



PROCESSO N° TST-RR-69500-48.2009.5.04.0020

A C Ó R D ã O
(4ª Turma)
GMCB/mh

I - RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA
RECURSOS INTERPOSTOS ANTES DA VIGÊNCIA
DAS LEIS N°S 13.015/2014 E 13.467/2017.
1. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. MÊS DE JUNHO.
AUSÊNCIA DO CARTÃO DE PONTO. FIXAÇÃO DA
JORNADA DE TRABALHO COM BASE NA MÉDIA
DOS HORÁRIOS CONSTANTES DOS REGISTROS
APRESENTADOS. INVIABILIDADE. SÚMULA N°
338, I. NÃO CONHECIMENTO.

A jurisprudência desta Corte Superior consignada no item I da Súmula n° 338 preconiza que é ônus do empregador, que conta com mais de 10 empregados, manter o registro da jornada de trabalho dos seus funcionários e que a não apresentação injustificada dos mencionados controles gera presunção relativa de veracidade quanto ao horário de labor alegado na petição inicial.

O entendimento contido no verbete em questão é aplicável quando há juntada parcial aos autos dos controles de frequência, hipótese em que incide a presunção de veracidade da jornada apontada na inicial em relação ao período não coberto pelo registro de jornada apresentado.

Dessa forma, nas hipóteses em que são apresentados registros de ponto de apenas parte do período do contrato de trabalho do empregado, para fins de apuração da jornada extraordinária, não se pode acolher a pretensão de fixação da média da jornada de trabalho, com base nos cartões apresentados, para o período em que faltaram os cartões. Precedentes.

No caso, o Tribunal Regional decidiu que para o período em que não foram juntados os controles de ponto, deve prevalecer



PROCESSO Nº TST-RR-69500-48.2009.5.04.0020

a jornada indicada na petição inicial, entendimento que está em consonância com a jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior.

Incidência do óbice da Súmula nº 333 do TST e do art. 896, § 7º, da CLT.

Recurso de revista de que não se conhece.

2. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. TROCA DE UNIFORME. TEMPO À DISPOSIÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.

Esta Corte Superior firmou posicionamento no sentido de considerar como período à disposição do empregador os minutos residuais gastos pelo empregado, antes e/ou após a jornada de trabalho diária, com as chamadas atividades preparatórias (troca de uniforme, lanche e deslocamento até o posto de trabalho), dentro das dependências da Empresa, razão pela qual deve o tempo assim despendido ser pago como horas extraordinárias, nos termos do artigo 58, § 1º, da CLT. Inteligência da Súmula n. 366.

No caso, o Tribunal Regional manteve a sentença quanto ao deferimento de horas extraordinárias decorrentes do tempo despendido pela troca de uniforme, os quais superam o limite previsto na jurisprudência consolidada. Incide o óbice da Súmula nº 333 e do artigo 896, § 7º, da CLT.

Recurso de revista de que não se conhece.

3. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. PROJEÇÃO. RETIFICAÇÃO DA CTPS. NÃO CONHECIMENTO.

Consoante o entendimento jurisprudencial desta Corte, a data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado. Inteligência da Orientação Jurisprudencial nº 82 da SBDI-1.

No caso, em vista de decisão em consonância com a jurisprudência deste



PROCESSO N° TST-RR-69500-48.2009.5.04.0020

Tribunal Superior, incide o óbice contido na Súmula n° 333 e no artigo 896, § 7º, da CLT.

Recurso de revista de que não se conhece.

4. FÉRIAS E DÉCIMO TERCEIRO. DIFERENÇAS. NÃO CONHECIMENTO.

O egrégio Tribunal Regional, mediante análise de perícia contábil, consignou a existência de diferenças férias e de décimo terceiro salário, sem que houvesse impugnação específica da reclamada.

Como se verifica, não se cuida de debate sobre a correta distribuição do ônus da prova, mas do mero reexame da prova efetivamente produzida, a qual foi livremente apreciada pelo juiz, na forma do artigo 371 do NCPC, estando a egrégia Corte a quo respaldada pelo princípio da livre convicção racional na ponderação da prova documental, não havendo falar em violação dos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC/73 (333, I, do NCPC).

Recurso de revista de que não se conhece.

5. FGTS. DIFERENÇAS. ÔNUS DA PROVA. SÚMULA 461. NÃO CONHECIMENTO.

Com o cancelamento da Orientação Jurisprudencial n° 301 da SBDI-1, o entendimento desta colenda Corte Superior firmou-se no sentido de que é do empregador o ônus de provar os depósitos do FGTS, mormente porque é ele, e não o empregado, que detém os documentos para tanto.

No caso, a decisão do Tribunal Regional está em consonância com a Súmula n° 461. Incidência do óbice da Súmula n° 333 e do artigo 896, § 7º, da CLT.

Recurso de revista de que não se conhece.

II - RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE

1. COMISSÕES. CONTRATAÇÃO DE TRABALHADORES TEMPORÁRIOS. ALTERAÇÃO



PROCESSO Nº TST-RR-69500-48.2009.5.04.0020

NA FORMA DE CÁLCULO. PREVISÃO EM ADITIVOS CONTRATUAIS. PREJUÍZO. NÃO DEMONSTRADO. NÃO CONHECIMENTO.

Trata-se de debate acerca da licitude ou não da alteração na forma de pagamento das comissões aos empregados efetivos, previstos em aditivos contratuais, no período em que houve contratação de trabalhadores temporários.

No caso, o egrégio Tribunal Regional, por meio de análise de prova pericial, consignou a inexistência de prejuízo à autora, uma vez que o Perito deixou evidente que os valores das comissões pagos à reclamante, nos períodos em que houve contrato de temporários, foram superiores aos demais meses.

