominação da função exercida pela autora ou os poderes que lhe são outorgados. O importante, neste caso, é o que ocorre no mundo dos fatos, em conformidade com o princípio tutelar da primazia da realidade, informador do Direito do Trabalho.

Relevante o ensinamento de Vólia Bomfim Cassar a respeito dos poderes especiais exigidos para o enquadramento do gerente na exceção do art. 62, inciso II, da CLT: *"A confiança preconizada no art. 62, II, da CLT é aquela que é depositada no empregado que exerce, por delegação, algum poder típico do empregador, se confundindo com ele por alguns atos, similar àquela conceituada no art. 1.172 do Código Civil"* (CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 4ª Ed. Ed. Impetus : Rio de Janeiro, 2010, p. 662/663) - grifa-se.

Os elementos probatórios produzidos nos autos não demonstram a existência de poderes especiais para o enquadramento da reclamante na exceção prevista no art. 62, II, da CLT (arts. 818 da CLT e 333, II, do CPC). Com efeito, a preposta da reclamada afirma em Juízo que: *"a responsabilidade da reclamante era somente com relação ao RH; que o responsável pela unidade é o gerente de produção; que o gerente de produção fica na unidade; que em Porto Alegre o cargo da reclamante era analista de gestão; que em Porto Alegre havia 15 colaboradores, sendo um analista de gestão (a reclamante); que da área de RH havia somente a reclamante; que os outros funcionários eram de outras áreas, como*



ACÓRDÃO
0001533-23.2012.5.04.0006 RO

Fl. 6

mecânica, abastecimento, etc; que depois a reclamante foi promovida, passando à coordenadora, em Canoas". Portanto, de acordo com o depoimento pessoal da reclamada, o trabalho da reclamante estava subordinado ao gerente de produção da unidade. Além disso, eram realizadas reuniões diárias via telefone com Curitiba, cidade sede da empregadora, como confirma o depoimento da testemunha da reclamada Edvino de Lima: "há uma reunião diária pela manhã; que cada setor tem a sua; que a reunião é em contato com Curitiba; que a maioria dos setores tem reunião; que acha que coordenador de gestão, como a preposta, não tem reunião; que os demais, sim, têm reuniões; que a reclamante era coordenadora de processos".

A testemunha Roberto Santos de Mattos, convidado pela reclamante, esclarece ao Juízo que *"a reclamante chegava um pouco antes; que ela tinha uma reunião às 08h; [...] que tudo era centralizado em Curitiba, inclusive as demissões"*. Por sua vez, Juliana Leal Nunes, testemunha ouvida a convite da reclamada, informa que *"o responsável pela unidade era o gerente; que o gerente ficava na sede da unidade; que as reuniões eram para verificar os locais, auditar o local, auditar processo, propor ações de melhoria; que a depoente e a reclamante eram as facilitadoras nas reuniões; que a reclamante não tinha subordinados"*. O teor dos depoimentos destacados confirma que a reclamante estava subordinada ao gerente de sua unidade e à gerência de Curitiba, com a qual mantinha reuniões diárias. Além disso, a central de Curitiba era a responsável pelos atos de demissão, que portanto não eram realizados pela reclamante, mesmo porque resta configurado pela prova oral que a reclamante sequer possuía subordinados. Diga-se, por oportuno, que a testemunha Juliana Leal Nunes trabalhou com a reclamante em Canoas, quando esta já exercia



ACÓRDÃO
0001533-23.2012.5.04.0006 RO

Fl. 7

a função de coordenador jr.

Por sua vez, as atividades da autora são por ela descritas em seu depoimento pessoal: "*que a depoente prestava contas para a gerência, em Curitiba; que em 2010 foi promovida e transferida de unidade, para Canoas, passando a ser coordenadora de processos, ficando responsável pelos processos (controle de diesel, financeiro, recursos humanos, faturamento) da unidades da ALL localizadas no RS; que a sede da depoente era Canoas, mas tinha que se deslocar para todas as unidades; que em Porto Alegre fazia controle de indicadores (de custo, de movimentação de carga, abastecimento de veículos, de 5S, Melhoria contínua), atividades de rotina [...] que a depoente sabia que teria que viajar enquanto coordenadora de processos; que a depoente não tinha subordinados*". Ao contrário do que sustenta a recorrente, estas funções não tornam incontroversa a existência de poder de gestão nas atividades da trabalhadora.

Logo, apesar da relevância do trabalho da reclamante como analista de gestão empresarial jr e posteriormente coordenadora jr, infere-se que não detinha poderes de mando e gestão para fins de enquadramento na exceção prevista no art. 62, II, da CLT. Resta demonstrado que os poderes conferidos conforme procuração das fls. 109/130 não eram efetivamente exercidos pela empregada, que não possuía subordinados e tinha o trabalho controlado pelo gerente da unidade de Porto Alegre ou Canoas e pela sede geral de Curitiba. Embora a existência de superior hierárquico não seja um impeditivo à configuração da exceção em comento, esta circunstância no caso em concreto reforça a conclusão de que a reclamante não possuía autonomia no exercício de suas atividades, que compreendiam um conjunto de tarefas pré-determinado sem atos de mando e de gestão.



ACÓRDÃO

0001533-23.2012.5.04.0006 RO

Fl. 8

Por fim, importante ressaltar que as fichas financeiras das fls. 61/96 não indicam a percepção, pela autora, de um salário condizente com o exercício da função de confiança a que se refere o inciso II do art. 62 da CLT. O salário básico da reclamante em agosto de 2012 (mês anterior à extinção contratual) foi de R\$ 3.300,00 (fl. 95).

Conclui-se que a autora não exercia cargo de confiança que ensejasse a dispensa do controle de horário, nos termos do art. 62, inciso II, da CLT. Mantém-se a sentença no particular.

Nega-se provimento ao recurso da reclamada.

b) jornada fixada e trabalho aos domingos.

Como visto, entende-se que a reclamante não exercia função de confiança, sendo-lhe inaplicável a exceção prevista no art. 62, inciso II, da CLT. Tendo em vista que a empregadora possuía mais de dez empregados, a ela incumbia apresentar os registros de horário, nos termos do parágrafo segundo do art. 74 da CLT. Como assim não procede, descumpre o dever legal de juntar a prova pré-constituída.

Diante da ausência dos registros de horário, presume-se verdadeira a jornada noticiada na petição inicial, na esteira do entendimento esposado na Súmula nº 338, I, do TST, presunção esta que pode ser afastada por prova em contrário. O arbitramento da jornada da reclamante deve observar os limites da prova oral, bem como o princípio da razoabilidade.