No acórdão recorrido, também ficou expresso que a autora tinha conhecimento sobre a forma de cálculo das comissões, em tais períodos, pois estava prevista em aditivos contratuais por ela assinados.

Concluiu a egrégia Corte *a quo* que a contratação de empregados temporários trouxe benefícios à reclamante, sob o fundamento de que o aumento das vendas acarretou significativa majoração dos valores a serem rateados a título de comissão.

Diante do quadro fático, delineado nos autos, insuscetível de reexame nesta fase recursal, não há como acolher a tese de que houve transferência de risco para o empregado, restando ileso o artigo 2º da CLT.

Recurso de revista de que não se conhece.

2. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. RECURSO DESFUNDAMENTADO. NÃO CONHECIMENTO.

O recurso encontra-se desfundamentado, visto que não foram indicadas violações a dispositivos de lei e/ou da Constituição Federal, contrariedade à súmula de jurisprudência deste Tribunal, nem colacionados arestos para



PROCESSO N° TST-RR-69500-48.2009.5.04.0020

demonstrar divergência de teses, o que desatende às hipóteses de admissibilidade do recurso de revista, insertas no artigo 896 da CLT, **a e c**, da CLT.

Recurso de revista de que não se conhece.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° **TST-RR-69500-48.2009.5.04.0020**, em que é Recorrente **LOJAS RENNER S.A.** e **MARTA HELENA TREPTOW** e Recorrido **OS MESMOS**.

O egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, mediante o v. acórdão de fls. 1360/1380, rejeitou a preliminar de não conhecimento do recurso da reclamada, arguida em contrarrazões; negou provimento ao recurso ordinário da reclamante e deu parcial provimento ao recurso ordinário da reclamada.

A reclamada e a reclamante interpuseram recurso de revista, a fls. 1386/1395 e 1402/1408, respectivamente.

Mediante a decisão de fls. 1412/1416, os recursos de revista foram admitidos.

O reclamante e a reclamada apresentaram contrarrazões, a fls. 1420/1430 e 1434/1436.

O d. Ministério Público do Trabalho não oficiou nos autos.

É o relatório.

V O T O

I - RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA

1. CONHECIMENTO

1.1. PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS



PROCESSO N° TST-RR-69500-48.2009.5.04.0020

Presentes os pressupostos extrínsecos de admissibilidade recursal, considerados a tempestividade, a representação regular e o preparo, passo ao exame dos pressupostos intrínsecos.

1.2. PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

1.2.1. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. MÊS DE JUNHO. AUSÊNCIA DO CARTÃO DE PONTO

O egrégio Tribunal Regional negou provimento ao recurso da reclamada, no tópico, nos seguintes termos:

“A reclamada requer a reforma da decisão que a condenou ao pagamento de horas extras no mês de junho de 2008. Sustenta não serem devidas diferenças neste mês, pois em relação a todo o período contratual restante, o juízo não constatou a prestação de horas extras impagas. Requer seja oportunizada a juntada do cartão-ponto faltante. Em não sendo possível, aduz que a presunção de veracidade da jornada alegada na inicial é indevida, devendo ser considerada apenas a média do período em que juntados os cartões. Prequestiona o disposto no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, em razão da pactuação de regime compensatório de horários.

Analiso.

A sentença **deferiu o pagamento de horas extras** à reclamante, apenas **em relação ao mês de junho de 2008**, tendo em vista **a ausência de juntada de cartão ponto do referido mês**, ônus que incumbia à ré.

Não há nada que impeça o julgador de condenar a reclamada ao pagamento de horas extras na forma realizada. Incumbia à ré a juntada de todos os cartões de ponto da reclamante, porém, não juntou no período de junho de 2008. Tanto poderia a reclamante ter realizado poucas horas extras como realizado várias horas extras no referido mês. Portanto, o juiz está autorizado a fixar jornada de acordo com os horários informados na inicial, não sendo obrigado a fixar como devidas pela média das horas prestadas nos meses em que juntados os registros.



PROCESSO Nº TST-RR-69500-48.2009.5.04.0020

Friso que a jornada arbitrada não é abusiva. Pelo contrário, é uma jornada razoável.

Por óbvio que a reclamada não poderá juntar o cartão ponto faltante por ocasião da liquidação de sentença, pois o momento para juntada era a instrução do feito. Tendo ocorrido arbitramento do horário praticado, não há mais possibilidade de prova neste sentido.

Por fim, **em relação ao regime compensatório, a sentença considerou-o válido, não havendo qualquer reparo a ser feito.**

Assim nego provimento.”(fls. 1373/1374 - sem grifos no original)

A reclamada interpõe recurso de revista, com pretensão de reforma dessa decisão.

Alega que a ausência do registro de ponto, apenas do mês de junho, não enseja a condenação com base na jornada indicada na inicial, por afronta ao Princípio da Razoabilidade, uma vez que os cartões apresentados demonstraram inexistir horas extraordinárias a pagar.

Sustenta, ainda, que a autora não demonstrou diferenças de horas extraordinárias a seu favor, ônus que lhe incumbia, nos termos dos artigos 818 da CLT e 333 do CPC.

Reiterou a pretensão de juntada dos registros de ponto do mês em questão, na fase de liquidação da sentença, a fim de que não haja enriquecimento ilícito.

Requer, caso mantido o entendimento do Tribunal Regional, que o tempo do labor extraordinário deve ser auferido com base na média da jornada registrada nos cartões apresentados nos autos e não na jornada indicada na inicial.

Por fim, alega violação do artigo 5º, II, da Constituição Federal, sob o argumento de que a compensação horária foi utilizada em todo o período contratual, conforme previsto não apenas no contrato individual a autora, mas nas convenções coletivas de trabalho aplicadas à reclamante.

Transcreve arestos para cotejo de teses.

Ao exame.



PROCESSO Nº TST-RR-69500-48.2009.5.04.0020

Inicialmente, diga-se que ficou expresso na decisão recorrida que a sentença considerou o regime compensatório, não havendo sucumbência quanto à validade do regime.

A impugnação da decisão com relação à pretensão de apresentação dos registros de ponto na fase de liquidação da sentença está desfundamentada, não atendendo ao disposto no artigo 896, **a e c**, da CLT.

Também impende ressaltar que não se cuida de debate sobre a correta distribuição do ônus da prova, não havendo falar em violação dos artigos 818 da CLT e 373, I, do NCPC (333, I, do CPC/73).

No mais, a jurisprudência desta Corte Superior consignada no item I da Súmula nº 338 preconiza que é ônus do empregador, que conta com mais de 10 empregados, manter o registro da jornada de trabalho dos seus funcionários e que a não apresentação injustificada dos mencionados controles gera presunção relativa de veracidade quanto ao horário de labor alegado na petição inicial.

O entendimento contido no verbete em questão é aplicável quando há juntada parcial aos autos dos controles de frequência, hipótese em que incide a presunção de veracidade da jornada apontada na inicial em relação ao período não coberto pelo registro de jornada apresentado.

Dessa forma, nas hipóteses em que são apresentados registros de ponto de apenas parte do período do contrato de trabalho do empregado, para fins de apuração da jornada extraordinária, não se pode acolher a pretensão de fixação da média da jornada de trabalho, com base nos cartões apresentados, para o período em que faltaram os cartões.

Nesse sentido corroboram os seguintes precedentes:

"RECURSO DE REVISTA . (...) 2. RECURSO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.467/2017. TRANSCENDÊNCIA. Considerando a possibilidade de a decisão recorrida contrariar a jurisprudência atual, iterativa e notória desta Corte Superior, verifica-se a transcendência política, nos termos do artigo 896-A, § 1º, II, da CLT. 1. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. ÔNUS DA PROVA. CARTÕES DE PONTO FALTANTES E ILEGÍVEIS. INVIABILIDADE. SÚMULA Nº 338, I.



PROCESSO Nº TST-RR-69500-48.2009.5.04.0020

PROVIMENTO. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que o contido na Súmula nº 338, I, também é aplicável quando há juntada parcial aos autos dos controles de frequência, hipótese em que se presume verdadeira a jornada apontada na inicial em relação ao período não coberto pelo registro de jornada apresentado, presunção essa que é relativa (iuris tantum), podendo ser elidida por prova em contrário. Dessa forma, nas hipóteses em que são apresentados registros de ponto de apenas parte do período do contrato de trabalho do empregado, para fins de apuração da jornada extraordinária, não se pode acolher a pretensão de fixação da média da jornada de trabalho, com base nos cartões apresentados, para o período em que faltaram os cartões. Precedentes. Ademais, prevalece o mesmo entendimento para o caso de apresentação de registros de ponto ilegíveis. Precedentes. Na hipótese, o Tribunal Regional considerou válidos os cartões de ponto ilegíveis e concluiu que para o período em que não foram juntados os controles de ponto, deveria prevalecer a média das jornadas dos meses anteriores. Assim, a decisão recorrida encontra-se em dissonância com o disposto na Súmula nº 338, I. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento" (RR-1000373-26.2015.5.02.0319, 4ª Turma, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 04/09/2020);

"(...) II - RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014 E DA IN Nº 40. ANTERIOR À LEI Nº 13.467/2017. HORAS EXTRAS. FALTA DE JUNTADA DOS CONTROLES DE PONTO DE TODO O PERÍODO. O artigo 74, § 2º, da CLT é norma de ordem pública, cogente, que obriga a empresa a controlar a jornada, não sendo admissível que em determinados dias ou períodos isso não venha a ocorrer: "Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso". Nesse contexto, a Súmula nº 338, I, do TST consagra o entendimento de que é ônus processual da empresa juntar todos os controles de ponto do período discutido em juízo: "É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação



PROCESSO Nº TST-RR-69500-48.2009.5.04.0020

injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário". A legislação e a jurisprudência não são de excessivo rigor, pois não se pode admitir que a falta esporádica de controle seja utilizada justamente para não pagar as eventuais horas extras em dias ou períodos pontuais nos quais haja sobrejornada sem registro. O controle de jornada tem fundamento em imperativos de segurança e saúde, não podendo haver a prestação de serviços sem o respectivo registro e a respectiva remuneração. Se o caso é de não juntada de alguns controles de ponto, a consequência é que, relativamente a esses dias ou períodos sem registro, permanece o ônus da prova em desfavor da empresa. **Na falta esporádica de controle da jornada, a consequência não é afastar o direito ao pagamento de horas extras nem mandar apurar a jornada pela média dos cartões de ponto juntados, mas, sim, presumir verdadeira a jornada alegada na petição inicial** quanto aos dias ou períodos em que não houve a juntada de cartões de ponto. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (ARR - 1434-50.2013.5.09.0662 , Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 10/10/2018, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/10/2018)"; grifei