A reclamante informa na petição inicial que executava jornada das 8h às 21h ou 22h de segunda a sexta-feira e das 8h às 16h no sábado, sempre com uma hora de intervalo. Afirma também que trabalhava em três domingos ao mês, das 8h às 13h (fls 02/03). Em seu depoimento pessoal,



ACÓRDÃO
0001533-23.2012.5.04.0006 RO

Fl. 9

relata que "chegava no terminal às 07h15/07h20; que às 08h havia uma reunião por telefone com Curitiba; que normalmente ficava até 21h/21h30, sendo que algumas vezes ultrapassou esse horário, outras não [...] que trabalhava de segunda-feira a sábado; que aos sábados a operação no terminal é normal; que quando havia operação no domingo, a depoente também trabalhava; que o horário de domingo variava muito, dependendo do encoste de vagões; que em média trabalhava três domingos, que isso também dependia muito da movimentação; que o terminal de Porto Alegre é intermodal, que abrange malha rodoviária e ferroviária; que os horários referidos eram de Porto Alegre; que em Canoas, a depoente tinha que padronizar os processos da reclamada no RS; que diariamente chegava na unidade por volta das 07h, continuou com a reunião às 08h, e saía por volta das 22h/23h".

Roberto Santos de Mattos, testemunha ouvida a convite da reclamante, afirma que: *"o depoente entrava às 08h e o horário de saída dependia da programação; que saía entre 19h e 21h; que tinha contato todos os dias com a reclamante; que ela ficava no andar de cima e o depoente no andar de baixo; que ela começava a trabalhar mais ou menos no mesmo horário do depoente; que a reclamante chegava um pouco antes; que ela tinha uma reunião às 08h; que não tem como precisar o horário de saída da reclamante; que acontecia do depoente sair e ela continuar; que também acontecia de ela ir embora e o depoente permanecer trabalhando [...] que acontecia de trabalharem em sábados e domingos; que poderia haver trabalho em dois ou três domingos por mês; que no domingo o horário era igual ao dos outros dias".*

Juliana Leal Nunes, testemunha ouvida a convite da reclamante, informa



ACÓRDÃO

0001533-23.2012.5.04.0006 RO

Fl. 10

"que a depoente trabalhava das 07h30 até por volta das 21h, dependendo da demanda; que a reclamante fazia o mesmo horário, sendo que muitas vezes saía depois da depoente [...] que trabalhou em sábados e domingos; que a reclamante também; que em média o trabalho era em três domingos por mês; que em média era o mesmo horário dos outros dias da semana".

A testemunha Roberto Santos de Mattos refere que iniciava o trabalho às 8h e saía entre 19h e 21h, afirmando que a reclamante começava a trabalhar aproximadamente no mesmo horário da testemunha e podia terminar o expediente antes ou depois do depoente.

Conclui-se, considerando os depoimentos acima transcritos, que o horário de saída da reclamante era, em média, às 20h de segunda a sexta-feira. Logo, dá-se parcial provimento ao recurso da reclamada para fixar que o expediente da reclamante encerrava às 20h de segunda a sexta-feira.

Quanto ao trabalho aos sábados e domingos, é confirmado pelas testemunhas da reclamante. Porém, a testemunha Roberto informa, como transcrito acima, que trabalhavam em dois ou três domingos por mês, motivo pelo qual entende-se razoável a fixação do trabalho em dois domingos por mês, considerando ainda que a autora já desempenhava carga horária extensa durante a semana (das 8h às 20h, com uma hora de intervalo) e a duração da contratualidade (quase cinco anos). Além disso, há elementos nos autos que permitem a conclusão de que a reclamante usufruía de alguns domingos de folga. Conforme termo de declarações prestadas à Polícia Civil da fl. 294, a própria autora informa que *"não presenciou o acidente em tela, eis que o fato aconteceu num domingo"*, enquanto em seu depoimento pessoal nestes autos afirma que *"a portaria*



ACÓRDÃO
0001533-23.2012.5.04.0006 RO

Fl. 11

permitiu que a empresa prestadora ingressasse em um domingo; que a depoente não sabia que iriam nesse dia; que a depoente estava num parque aquático com seu ex-marido". Assim, conclui-se que a reclamante trabalhava em apenas dois domingos ao mês, no horário fixado na origem, mantendo-se a condenação quanto aos sábados. Deve ser parcialmente provido o recurso da reclamada no aspecto.

Superada a discussão acerca do enquadramento da reclamante na exceção do art. 62, II, da CLT, não merece guarida o argumento de que o exercício de cargo de confiança exclui o direito ao pagamento de horas extras aos domingos. Além disso, a reclamada não demonstra que o trabalho aos domingos era compensado por folga em outro dia da semana, como sustenta no recurso, argumento que sequer alega na defesa das fls. 29/30 e que está em dissonância com a prova testemunhal colhida nos autos.

Pelo exposto, dá-se parcial provimento ao recurso da reclamada para: a) fixar que o expediente da reclamante encerrava às 20h de segunda a sexta-feira; b) fixar que a reclamante trabalhava em dois domingos ao mês.

c) integrações das horas extras.

Mantida a condenação ao pagamento de horas extras, não comporta alteração a determinação para adimplemento de seus reflexos conforme determinado na origem. Ainda, considerando a jornada arbitrada, conclui-se que a prestação de horas extras pela reclamante era habitual na forma da Súmula n. 172 do TRT. Nega-se provimento ao recurso.

2. SOBREAVISO. HORAS À DISPOSIÇÃO DA EMPRESA.

O Julgador de origem entende que "*considerando que a reclamante*



ACÓRDÃO

0001533-23.2012.5.04.0006 RO

Fl. 12

poderia ser chamada a qualquer hora da madrugada ou em finais de semana, defiro a ela, observado o limite imposto na inicial, o pagamento de 1/6 do valor do salário-hora normal, referente a 6 horas diárias (21h às 3h). São devidos, ainda, reflexos no aviso-prévio, 13º salários, férias com 1/3, repousos remunerados e feriados e FGTS com acréscimo de 40%, tendo em vista que se trata de parcela de natureza salarial".

A reclamada, ALL - América Latina Logística Malha Sul S.A., recorre da decisão. Refere que o fato de a reclamante portar um celular, por si só, não caracteriza que estava em regime de sobreaviso. Alega que na sentença é reconhecido que a reclamante não realizava regime de sobreaviso. Afirma que encerrada a jornada da autora, esta tinha total autonomia e liberdade em suas atividades. Ressalta que as atividades executadas pela reclamante, conforme seu depoimento pessoal, não demonstram haver necessidade de ser chamada fora do horário de trabalho. Sustenta que a condenação é incompatível com a Súmula 428 do TST. Argumenta que não existe previsão legal para pagamento de horas extras em relação ao tempo que alguém despense aguardando chamado do empregador por meio de telefone celular. Requer a reforma da decisão no aspecto.

Com razão.