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RECURSO REGIDO PELO CPC/2015 E PELA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40/2016 DO TST. (...) **HORAS EXTRAS. JUNTADA PARCIAL DOS CARTÕES DE PONTO. REGISTRO BRITÂNICO DA JORNADA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DA JORNADA ALEGADA NA PETIÇÃO INICIAL.** SÚMULA Nº 338, ITENS I E III, DO TST. Os registros de horário têm validade formal e presunção de veracidade, nos termos do art. 74, § 2º, da CLT. No caso, a Corte a quo consignou que, "quanto às folhas de ponto apresentadas, impugnadas pelo demandante sob a alegação de que não correspondem à jornada efetivamente laborada, a grande maioria dos controles apresentados revelam marcação inflexível de horário, o que fere o princípio da razoabilidade, não podendo serem considerados válidos". Assim, diante da conclusão regional de que os cartões de ponto apresentados em Juízo demonstram registros invariáveis de horários, presumem-se verdadeiras as alegações iniciais, nos termos do item



PROCESSO Nº TST-RR-69500-48.2009.5.04.0020

III da Súmula nº 338 desta Corte, segundo a qual "os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova". **Ademais, extrai-se da decisão recorrida que a Corte de origem concluiu que, quanto ao período em que não foram apresentados cartões de ponto, as horas extras devem ser pagas com base na jornada declinada na petição inicial. Esta Corte superior firmou o entendimento de que, caso o empregador não cumpra a obrigação prevista no artigo 74, § 2º, da CLT, mesmo que em parte do tempo, em períodos sucessivos ou intercalados, presume-se como verdadeira a jornada de trabalho indicada na inicial.** Nesse sentido é a Súmula nº 338, item I, do TST, que assim dispõe: "JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA. I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º da CLT. A não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário". A razão desse entendimento, que decorre diretamente do verbete sumular, é não incentivar o empregador mal intencionado a somente trazer a Juízo os cartões de ponto das semanas em que o trabalhador não tenha prestado número significativo de horas extraordinárias e deixar de apresentar esses controles de horário justamente dos períodos em que tenha sido registrado maior montante de serviço extraordinário, assim rebaixando indevida e artificialmente a sua média global. Por esses motivos, incidem, no caso, os entendimentos da Súmula nº 333 do TST e do artigo 896, § 7º, da CLT, tendo em vista que a decisão recorrida se encontra em harmonia com a Súmula nº 338, itens I e III, do TST. Agravo de instrumento desprovido. (...) . (AIRR - 207-55.2014.5.06.0021 , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 29/08/2018, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/09/2018)"

"RECURSO DE REVISTA - PROCESSO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014 - **CARTÕES DE PONTO - JUNTADA PARCIAL** - INDEFERIMENTO DAS HORAS EXTRAORDINÁRIAS - ÔNUS DA PROVA - SÚMULA Nº 338, I, DO TST. Tendo o Tribunal Regional registrado a juntada parcial dos registros de ponto pela reclamada e



PROCESSO Nº TST-RR-69500-48.2009.5.04.0020

deferido o pagamento das horas extras utilizando-se a média apurada na totalidade dos controles apresentados, contrariou o disposto na Súmula nº 338, I, do TST, uma vez que a presunção relativa de veracidade da jornada apontada na inicial não foi efetivamente elidida por prova em contrário. **O entendimento desta Corte é no sentido de ser indevida a apuração das horas extras pela média dos cartões apresentados, devendo prevalecer, quanto ao período em que não produzida a prova, a jornada indicada na inicial. Precedentes.** Recurso de revista conhecido e provido. INTERVALO DO DIGITADOR - SÚMULA Nº 126 DO TST. A Corte regional rejeita as premissas fáticas de que a reclamante tenha desempenhado atividades contínuas e exclusivas de digitação em algum momento do seu contrato de trabalho, circunstância fática que não pode ser revista nesta fase recursal extraordinária, ante o óbice da Súmula nº 126 do TST. Recurso de revista não conhecido. (RR - 14-44.2012.5.09.0662 , Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 29/08/2018, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/08/2018)"

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. HORAS EXTRAS. CRITÉRIO DE APURAÇÃO. O Regional concluiu que, em relação aos períodos nos quais não foram apresentados os cartões de ponto, deve prevalecer a jornada indicada na inicial. **Esta Corte já se posicionou no sentido da impossibilidade de fixação das horas extras, quanto ao período para o qual não foram juntados os controles de frequência, a partir da apuração da média de horas extras extraída dos registros juntados parcialmente aos autos, face o entendimento consubstanciado na Súmula nº 338, I, do TST.** Precedentes. Incidência da Súmula nº 333 do TST e do art. 896, § 7º, da CLT. Agravo de instrumento não provido. (AIRR - 11108-56.2014.5.01.0204 , Relator Ministro: Breno Medeiros, Data de Julgamento: 18/04/2018, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/04/2018)"

"(...) II - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO AUTOR. HORAS EXTRAS. JORNADA DE TRABALHO. APRESENTAÇÃO PARCIAL DOS CARTÕES DE PONTO. SÚMULA Nº



PROCESSO Nº TST-RR-69500-48.2009.5.04.0020

338, I, DO TST. Mostra-se prudente o provimento do agravo de instrumento para melhor análise do recurso de revista, com fim de prevenir eventual contrariedade à Súmula nº 338, I, do Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de instrumento conhecido e provido para determinar o processamento do recurso de revista. III - RECURSO DE REVISTA DO AUTOR. (...) HORAS EXTRAS. JORNADA DE TRABALHO. APRESENTAÇÃO PARCIAL DOS CARTÕES DE PONTO. ÔNUS DA PROVA. SÚMULA Nº 338, I, DO TST. O egrégio Tribunal Regional, soberano no exame do conjunto fático-probatório, **destacou que o réu não juntou aos autos cartões de ponto de um período de vigência do contrato do autor. Todavia, manteve a sentença que determinara "a apuração da maior média mensal de horas extras para os períodos em que ausentes os controles de ponto" (pág. 957).** É obrigação legal do empregador que conte com mais de dez empregados no estabelecimento, nos termos do artigo 74, § 2º, da CLT, o registro da jornada de trabalho dos empregados. **Em decorrência disso, a falta de juntada de controle de ponto implica presunção de veracidade da jornada declinada na petição inicial, nos termos da Súmula nº 338, I, do TST. Precedentes.** Reitere-se que, na hipótese em exame, era do empregador o ônus de provar que não houve labor extraordinário no período em que deixou de juntar cartões de ponto. Como não há notícia de tal prova, o autor não deve ser prejudicado, prevalecendo a jornada declinada na petição inicial. **Verifica-se que a decisão regional está em dissonância com a jurisprudência desta Corte Superior, consubstanciada no item I da Súmula nº 338/TST,** razão pela qual merece reforma para adequar-se à jurisprudência ora prevalecente. Recurso de revista conhecido por contrariedade à Súmula nº 338, I, do TST e provido. CONCLUSÃO: Agravo de instrumento do Banco Santander (Brasil) S.A. conhecido e desprovido; Agravo de instrumento do autor conhecido e provido e Recurso de revista do autor parcialmente conhecido e provido. (ARR - 245500-04.2008.5.02.0048 , Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 11/04/2018, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/04/2018)"

"(...) **HORAS EXTRAS. APURAÇÃO. PERÍODO SEM APRESENTAÇÃO DOS CARTÕES DE PONTO. INEXISTÊNCIA DE PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO AO ALEGADO NA PETIÇÃO**



PROCESSO Nº TST-RR-69500-48.2009.5.04.0020

INICIAL. **PRESUNÇÃO DE VERACIDADE.** 1. Hipótese em que, a despeito da sonegação parcial dos cartões de ponto, o TRT manteve a determinação de que as horas extras sejam apuradas com base na média das horas extras prestadas no período em que trazidos aos autos os referidos controles. 2. Acórdão em desacordo com o entendimento cristalizado no item I da Súmula 338 do TST ("É ônus do empregado que consta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. **A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário.**"), aplicável, igualmente, às **hipóteses de apresentação parcial dos cartões de ponto.** Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido, no tema. (...). (TST-RR-36600-80.2008.5.09.0093, Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma, DEJT 11/03/2016)"

No caso, o Tribunal Regional decidiu que para o período em que não foram juntados os controles de ponto, deve prevalecer a jornada indicada na petição inicial, entendimento que está em consonância com a jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior.

Fica, portanto, afastada a possibilidade de conhecimento do recurso, incidindo o óbice da Súmula nº 333 do TST e do art. 896, § 7º, da CLT.

Não conheço do recurso de revista.

1.2.2. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. TROCA DE UNIFORME. TEMPO À DISPOSIÇÃO

Sobre o tema em epígrafe, ficou decidido:

“A reclamada requer a reforma da sentença que a condenou ao pagamento de horas extras pela troca de uniforme. Sustenta inexistir prova de que a reclamante dispendesse 30 minutos para troca de uniforme, ônus que incumbia à autora. Sustenta que não há prova de que tivesse proibido que seus empregados já viessem uniformizados e maquiados de casa, ou que retornassem para casa vestindo o uniforme. Refere que a sentença se baseou



PROCESSO N° TST-RR-69500-48.2009.5.04.0020

em mera presunção, equivocada ao seu ver. Assevera que o período de troca de uniforme não se trata de tempo à disposição do empregador. Por fim, entende que o tempo arbitrado é excessivo.

Analiso.

A sentença condenou a reclamada ao pagamento de horas extras em razão da troca de uniforme, arbitrando em 30 minutos diários, tendo como base a prova oral colhida.

A preposta da reclamada confessou (fl. 616) "que a troca de uniforme e a maquiagem são feitas antes da batida do ponto; que no final da jornada, o registro do ponto é feito antes da troca de uniforme; que a troca de uniforme e maquiagem demoram de 10 a 15min;".

A testemunha da autora, e única dos autos, Silvio Lima, afirmou (fl. 616/verso) "que a troca de uniformes era feita no quarto andar, e a entrada no segundo andar, o que demandava cerca de 30min; que acredita que sempre demandou o mesmo tempo, mas que na saída, poderia ser um pouco menos de tempo; que as mulheres, além da troca de uniforme, também se maquiavam".

A prova oral demonstra claramente que a autora despendia certo tempo com troca de uniforme, sem que tal período fosse considerado nos registros de ponto. Friso que o tempo despendido para troca de uniforme é tempo à disposição do empregador, pois o empregado só coloca o uniforme para trabalhar, sendo uma exigência da empresa.

Ainda que existisse a faculdade do empregado chegar ao trabalho já uniformizado, e sair do trabalho igualmente uniformizado, não descaracteriza a pretensão, pois o uniforme existe para ser utilizado no trabalho, e não fora dele.

Em relação ao tempo arbitrado, este não merece reparos, pois está de acordo com a prova colhida aos autos e com o princípio da razoabilidade.

Nego provimento."(fls. 1374/1375 - sem grifos no original)

A reclamada insurge-se contra essa decisão, requerendo sua reforma, sob o argumento de que o tempo despendido para troca de uniforme não é considerado tempo à disposição, nos termos do



PROCESSO N° TST-RR-69500-48.2009.5.04.0020

artigo 4° da CLT, uma vez que não está executando nem esperando ordens da reclamada.

Transcreve aresto para demonstrar divergência de teses.

O recurso não alcança conhecimento.