Para fazer jus ao pagamento de sobreaviso, é necessário que o trabalhador fique aguardando ser chamado, a qualquer momento, fora do horário de duração do trabalho normal, para executar o trabalho - forte no parágrafo 2º do artigo 244 da CLT. Nos termos aduzidos por Carmem Camino, in "Direito Individual do Trabalho", Ed. Síntese, 1ª ed., Porto Alegre, 1999, p. 213, temos a jornada de sobreaviso:

Quando o empregado, mesmo estando no intervalo entre as



ACÓRDÃO
0001533-23.2012.5.04.0006 RO

Fl. 13

jornadas, permanece em uma espécie de "estado de alerta", na iminência de ser, eventualmente, chamado ao trabalho. Trata-se de uma situação intermediária entre a disponibilidade efetiva para o trabalho (art. 4º da CLT) e o descomprometimento completo com as obrigações contratuais (intervalos ou folgas). O empregado fica na expectativa de trabalhar, embora, enquanto não chamado, goze plenamente do não-trabalho. Em regra, o empregado deve permanecer em local onde possa ser facilmente encontrado pelo empregador, num raio de distância previamente estabelecido.

O fornecimento de celular corporativo pela reclamada é incontroverso nos autos, conforme os termos da defesa da fl. 32 e o depoimento da preposta nas fls. 324/325. Por sua vez, a prova testemunhal traz mais dados sobre a questão. A testemunha da reclamada, Edivino de Lima, informa que: "o depoente possui celular corporativo; que o celular é fornecido para poderem encontrar o depoente; que a reclamante tinha celular corporativo". Roberto Santos de Mattos, testemunha ouvida a convite da reclamante, relata que "o depoente tinha telefone corporativo e a reclamante também [...] que acontecia de o depoente ter que comparecer fora do horário de trabalho; que acredita que isso tenha acontecido com a reclamante, porém não presenciou o fato [...] que o depoente não estava trabalhando no dia do acidente; que a reclamante também não estava trabalhando; que a terceirizada que pegava no turno da noite ligou para o depoente e depois para a reclamante; que o depoente chegou no local depois do almoço" (grifa-se). Por sua vez, Juliana Leal Nunes, testemunha ouvida a convite da reclamante, esclarece que: "a reclamante fazia o



ACÓRDÃO

0001533-23.2012.5.04.0006 RO

Fl. 14

mesmo horário, sendo que muitas vezes saía depois da depoente; que resolviam problemas por telefone também" (grifa-se).

Frisa-se que o uso de telefone celular, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, nos termos da Súmula 428, item I, do TST. Ainda, há efetiva comprovação de que foi convocada ao trabalho fora do expediente em apenas uma oportunidade, quando ocorreu o acidente de trabalho fatal no estabelecimento da reclamada em um domingo pela manhã. A testemunha Rodrigo Santos de Matos menciona que não presenciou outras situações em que a reclamante tenha comparecido à empresa fora dos horários de trabalho, ao que também não faz referência a testemunha Juliana Leal Nunes.

Além disso, não está demonstrado nos autos que a reclamante era obrigada a atender o telefone celular e era a única empregada apta a solucionar os problemas que aconteciam na empresa. Em relação ao episódio do acidente, a testemunha Rodrigo Santos de Matos refere que recebeu a ligação da terceirizada antes da reclamante e que também se dirigiu à empresa. Se outros empregados poderiam ser contatados fora do expediente para resolver problemas da reclamada, evidenciado que não havia obrigatoriedade de a reclamante atender às ligações. Por fim, assiste razão à recorrente quando assevera que as próprias funções desenvolvidas pela reclamante, de Analista de Gestão e Coordenadora Jr, denotam que não havia necessidade de ficar de sobreaviso.

Por fim, não há elementos de prova que indiquem que a autora tivesse recebido ordens da empresa para ficar de sobreaviso quando não estivesse trabalhando, especialmente no que diz com a limitação da liberdade de locomoção da reclamante, a qual deve necessariamente ser



ACÓRDÃO

0001533-23.2012.5.04.0006 RO

Fl. 15

comprovada a fim de que faça jus à parcela postulada. Portanto, entende-se que a reclamante não permanecia em regime de sobreaviso. Aliás, conclusão esta também esposada pelo Juízo singular.

Diante disso, não é possível manter a condenação ao pagamento de 1/6 do valor do salário-hora normal referente aos período diário das 21h às 3h, por ausência de previsão legal e porque não está demonstrado que a reclamante ficasse de sobreaviso.

Dá-se provimento ao recurso da reclamada para absolvê-la da condenação ao pagamento de 1/6 do valor do salário-hora normal, referente a 6 horas diárias, e reflexos (item "d" do decismum de origem).

3. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. HONORÁRIOS PERICIAIS.

O Magistrado singular defere à reclamante o pagamento de adicional de periculosidade no período não abarcado pela prescrição pronunciada a janeiro de 2010, bem como fixa os honorários do perito técnico em R\$ 2.000,00, a cargo da reclamada.

A reclamada, ALL - América Latina Logística Malha Sul S.A., recorre da decisão. Afirma que a reclamante não demonstra o exercício das tarefas informadas ao perito técnico, razão por que não merece acolhida a conclusão pericial. Sustenta que não houve comprovação inequívoca da exposição ao risco acentuado na forma do 193 da CLT. Assevera que o depoimento da testemunha da reclamada não foi bem interpretado pelo Juízo. Aduz que o vagão tanque não pode ser considerado uma forma de armazenagem. Entende que as atividades da reclamante não estão listadas no quadro 2 do anexo 2 da NR-16. Afirma que ainda que se aceite que a reclamante executava as atividades alegadas, estas eram esporádicas e de curta duração, devendo ser aplicada a segunda parte da Súmula 364 do



ACÓRDÃO

0001533-23.2012.5.04.0006 RO

Fl. 16

TST. Argumenta que não se pode admitir repercussão do adicional ora debatido em férias e 13º salário, pois possui natureza indenizatória. Requer o afastamento dos demais reflexos, pois acessórios ao principal indevido. Demanda a exclusão da condenação ao pagamento de honorários periciais e, sucessivamente, sua redução.

Com razão parcial.

Realizada perícia técnica para verificação das condições de trabalho do reclamante, e de eventual exposição a risco, o perito do juízo elabora o laudo das fls. 298/306. Informa que a reclamante laborou na reclamada de 04.06.2007 a 31.08.2012, inicialmente na função de analista de gestão e, a partir de março de 2010, como coordenadora financeira. Afirma que as atividades da reclamante compreendiam: *"cerca de uma vez ao dia, diariamente, a Autora se expunha por cerca de dez a quinze minutos em área de risco acentuado de abastecimento de inflamáveis líquidos [...] na função de Analista de Gestão, diariamente se expunha em área de risco em função de efetuar operações de medição de nível de tanque aéreo contendo inflamável líquido (diesel) além de permanecer na área de risco junto à bomba enquanto ocorria o abastecimento de veículos com diesel, o mesmo ocorrendo na função de Coord. Financeira (Coord. Administrativa) ao possuir entre suas atribuições profissionais executar auditoria semanal em postos de abastecimento - P.A. em diversos locais do Estado, avaliando operação, medidor de descarga de combustível de recebimento, eventuais vazamentos de diesel, condições das réguas de medição, dispersão de estoques de combustível"*.