Esta Corte Superior firmou posicionamento no sentido de considerar como período à disposição do empregador os minutos residuais gastos pelo empregado, antes e/ou após a jornada de trabalho diária, com as chamadas atividades preparatórias (troca de uniforme, lanche e deslocamento até o posto de trabalho), dentro das dependências da Empresa, razão pela qual deve o tempo assim despendido ser pago como horas extraordinárias, nos termos do artigo 58, § 1°, da CLT. Inteligência da Súmula n° 366, de seguinte teor:

"S 366. CARTÃO DE PONTO. REGISTRO. HORAS EXTRAS. MINUTOS QUE ANTECEDEM E SUCEDEM A JORNADA DE TRABALHO (nova redação) - Res. 197/2015 - DEJT divulgado em 14, 15 e 18.05.2015

Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário do registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários. Se ultrapassado esse limite, será considerada como extra a totalidade do tempo que exceder a jornada normal, pois configurado tempo à disposição do empregador, não importando as atividades desenvolvidas pelo empregado ao longo do tempo residual (troca de uniforme, lanche, higiene pessoal, etc)."

Logo, aludidos minutos residuais compreendem tempo à disposição do empregador.

No caso, o Tribunal Regional manteve a sentença quanto ao deferimento de horas extraordinárias decorrentes do tempo despendido pela troca de uniforme, os quais superam o limite previsto na jurisprudência consolidada.

Em vista de decisão em consonância com o entendimento preconizado com a Súmula n° 366, o conhecimento do recurso de revista encontra óbice no disposto na Súmula n° 333 e no artigo 896, § 7°, da CLT.



PROCESSO N° TST-RR-69500-48.2009.5.04.0020

Não conheço do apelo.

1.2.3. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. PROJEÇÃO. RETIFICAÇÃO

DA CTPS

O egrégio Tribunal Regional decidiu:

“A sentença entendeu que o aviso-prévio indenizado possui natureza salarial e, desta forma, integra o tempo de serviço. Determinou a condenação de diferenças de férias com 1/3 e décimo terceiro salário no importe de 1/12, em razão da inclusão do aviso-prévio, pois a reclamada pagou apenas sobre 30 dias, não observando a previsão normativa do aviso-prévio de 60 dias.

Ao exame.

Conforme bem referido na sentença, o aviso-prévio devido à autora era de 60 dias, conforme previsão normativa em que se enquadra a autora (fl. 41, cl. 36). Verifico dos TRCTs das fls. 115 e 117, que a reclamada efetuou pagamento de dois avisos-prévios de 30 dias, o que corresponde aos 60 dias devidos. Porém, em relação ao aviso-prévio da fl. 117, não houve incidência em décimos terceiros salários e férias. Assim, correta a sentença que determinou o pagamento de diferenças.

Quanto à retificação da CTPS, destaco **que o término do contrato corresponde ao término do prazo do aviso prévio, mesmo que indenizado, pois é direito do trabalhador o cômputo deste período como tempo de serviço.** Aplica-se a Orientação Jurisprudencial nº 82 da SDI -1 do Tribunal Superior do Trabalho, bem como do § 1º do artigo 487 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Por fim, diversamente do alegado pela reclamada, o aviso-prévio indenizado possui natureza salarial, conforme entendimento da Súmula 49 deste Tribunal.

Assim, nego provimento ao recurso.” (fls. 1377/1378 - sem grifos no original)

A reclamada, em suas razões recursais, alega que o período anotado na CTPS deve respeitar o tempo efetivo de trabalho, sendo a projeção do aviso prévio indenizado ficta, apenas para efeitos de



PROCESSO N° TST-RR-69500-48.2009.5.04.0020

direitos trabalhistas pecuniários, não se aproveitando o período em questão para aposentadoria, conforme artigo 219, § 9º, V, **f**, do Decreto n° 3.048/99, que regulamenta as Leis n°s 8.212 e 8.213/91.

Alega contrariedade à Súmula n° 371.

Ao exame.

Consoante o entendimento jurisprudencial desta Corte, a data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado.

A v. decisão recorrida, portanto, adotou posicionamento em conformidade à diretriz da Orientação Jurisprudencial n. 82 da SBDI-1, de seguinte teor:

"OJ 82. AVISO PRÉVIO. BAIXA NA CTPS (inserida em 28.04.1997)

A data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado."

Em vista de decisão do Tribunal Regional em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, o conhecimento do recurso de revista encontra óbice contido na Súmula n° 333 e no artigo 896, § 7º, da CLT.

Não conheço do recurso de revista.

1.2.4. FÉRIAS E DÉCIMO TERCEIRO. DIFERENÇAS

Em relação ao tema em epígrafe, ficou decidido:

“A reclamada requer a reforma da decisão que a condenou ao pagamento de diferenças de férias e décimos terceiros salários, argumentando que efetuou corretamente o pagamento das parcelas em questão, nada sendo devido à reclamante.

Analiso.

A perícia contábil apontou diferenças em favor da autora, num primeiro momento (fls. 538-540), tendo retificado o cálculo (fls. 598-599), e, ainda assim, remanesceram as diferenças, conforme demonstrativo das fls.



PROCESSO Nº TST-RR-69500-48.2009.5.04.0020

564 e 570. **A reclamada sequer apresentou impugnação específica a respeito** (fl. 590).

Friso que a apuração das férias, em caso de empregado que recebe comissões, deve ser realizada de acordo com a média dos últimos doze meses que precederem à concessão das férias, conforme § 3º do art. 142 da CLT. No entanto, somente o período em que o empregado estiver efetivamente trabalhando e recebendo salário é que deve ser observado. Eventual período de férias gozado dentro dos 12 meses não pode ser utilizado no cálculo, pois é óbvio que não recebeu comissões neste período.