Conclui o perito que *"em função do exposto no presente laudo pericial técnico e de conformidade com a legislação vigente é de nosso parecer*



ACÓRDÃO
0001533-23.2012.5.04.0006 RO

Fl. 17

que as atividades desenvolvidas pela Autora referente ao período imprescrito dentre suas atribuições profissionais de rotina são passíveis de enquadramento como Perigosas por conflitarem com o Anexo 2 da NR-16, itens "1.f" e "1.m", 2.l, "a" e "e" e "3.d" e "3.q" acima transcritos, nos termos da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho".

A reclamada, embora impugne o laudo pericial às fls. 316/319, não produz prova capaz de desconstituí-lo, como lhe incumbia a teor do art. 818 da CLT. Sinala-se que durante a inspeção a ré não manifesta qualquer inconformidade com as atividades informadas pelo reclamante e consignadas no laudo pelo perito, conforme manuscrito das fls. 305/306. Além disso, a prova oral coletada nos autos confirma a descrição das atividades da reclamante contidas no laudo pericial.

A testemunha Edvino de Lima, convidado pela reclamada, informa que: "*a reclamante trabalhava numa parte de diesel; que o depoente não tem muito conhecimento das atividades dela; que ela trabalhava mais na parte de gestão; que o depoente fazia a leitura do diesel; que a cada dois dias mais ou menos a reclamante fazia a conferência das réguas; que são tanques de 120 mil litros de combustível (dois) e de 30 mil litros (dois); que a reclamante verificava a régua no tanque para ver a quantidade de diesel; que a reclamante fazia uma parte de gestão e era responsável por esse controle de diesel [...] que o trabalho da reclamante era para verificar se as informações que estavam sendo passadas pelo depoente estavam corretas" (grifa-se). A seu turno, Roberto Santos de Mattos, ouvido por indicação da reclamante, relata "*que o controle de combustível era feito pela reclamante [...] que a reclamante acompanhava recebimento de combustível e fazia medição; que não havia outra pessoa responsável**



ACÓRDÃO

0001533-23.2012.5.04.0006 RO

Fl. 18

pela medição; que o recebimento acontecia, em média, duas vezes por semana" (grifa-se). Ainda, Juliana Leal Nunes, ouvida a convite da reclamante, informa " que ela fazia controles de carga, descarga de combustível, acompanhamento de procedimento junto à equipe de operações" (grifa-se).

A prova oral produzida pela reclamante e pela reclamada converge no sentido de que a empregada era responsável pelo controle de combustível da reclamada, realizando a leitura das réguas de diesel para verificar a quantidade no tanque e acompanhando o procedimento de recebimento de combustível. Não há como interpretar de modo diverso o depoimento da testemunha da reclamada Edvino de Lima, que é claro ao referir a realização da atividade de medição pela autora. Logo, as informações contidas no laudo pericial técnico acerca das atividades desenvolvidas pela reclamante estão em consonância com a prova testemunhal dos autos, não tendo sido infirmadas pela reclamante por nenhum outro meio de prova, nos termos do art. 818 da CLT. Por este motivo, não merece amparo o recurso da reclamada no aspecto.

A alegação da recorrente de que o vagão tanque não pode ser considerado uma forma de armazenagem esbarra do teor do Anexo 2 da NR-16 da Portaria n. 3.214/78, que dispõe serem consideradas atividades ou operações perigosas as realizadas *"nos serviços de operações e manutenção de navios-tanque, vagões-tanques, caminhões-tanques, bombas e vasilhames, com inflamáveis líquidos ou gasosos liquefeitos, ou vazios não-desgaseificados ou decantados" (tem "f").* Além disso, as atividades realizadas pela reclamante estão devidamente enquadradas nos termos da Anexo 2 da NR-16 da Portaria n. 3.214/78, conforme analisado pelo perito técnico nas fls. 301/303 do laudo pericial, em que fundamenta o



ACÓRDÃO
0001533-23.2012.5.04.0006 RO

Fl. 19

enquadramento das atividades da reclamante nos itens "1.f" e "1.m", 2.l, "a" e "e" e "3.d" e "3.q" do Anexo 2 da Norma Regulamentadora.

Importante referir que o conceito de contato permanente, para o deferimento do adicional de periculosidade, deve ser considerado quando o trabalho não se mostra eventual, esporádico, fortuito ou acidental, sendo de repelir-se a ideia gramatical de só ser permanente o contínuo e ininterrupto. Havendo exposição ao risco, o sinistro pode ocorrer a qualquer momento. Ressalta-se que as atividades laborais diárias da reclamante envolviam exposição a agentes perigosos por tempo significativo, conforme prova pericial e testemunhal. A hipótese em análise, portanto, não pode ser enquadrada na exceção referida na Súmula nº 364 do TST: *"indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido"*. Assim, as atividades da autora enquadram-se na regra prevista na Súmula nº 364 do TST: *"faz jus ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, se sujeita a condições de risco"*.

É devida a repercussão do adicional de periculosidade nas férias, por força do parágrafo quinto do art. 142 da CLT, e no 13º salário, com embasamento do parágrafo primeiro do art. 1º da Lei nº 4.090/62. Quanto aos demais reflexos, são devidos ante a manutenção da condenação principal.

Por fim, mantida a condenação da reclamada ao pagamento do adicional de periculosidade, é desta a responsabilidade pelo pagamento dos honorários do perito técnico que atua no feito, porque sucumbente no aspecto (art. 790-B da CLT). Quanto ao valor arbitrado (R\$ 2.000,00),



ACÓRDÃO

0001533-23.2012.5.04.0006 RO

FI. 20

entende-se excessivo, considerando-se a complexidade do trabalho realizado e os valores usualmente praticados nesta Justiça Especializada para trabalhos de mesmo padrão.

Dá-se parcial provimento ao recurso da reclamada para reduzir os honorários arbitrados para R\$ 1.200,00.

4. DANO EXISTENCIAL.

O Magistrado singular entende que *"a trabalhadora tem o direito à vida privada, com lazer, descanso e convívio familiar. Ao exigir o cumprimento de extensa jornada de trabalho, o empregador praticou ato abusivo, comprometendo o projeto de vida da reclamante, em afronta ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, contido no art. 1º, III, da Constituição [...] considerando os aspectos acima mencionados, notadamente a necessidade premente de reprimir a conduta da reclamada, fixo a indenização por dano moral, no valor de R\$67.800,00 (sessenta e sete mil e oitocentos reais), respeitado o limite da inicial"*.

A reclamada recorre. Afirma que a realização de horas extraordinárias gera tão-somente o direito ao pagamento das mesmas. Nega que tenha exigido da reclamante jornadas extenuantes, visando apenas o lucro em detrimento da integridade física da empregada. Alega que, conforme razões já expostas, a jornada de trabalho fixada na origem é exagerada. Sustenta que a reclamante trabalhou por quase 5 anos para a reclamada, o que mostra não estarem as condições de trabalho tão ruins. Aduz que o tempo tomado para buscar a indenização configura perdão tácito. Assevera que a reclamante não comprova o dano moral ou existencial vivenciado, na forma do art. 818 da CLT e 333, I, do CPC. Argumenta que o Juízo utiliza unicamente o depoimento da reclamante como base para a condenação,



ACÓRDÃO
0001533-23.2012.5.04.0006 RO

Fl. 21

no qual é narrado fato que não possui relação com as atividades laborais da empregada. Cita precedentes jurisprudenciais. Sucessivamente, requer a redução do valor arbitrado para fins de indenização.

Com parcial razão.

O dano existencial consiste em dano imaterial que afeta o projeto de vida da pessoa atingida, inviabilizando a consecução dos atos necessários à sua realização pessoal, tais como o descanso e a manutenção das relações familiares e sociais. Com isso, esta espécie de dano acarreta a perda da qualidade de vida da vítima, a deterioração de sua personalidade e o esvaziamento de seu sentido existencial, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, contido no art. 1º, III, da Constituição Federal. A respeito da conceituação do dano existencial, destacam-se as lições de Júlio César Bebbber:

Por dano existencial (também chamado de dano ao projeto de vida ou prejudice d'agrément - perda da graça, do sentido) compreende-se toda lesão que compromete a liberdade de escolha e frustra o projeto de vida que a pessoa elaborou para sua realização como ser humano. Diz-se existencial exatamente porque o impacto gerado pela dano provoca um vazio existencial na pessoa que perde a fonte de gratificação vital. [...] O dano existencial independe de repercussão financeira ou econômica, e não diz respeito à esfera íntima (dor e sofrimento, características do dano moral). Dele decorre a frustração de uma projeção que impede a realização pessoal (com perda da qualidade de vida e, por conseguinte, modificação in pejus da personalidade), impõe a reprogramação e obriga um relacionar-



ACÓRDÃO

0001533-23.2012.5.04.0006 RO

Fl. 22

se de modo diferente no contexto social. É, portanto, passível de constatação objetiva. [...] É indispensável que o dano injusto tenha frustrado (comprometido) a realização do projeto de vida (importando em renúncias diárias) que, agora, tem de ser reprogramado com as limitações que o dano impôs (Danos extrapatrimoniais - estético, biológico e existencial - breves considerações; Revista LTr., vol. 73, nº01, janeiro de 2009).

No presente caso, o contrato de trabalho da reclamante com a parte ré estendeu-se de 04.06.2007 a 01.09.2012 (termo de rescisão das fls. 54/55). Seu trabalho na reclamada - empresa de logística - desenvolveu-se como analista de gestão, com o controle de indicadores (de custo, de movimentação de carga, abastecimento de veículos, melhoria contínua) e como coordenadora de processos (controle de diesel, financeiro, recursos humanos, faturamento) de unidades da ré neste Estado. Portanto, o trabalho da reclamante envolvia o controle de inúmeros setores da empresa de logística. Ainda, constata-se que, durante a contratualidade, a trabalhadora executava extensa jornada laboral, das 08h às 20h de segunda a sexta-feira, das 08h às 16h aos sábados e das 08h às 13h em dois domingos ao mês. Também está demonstrado nos autos que teve, por exemplo, que comparecer à empresa em razão de acidente de trabalho fatal quando se encontrava em um parque aquático com o marido em um domingo. Resta incontroversa, igualmente, a realização de viagens ao interior do Estado para visitação das estações da reclamada (depoimento da preposta - fl. 324, verso).

As condições em que era exercido o trabalho da reclamante no empreendimento réu apontam a ocorrência da dano existencial, pois sua árdua rotina de trabalho restringia o exercício das atividades que compõem



ACÓRDÃO
0001533-23.2012.5.04.0006 RO

Fl. 23

a vida privada lhe causando efetivamente um prejuízo que comprometeu a realização de um projeto de vida. De fato, a reclamante tinha poucas horas para dedicar-se, por exemplo, ao descanso, ao convívio familiar e social e ao lazer, atividades que orientam o plano existencial de cada indivíduo. No caso, a repercussão nociva do trabalho na reclamada na existência da autora é evidenciada com o término de seu casamento enquanto vigente o contrato laboral, rompimento que se têm como lastreado nas exigências da vida profissional da autora. Acerca do tema, a testemunha Juliana Leal Nunes afirma saber "que a separação dela foi porque ficava pouco em casa". Sobre o assunto, a autora refere em seu depoimento pessoal: *"que a depoente se separou na época em que trabalhou para a reclamada; que a depoente no período em que estava desempregada ficava bastante em casa e seu marido chegava em casa por volta das 17h; que quando entrou na reclamada queria muito crescer profissionalmente; que passaram a se ver pouco em razão do trabalho; que quando a depoente passou para Canoas passava muito tempo em trajeto (viagens); que a depoente passou a ficar muito tempo fora; que o marido da depoente passou a viver "a vida dele"; que não se viam mais; que acabaram se separando; que a iniciativa para a separação foi do ex-marido da depoente"*.

O trabalho desenvolvido na reclamada assumiu proporção prejudicial à vida particular da autora, inviabilizando a execução das atividades capazes de lhe trazer realização pessoal. Há efetiva comprovação do dano existencial advindos com a conduta da reclamada resta demonstrado no fato de que ocorreu o rompimento conjugal da reclamante. Estas conclusões são corroboradas pela minuciosa descrição das reações da autora realizada pelo Julgador de origem em sentença: *"na audiência, o*



ACÓRDÃO

0001533-23.2012.5.04.0006 RO

Fl. 24

questionamento a respeito da separação foi deixado para o final. A pergunta foi direta: “O Rodrigo que teve iniciativa de se separar?” A reclamante contraiu os ombros, apertou os lábios, ficou com os olhos marejados. Não respondeu de imediato. Respirou e falou que sim. Não teatralizou. Tentou esconder a emoção, mas não conseguiu. Foi contida, sincera e não deixou a menor sombra de dúvida de que sua narrativa é verdadeira”. Resta, portanto, demonstrada que a reclamada provocou lesão existencial à reclamante.