Assim, nego provimento.” (fls. 1376/1377 – sem grifos no original)

A reclamada insurge-se contra essa decisão, alegando que cabia à autora demonstrar diferenças que entendia devidas, ônus do qual não se desincumbiu, uma vez que apresentou pedido genérico, sem apontar qualquer diferença.

Alega violação dos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC.

Ao exame.

O egrégio Tribunal Regional, mediante análise de perícia contábil, consignou a existência de diferenças férias e décimo terceiro salário, sem que houvesse impugnação específica da reclamada.

Como se verifica, não se cuida de debate sobre a correta distribuição do ônus da prova, mas do mero reexame da prova efetivamente produzida, a qual foi livremente apreciada pelo juiz, na forma do artigo 371 do NCPC, estando a egrégia Corte a quo respaldada pelo princípio da livre convicção racional na ponderação da prova documental, não havendo falar em violação dos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC/73 (333, I, do NCPC).

Pelo exposto, **não conheço.**

1.2.5. FGTS. DIFERENÇAS. ÔNUS DA PROVA

O egrégio Tribunal Regional, quanto ao tema em epígrafe, proferiu a seguinte decisão:



PROCESSO N° TST-RR-69500-48.2009.5.04.0020

“Diversamente do alegado pela reclamada, **o ônus da prova do correto recolhimento do FGTS do contrato é do empregador**, em razão do princípio da melhor aptidão para a prova. Assim, está correta a sentença ao distribuir o ônus da prova quanto ao FGTS.

Assim, inexistindo depósitos de FGTS, a sentença deve ser mantida.

Friso que a sentença determinou o depósito de diferenças de FGTS, e não de todo o FGTS do contrato, de modo que não procede o requerimento de expedição de ofício à CEF.

Por fim, em razão da manutenção da condenação de parcelas remuneratórias, mantém-se também o deferimento do FGTS sobre estas parcelas.

Provimento negado.”(fls. 1378/1379 - sem grifos no original)

A reclamada, em suas razões recursais, requer a reforma dessa decisão.

Sustenta que a reclamante não comprovou a ausência de depósito do FGTS, ônus que lhe cabia.

Alega violação dos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC. Transcreve arestos para cotejo de teses.

Sem razão.

Cinge-se a controvérsia em saber sobre quem recai a obrigação de comprovar correto depósito do FGTS, ao empregado ou ao empregador.

Com o cancelamento da Orientação Jurisprudencial n° 301 da SBDI-1, o entendimento desta colenda Corte Superior firmou-se no sentido de que cabe ao empregador o ônus da prova quanto aos depósitos do FGTS, mormente em razão de ele ter documentos para tanto, diferentemente do empregado. Inteligência da Súmula n° 461, de seguinte teor:

"FGTS. DIFERENÇAS. RECOLHIMENTO. ÔNUS DA PROVA - Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016



PROCESSO Nº TST-RR-69500-48.2009.5.04.0020

É do empregador o ônus da prova em relação à regularidade dos depósitos do FGTS, pois o pagamento é fato extintivo do direito do autor (art. 373, II, do CPC de 2015)."

Desse modo, o egrégio Colegiado Regional, ao atribuir o ônus da prova à reclamada, decidiu em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, o que atrai a incidência do óbice da Súmula nº 333 e do artigo 896, § 7º, da CLT.

Não conheço do apelo.

II - RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE

1. CONHECIMENTO

1.1. PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Presentes os pressupostos extrínsecos de admissibilidade recursal, considerados a tempestividade, a representação regular e o preparo, passo ao exame dos pressupostos intrínsecos.

1.2. PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

1.2.1. COMISSÕES. CONTRATO DE TRABALHADORES TEMPORÁRIOS. ALTERAÇÃO NA FORMA DE PAGAMENTO. PREVISÃO EM ADITIVOS CONTRATUAIS.

O egrégio Tribunal Regional deu provimento ao recurso ordinário da reclamada para excluir da condenação o pagamento de diferenças de comissões, nos seguintes termos:

“Trabalhadores temporários

Com relação à contratação de temporários, a reclamada sustenta que as variações na forma de pagamento são decorrentes da própria natureza das comissões. Refere que as comissões sofrem significativo aumento na época de contratação de trabalhadores temporários, inexistindo prejuízos, os quais,



PROCESSO Nº TST-RR-69500-48.2009.5.04.0020

aliás, sequer foram provados pela autora. Ao contrário, aduz que o procedimento adotado era mais benéfico à reclamante. De acordo com a sistemática adotada, refere que os valores gastos na contratação de trabalhadores temporários são subtraídos do montante de vendas do estabelecimento e, em contrapartida, os vendedores temporários não integram a base de cálculo para fins de parcelamento de comissões, sendo estas somente divididas entre os empregados que integram o quadro fixo da empresa, o que faz com que o montante de comissões a ser dividido seja calculado com base em uma "fatia" maior para cada vendedor empregado, sendo, portanto, um sistema mais benéfico, pois o número de vendas é maior no período de contratação de temporários.

Analiso.

É incontroverso que a reclamada contratava trabalhadores temporários em determinadas épocas do ano, principalmente ao final, para suprir a demanda. **Tal fato era do conhecimento da reclamante que assinava aditivos contratuais, onde se encontravam previstas as formas para o cálculo das comissões,** referente a tal período (fls. 106-109).

Conforme resposta do perito ao quesito nº 04, à fl. 597, **os valores das comissões pagas à reclamante nos períodos em que contratados os temporários foram superiores aos demais meses.**

Desta forma, **o contrato de empregados temporários beneficiou a reclamante,** na medida em que **o aumento das vendas acarretou significativa majoração dos valores a serem rateados a título de comissões.**

Dou provimento ao recurso, no particular, para excluir da condenação as diferenças de comissões advindas do desconto da base de cálculo dos salários dos funcionários temporários, nos períodos de contratação destes, com reflexos.