Acerca do tema, destacam-se os seguintes julgados:

DANO EXISTENCIAL. Há dano existencial quando a prática de jornada exaustiva por longo período impõe ao empregado um novo e prejudicial estilo de vida, com privação de direitos de personalidade, como o direito ao lazer, à instrução, à convivência familiar. Prática reiterada da reclamada em relação aos seus empregados que deve ser coibida por lesão ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal). (TRT da 04ª Região, 2a. Turma, 0001133-16.2011.5.04.0015 RO, em 18/04/2013, Desembargador Raul Zoratto Sanvicente - Relator. Participaram do julgamento: Desembargadora Tânia Rosa Maciel de Oliveira, Desembargador Alexandre Corrêa da Cruz)

DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTRA EXCEDENTE DO LIMITE LEGAL DE TOLERÂNCIA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. O dano existencial é uma espécie de dano imaterial, mediante o qual, no caso das relações de trabalho, o trabalhador sofre danos/limitações em relação à sua vida fora do



ACÓRDÃO
0001533-23.2012.5.04.0006 RO

Fl. 25

ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo tomador do trabalho. Havendo a prestação habitual de trabalho em jornadas extras excedentes do limite legal relativo à quantidade de horas extras, resta configurado dano à existência, dada a violação de direitos fundamentais do trabalho que traduzem decisão jurídico-objetiva de valor de nossa Constituição. Do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, do qual constitui projeção o direito ao desenvolvimento profissional, situação que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais também pelos empregadores (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Recurso do reclamante provido. (TRT da 04ª Região, 1a. Turma, 0002125-29.2010.5.04.0203 RO, em 20/03/2013, Desembargador José Felipe Ledur - Relator. Participaram do julgamento: Desembargadora Iris Lima de Moraes, Desembargadora Laís Helena Jaeger Nicotti)

No que tange ao valor a ser indenizado, é necessário que se leve em conta o princípio da razoabilidade, bem como as condições do ofendido e do ofensor, e a reprovabilidade da conduta praticada. A indenização deve ter caráter preventivo, punitivo e ressarcitório. No caso em análise, reprovável a conduta da reclamada ao exigir que autora executasse extensa carga horária de trabalho como parte de sua rotina. Necessário que a indenização não só puna essa conduta como também tenha um caráter preventivo, para que o fato não se repita. Assim, levando em consideração as questões fáticas (salário de aproximadamente R\$ 3.300,00 mensais em um contrato de quase cinco anos), a extensão do prejuízo (rompimento conjugal),



ACÓRDÃO

0001533-23.2012.5.04.0006 RO

FI. 26

entende-se que a verba indenizatória deve ser reduzida para R\$ 20.000,00, a qual se mostra mais adequada aos parâmetros precitados.

Dá-se parcial provimento ao recurso ordinário da reclamada para reduzir a indenização por dano existencial a R\$ 20.000,00 (item "f" do dispositivo da sentença).

5. INTEGRAÇÕES DO BÔNUS.

O Magistrado singular decide que: *"tratando-se de verba que integra o salário da trabalhadora, nos termos do § 1º do art. 457 da CLT, são devidos os reflexos dos bônus pagos no curso do contrato, observada a prescrição pronunciada, nas férias com 1/3, 13º salários, aviso-prévio e FGTS com acréscimo de 40% "*.

A reclamada se insurge contra a sentença. Afirma que a mesma norma que prevê a retenção de imposto de renda sobre o bônus, mencionada pelo Juízo de origem, também refere que sobre o bônus não há incidência de encargos trabalhistas e previdenciários. Afirma que a parcela em tela foi instituída em acordos coletivos para pagamento de PRV - Programa de Remuneração Variável com base no art. 3º da Lei 10.101/2000, que regula a participação dos trabalhadores nos lucros e resultados da empresa e estabelece apenas a incidência do imposto de renda sobre estas parcelas. Afirma que os acordos coletivos remetem aos manuais internos da empresa, pelos quais o bônus não possui natureza salarial. Requer o reconhecimento da natureza indenizatória da parcela.

Com razão parcial.

É incontroverso que a reclamante recebia remuneração variável por intermédio de bônus, conforme reconhecido pela reclamada na defesa de



ACÓRDÃO
0001533-23.2012.5.04.0006 RO

Fl. 27

fls. 35/36. Nas fichas financeiras das fls. 67 e 93, por exemplo, é possível constatar o pagamento da rubrica "192 bônus" fevereiro de 2009 na expressão de R\$ 8.768,08 e em fevereiro de 2012 na expressão de 17.635,09. São apresentadas as regras internas da empresa acerca do pagamento do bônus nas fls. 177/188.

Conforme descritivo do Programa Pool de Bônus, pertencente ao Programa de Remuneração Variável da reclamada, constante na fl. 178, o pagamento dos valores do programa exigia: "*a ALL precisa bater sua meta de geração de caixa, sua gerência não pode ultrapassar o custo fixo e você tem que atingir suas metas*". O adimplemento do bônus estava atrelado ao desempenho do empregado no curso do ano, do que se extrai seu caráter remuneratório. Além disso, conforme ressaltado pelo Juízo, o regulamento da reclamada prevê que sobre o valor do bônus incide imposto de renda (fl. 187), evidenciando a natureza salarial da verba. Ainda, não é possível concluir que o pagamento do bônus esteja abrangido pelo art. 3º da Lei n. 10.101/2000, pois não se trata de participação nos lucros e resultados nos termos do art. 2º da mesma lei.

Todavia, embora de inconteste natureza salarial, o bônus era pago anualmente, conforme informado pela reclamante na petição inicial (fl. 04) e constatado pelos documentos das fls. 177/188. A Súmula 253 do TST, que trata da gratificação semestral, prevê que esta não repercute no cálculo das horas extras, das férias e do aviso-prévio devidos ao trabalhador. Assim, por interpretação analógica, o bônus ora em análise, pago anualmente, segue o mesmo raciocínio. Dessa forma, prospera em parte o recurso da reclamada, devendo ser excluídos os reflexos da parcela em férias com 1/3 e aviso-prévio.



ACÓRDÃO

0001533-23.2012.5.04.0006 RO

Fl. 28

Dá-se provimento parcial ao recurso da reclamada para excluir da condenação o pagamento dos reflexos dos bônus pagos em férias com 1/3 e aviso-prévio.

6. FÉRIAS EM DOBRO.

O Julgador singular condena a reclamada ao pagamento da dobra de 20 dias de férias com 1/3, que deveriam ter sido usufruídas em junho de 2010.

A reclamada recorre. Alega que a condenação se baseou unicamente no depoimento da testemunha Juliana, deixando de analisar a documentação carreada aos autos. Sustenta que a reclamante não prova o seu direito na forma do art. 818 da CLT e 333, I, do CPC. Requer a reforma da sentença.

Com razão.

A reclamante informa, na petição inicial, que foi obrigada a laborar no curso das férias de junho de 2010 (fl. 03). Por sua vez, a reclamada esclarece que a autora sempre gozou corretamente suas férias (fl. 36). A parte ré apresenta os avisos de férias das fls. 97/105, nos quais consta que a empregada gozou 20 dias de férias de 03.05.2010 a 22.05.2010 (fl. 98), remunerados conforme ficha financeira da fl. 85.

A seu turno, a testemunha Juliana Leal Nunes, convidada pela reclamante, afirma que *"trabalhou para a reclamada de 2009 a 2011 [...] não recorda de a reclamante ter ficado algum período de férias; que a depoente chegou a ter 20 dias de férias, mas permaneceu atendendo telefone e se deslocando até a reclamada; que o que aconteceu nas férias foi uma redução do trabalho"*. Quando a testemunha menciona que tirou 20 dias de férias, mas permaneceu trabalhando, está fazendo referência a si própria. Quanto à reclamante, a testemunha relata que não recorda de a autora ter



ACÓRDÃO
0001533-23.2012.5.04.0006 RO

Fl. 29

usufruído algum período de férias. Esta afirmação não deve ser interpretada como se a reclamante nunca tivesse gozado de férias no período em que trabalhou com a testemunha. Com efeito, a petição inicial é restrita ao período de gozo de 2010, presumindo-se a fruição regular da pausa nos outros anos. As demais testemunhas nada mencionam acerca do trabalho da reclamante nas férias de 2010. Dessarte, entende-se que a autora não obtém êxito em comprovar fato constitutivo do direito alegado, na forma do art. 818 da CLT e 333, I, do CPC.

Dá-se provimento ao recurso da reclamada para excluir da condenação o pagamento de dobra de 20 dias de férias com 1/3 (item "e" do decisum de origem).

7. DIFERENÇAS DE FGTS.

Consta na sentença: "Os documentos das fls. 58-59 não comprovam os depósitos do FGTS na conta vinculada da reclamante em todo o período contratual. Não tendo a empregadora comprovado os pagamentos, presumo a existência de diferenças. Defiro, à reclamante, diferenças de FGTS com o acréscimo de 40% (em virtude da despedida sem justa causa)".

A reclamada recorre. Afirma que o reclamante não demonstra a existência de diferenças nos depósitos de FGTS, conforme art. 818 da CLT e 333, I, do CPC. Sustenta que o pedido de diferenças de FGTS formulado pelo reclamante é genérico. Assevera que não é devido o pagamento de FGTS sobre as parcelas deferidas, pois acessório ao principal indevido.

Sem razão.

Cabe ao empregador depositar na conta vinculada do trabalhador o valor



ACÓRDÃO

0001533-23.2012.5.04.0006 RO

FI. 30

devido ao FGTS, nos termos da Lei nº. 8.036/90. Assim sendo, em consonância com o princípio da aptidão para a prova, àquele compete o ônus de demonstrar a correção dos depósitos fundiários devidos durante o interregno contratual, com a juntada da documentação pertinente. No caso concreto, a reclamada não se desonera dessa prova, já que os extratos das fls. 58/59 não indicam o depósito desta verba em relação a todos os meses do contrato de trabalho. Portanto, há diferenças de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço devidas à autora, merecendo ser mantida a sentença neste aspecto. Quanto à determinação para o pagamento do FGTS sobre as parcelas deferidas nesta ação, deve subsistir em razão da manutenção parcial da condenação ao pagamento de verbas de natureza remuneratória.

Nega-se provimento.

DESEMBARGADOR MARCELO GONÇALVES DE OLIVEIRA:

Acompanho o Relator, em especial no item referente ao dano existencial.

Tenho por dano existencial aquele que afeta a existência da pessoa de forma perene, e não somente de forma transitória. A parte autora, para ter direito à reparação, deveria ter alegado e demonstrado dano definitivo, quanto à separação de conjuge em decorrência da indisponibilidade para a vida conjugal por conta dos excessos de jornada. E disto é que se trata a hipótese dos autos, final de um casamento em razão das longas jornadas de trabalho, que afetaram o convívio entre um casal. É dano perene e que afeta projeto de vida, devendo ser ressarcido.

DESEMBARGADOR GEORGE ACHUTTI:



ACÓRDÃO
0001533-23.2012.5.04.0006 RO

Fl. 31

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA

1. HORAS EXTRAS. CARGO DE CONFIANÇA. 4. DANO EXISTENCIAL.

Dirijo, *permissa venia*, do voto condutor, nos itens em foco, parcialmente no primeiro.

No que pertine às ditas longas jornadas prestadas pela autora e, ainda, os demais fatos narrados pela sentença, tais como sonegação de descansos semanais, impõe-se referir que não configuram, *per se* e em tese, o suposto dano moral.

A prestação de trabalho extraordinário tem por contrapartida a contraprestação correspondente às horas trabalhadas, com o adicional previsto em lei. A redução das horas de lazer e de convívio familiar e social, de fato, ocasionam prejuízos ao empregado, que não se configuram, entretanto, como geradores de dano moral. Neste, deve haver efetivo agravo à moral do trabalhador, o que implica ofensa ao seus direitos de personalidade, o que não se verifica nos autos.

É o que lecionam as decisões abaixo reproduzidas, deste Regional, assim ementadas:

"DANOS MORAIS. REALIZAÇÃO DE HORAS EXTRAS EXCESSIVAS. AUSÊNCIA DA CONCESSÃO DE INTERVALOS. *Exigência de trabalho extraordinário que não demonstra a ocorrência de conduta ilícita da reclamada a justificar a sua condenação ao pagamento de indenização por dano moral. Provimento negado.*" (proc. nº 0068800-75.2009.5.04.0601, 1ª Turma, Rel. Des. José Felipe Ledur,



ACÓRDÃO
0001533-23.2012.5.04.0006 RO

Fl. 32

julgado em 15.6.2011)

"DANO MORAL. HORAS EXTRAS. Hipótese em que a narrativa dos fatos contida na petição inicial e a prova dos autos não permitem concluir pela existência de dano moral. A exigência de prestação de horas extras, por si só, não caracteriza dano moral apto a gerar reparação." (proc. nº 0012500-06.2008.5.04.0512, 8ª Turma, Rel. Des.ª Maria da Graça Ribeiro Centeno, julgado em 19.11.2009)

"INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. A imposição de jornada de trabalho excessiva, por si só, não justifica o pagamento de indenização decorrente de dano moral, mormente quando não relacionada a qualquer espécie de doença ocupacional". (proc. nº 0211600-51.2008.5.04.0411, 9ª Turma, Rel. Des. Cláudio Antônio Cassou Barbosa, julgado em 14.4.2010)

"DANO EXISTENCIAL/MORAL. REALIZAÇÃO DE HORAS EXTRAS EXCESSIVAS. Para se ter direito ao pagamento de indenização por dano existencial, deve ser comprovado, cabalmente, a existência dos danos (artigo 818 da CLT), ônus do qual a trabalhadora não se desincumbiu a contento. Nessa espécie de dano, gênero do dano moral, sua existência não se apresenta como *in re ipsa*. A realização de horas extras em excesso, por si só, apenas enseja pagamento das verbas próprias, com juros e correção monetária, já asseguradas em demanda anterior. Fatos que não repercutem em ofensa à honra, à imagem ou à dignidade profissional da empregada, não havendo afronta aos incisos V e X, do artigo 5º, da Constituição



ACÓRDÃO
0001533-23.2012.5.04.0006 RO

Fl. 33

Federal." (proc. nº 0000840-47.2011.5.04.0241, 9ª Turma, Rel. Des.^a Maria Madalena Telesca, julgado em 19.7.2012)

Esta Turma julgadora recentemente apreciou e rejeitou pedido de dano existencial, conforme acórdão da lavra do Exmo. Des. Marcelo Gonçalves de Oliveira, de cujo julgamento participei, do qual transcreve o seguinte excerto de seus fundamentos, *in verbis*:

"DANO MORAL. MAJORAÇÃO. DANO EXISTENCIAL.