”(fls. 1366/1368 - sem grifos no original)

A reclamante interpõe recurso de revista, com pretensão de reforma dessa decisão.

Alega que, ao contrário do decidido, o procedimento adotado pela reclamada, de subtrair os valores gastos com os empregados temporários do montante de venda, incorre em redução da base de cálculo



PROCESSO N° TST-RR-69500-48.2009.5.04.0020

das comissões devidas aos empregados do quadro permanente, que passam a suportar os riscos da atividade econômica, que deve ser do empregador, nos termos do artigo 2º da CLT.

Transcreve arestos para cotejo de teses.

Ao exame.

Trata-se de debate acerca da licitude ou não da alteração na forma de pagamento das comissões aos empregados efetivos, previstos em aditivos contratuais, no período em que houve contratação de trabalhadores temporários.

No caso, o egrégio Tribunal Regional, por meio de análise de prova pericial, consignou a inexistência de prejuízo à autora, uma vez que o Perito deixou evidente que os valores das comissões pagas à reclamante, nos períodos em que houve contrato de temporários, foram superiores aos demais meses.

No acórdão também ficou expresso que a autora tinha conhecimento sobre a forma de cálculo das comissões, em tais períodos, pois estava prevista em aditivos contratuais por ela assinados.

Concluiu a egrégia Corte *a quo* que a contratação de empregados temporários trouxe benefícios à reclamante, sob o fundamento de que o aumento das vendas acarretou significativa majoração dos valores a serem rateados a título de comissão.

Diante do quadro fático, delineado nos autos, insuscetível de reexame nesta fase recursal, não há como acolher a tese de que houve transferência de risco para o empregado, restando ileso o artigo 2º da CLT.

Os arestos apresentados a cotejo, a fls. 1406/1407, também não ensejam o conhecimento do recurso, por serem inespecíficos, uma vez que não decidem a questão a partir da mesma situação fática delineada nos autos, qual seja, inexistência de prejuízo e conhecimento do empregado acerca da alteração na forma de cálculo das comissões, em períodos de contratação de trabalhadores temporários. Incide o óbice da Súmula n° 296, I.

Pelo exposto, **não conheço.**

1.2.2. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE



PROCESSO Nº TST-RR-69500-48.2009.5.04.0020

O egrégio Tribunal Regional deu provimento ao recurso ordinário da reclamada para excluir da condenação o pagamento de adicional de insalubridade. Assim decidiu:

“A sentença condenou a reclamada ao pagamento de adicional de insalubridade em grau médio, com base na conclusão pericial (fls. 230-240) e na prova oral colhida.

De acordo com o laudo pericial, baseado nas informações prestadas pelas partes, **a reclamante executava limpeza dos equipamentos e produtos em exposição, utilizando Veja Multiuso (como detergente) e Limpa Vidro, sendo que tais atividades aconteciam de duas a três vezes por semana, durante mais de uma hora.**

A única testemunha ouvida nos autos, Silvio Lima, afirmou (fl. 616/verso): "que a limpeza consistia em tirar pó, sendo que no estoque, tinham que limpar o chão e organizar caixas; que havia empresa para a limpeza da loja, mas também era necessário que os vendedores fizessem tais tarefas; que isso era exigido pelas chefias; que limpavam os balcões de fórmica com pasta e produto tipo poliflor; que os vidros eram limpos com uma mistura de álcool com algum outro produto; que essa limpeza era diária, mas a limpeza do chão era esporádica; que a reclamante fazia essa limpeza pela manhã e o depoente na parte da noite, ao final do turno".

Considerando que **a atividade principal da reclamante era ligada às vendas, é claro que a atividade de limpeza era eventual e não significativa, a ponto de gerar insalubridade. De acordo com a perícia, a limpeza acontecia de duas a três vezes por semana.** Ainda, de acordo com a testemunha, **a reclamante fazia limpeza apenas pela manhã, bem como existia empresa contratada pela reclamada que realizava a limpeza da loja.**

Por derradeiro, entende-se que a **eventual composição de “álcalis cáusticos” em produtos de limpeza de uso doméstico, como água sanitária, sabão em pó e detergente, não se faz presente em concentrações suficientes para causar danos à saúde, nem se enquadra na previsão legal de fato gerador do direito postulado,** tratando-se de produtos comumente utilizado pelas donas de casa.



PROCESSO Nº TST-RR-69500-48.2009.5.04.0020

Assim, dou provimento ao recurso da reclamada, para excluir da condenação o pagamento de adicional de insalubridade, revertendo à reclamante a responsabilidade pelo pagamento dos honorários do perito técnico, do que fica dispensada, por ser beneficiária da justiça gratuita.”(fls. 1371/1373 - sem grifos no original)

A reclamante insurge-se contra essa decisão.

Em suas razões recursais, alega que o laudo pericial é conclusivo e a análise qualitativa, requerendo a reforma da decisão, a fim de que seja deferido o pagamento do adicional de insalubridade.

Sem razão.

O recurso encontra-se desfundamentado, visto que não foram indicadas violações a dispositivos de lei e/ou da Constituição Federal, contrariedade à súmula de jurisprudência deste Tribunal, nem a parte reiterou no presente agravo o aresto tido por divergente, o que desatende às hipóteses de admissibilidade do recurso de revista, insertas no artigo 896 da CLT, **a** e **c**, da CLT.

Pelo exposto **não conheço** do apelo.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: I - não conhecer do recurso de revista da reclamada; II - não conhecer do recurso de revista da reclamante.

Brasília, 7 de abril de 2021.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

CAPUTO BASTOS
Ministro Relator