Pede o reclamante a majoração da indenização por dano moral, fixada na origem no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), eis que irrisório, não atendendo o caráter punitivo e pedagógico da sanção. Cita que em casos semelhantes este Tribunal fixou a indenização no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Pede, ainda, a condenação da reclamada ao pagamento de indenização por dano existencial, com fulcro no labor em jornada extraordinária exaustiva, em longo período, privando-o dos direitos da personalidade, como o direito ao lazer, à instrução, à convivência familiar, o que alega ter ocorrido com ele. Cita jurisprudência (fls. 441-v/442-v).

Analiso.

O dano existencial pode ser entendido como espécie do dano imaterial. Caracteriza-se por levar a vítima à impossibilidade de executar um projeto de vida (no âmbito familiar, afetivo, intelectual, educacional, artístico, profissional, entre outros), tolhendo a liberdade de escolha, ou por dificultar o desenvolvimento da vida de relação, no âmbito das relações



ACÓRDÃO
0001533-23.2012.5.04.0006 RO

Fl. 34

interpessoais (convivência social, familiar, profissional, entre outras).

Entretanto, no caso em tela, como examinado pelo Julgador a quo (fl. 430), restou fixado que o reclamante laborou nos seguintes horários: em escala das 09h às 19h; em escala das 12h12min às 22h, e, quando os registros são manuscritos (como no caso da fl. 260, dia 29) ou inexistentes, são nulos, fixando que em tais dias, o autor laborou até às 02h30min da madrugada; laborou sem intervalos intrajornada na escala das 12h12min às 22h. Relativamente aos intervalos intrajornada, da jornada fixada, considerou evidente o prejuízo do autor ao gozo, restando também prejudicado o gozo dos intervalos interjornadas nas ocasiões em que o autor laborou até as 02h30min da madrugada.

Nesse contexto, não vislumbro o direito do reclamante ao pagamento de indenização por danos existenciais, eis que o prejuízo do convívio social e familiar se limitou às ocasiões em que laborou até as 2h30min. A transitoriedade da situação não permite que ela se caracteriza como dano à existência, que deve ser perene, alterando o curso planejado da vida." (proc. nº 0001323-72.2012.5.04.0005, 4ª Turma, Rel. Des. Marcelo Gonçalves de Oliveira, julgado em 13.02.2014, Participaram do julgamento o Des. George Achutti e o Juiz Convocado João Batista de Matos Danda)

A propalada violação a direitos fundamentais e o descumprimento da legislação trabalhista, como a prática pelo empregado de extensa jornada,



ACÓRDÃO
0001533-23.2012.5.04.0006 RO

Fl. 35

inobservância de intervalos legais, entre outros, como relatado pela autora, por si sós, não se mostram suficientes para caracterizar o abalo moral/existencial que o trabalhador diz ter sofrido, máxime considerando que não resta demonstrado nos autos conduta ilícita da empregadora a ensejar a pretendida reparação pecuniária por dano moral.

Quanto à separação conjugal da reclamante, esta, ao prestar depoimento pessoal, referiu o seguinte:

"... que a depoente no período em que estava desempregada ficava bastante em casa e seu marido chegava em casa por volta das 17h; quando entrou na reclamada queria muito crescer profissionalmente; que passaram a se ver pouco em razão do trabalho; que quando a depoente passou para Canoas passava muito tempo em trajeto (viagens); que a depoente passou a ficar muito tempo fora; ..." (sem destaque no original).

Emerge de tais declarações o fato de que a reclamante optou pelo crescimento profissional, circunstância que, como é consabida, muitas vezes, acarreta maior tempo de dedicação ao trabalho, deslocamentos, estudos, etc., em detrimento da vida pessoal, o que, por evidente, ocasionou um contraste com a situação pessoal do tempo de desemprego. Nessa perspectiva, ainda que lhe fossem exigidas extensas jornadas, não verifico conduta ilícita da reclamada a ensejar a indenização postulada.

A par disso, e ademais, depreendo da prova testemunhal que a jornada cumprida não o era na extensão fixada na douda sentença, ou seja, *"de segundas a sextas-feiras, das 8h às 21h, com uma hora de intervalo; aos sábados das 8h às 16h, com uma hora de intervalo; três domingos por*



ACÓRDÃO

0001533-23.2012.5.04.0006 RO

Fl. 36

mês, das 8h às 13h."

Isso porque dos depoimentos de Roberto e Juliana, testemunhas convidadas pela autora, se extrai, reproduzindo o que interessa à apreensão da jornada:

- Roberto Santos de Mattos: *"... que o depoente entrava às 08h e o horário de saída dependia da programação; que saía entre 19h e 21h; que tinha contato todos os dias com a reclamante; que ela ficava no andar de cima e o depoente no andar de baixo; que ela começava a trabalhar mais ou menos no mesmo horário do depoente; que a reclamante chegava um pouco antes; que ela tinha uma reunião às 08h; que **não tem como precisar o horário de saída da reclamante; que acontecia do depoente sair e ela continuar; que também acontecia de ela ir embora e o depoente permanecer trabalhando; que acontecia de trabalharem em sábados e domingos; que poderia haver trabalho em dois ou três domingos por mês; ..."** (destaquei).*

- Juliana Leal Nunes: *"... que a depoente trabalhava das 07h30 até por volta das 21h, dependendo da demanda; que a reclamante fazia o mesmo horário, sendo que muitas vezes saía depois da depoente; que trabalhou em sábados e domingos; que a reclamante também; que em média o trabalho era em três domingos por mês; (...) que trabalhava junto com a reclamante, motivo pelo qual sabe que a separação dela foi porque ficava pouco em casa; ..."* (destaquei).

Fixaria a jornada da autora, considerando as restrições do depoimento de



ACÓRDÃO
0001533-23.2012.5.04.0006 RO

Fl. 37

Roberto quanto à saída do trabalho (*entre 19h e 21h, por vezes ficando após a saída da reclamante, por vezes o contrário ocorrendo*), das 08h às 20h, com 60min de intervalo, de segundas às sextas-feiras, e em dois sábados e dois domingos por mês, nos horários fixados na sentença.

E relevaria o depoimento de Juliana quanto ao motivo da separação da autora e do então marido pois, como disse esta testemunha, "*... trabalhava junto com a reclamante, motivo pelo qual sabe que a separação dela foi porque ficava pouco em casa; ...*", ou seja, por ouvir dizer.

Dou parcial provimento ao apelo da reclamada para fixar a jornada da reclamante como sendo das 08h às 20h, com 60min de intervalo, de segundas às sextas-feiras, e em dois sábados e dois domingos por mês, nos horários fixados na sentença, bem como dou provimento ao recurso para excluir da condenação a indenização por dano moral (existencial).

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADOR ANDRÉ REVERBEL FERNANDES (RELATOR)

DESEMBARGADOR MARCELO GONÇALVES DE OLIVEIRA

DESEMBARGADOR GEORGE ACHUTTI