



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

Recurso Ordinário Trabalhista 0000481-23.2021.5.05.0014

Relator: TANIA MAGNANI DE ABREU BRAGA

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 29/11/2023

Valor da causa: R\$ 220.747,70

Partes:

RECORRENTE: ----

ADVOGADO: JANIO DE ALMEIDA SILVEIRA

ADVOGADO: MATHEUS FREITAS SILVEIRA

ADVOGADO: MARCIO SUDSILOWSKY FERREIRA

RECORRENTE: ----

ADVOGADO: ANDRE LUIS TORRES PESSOA

ADVOGADO: GUSTAVO OLIVEIRA GALVAO

RECORRIDO: ----

ADVOGADO: JANIO DE ALMEIDA SILVEIRA

ADVOGADO: MATHEUS FREITAS SILVEIRA

ADVOGADO: MARCIO SUDSILOWSKY FERREIRA

RECORRIDO: ----

ADVOGADO: ANDRE LUIS TORRES PESSOA

ADVOGADO: GUSTAVO OLIVEIRA GALVAO

CUSTOS LEGIS: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO



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

PROCESSO nº 0000481-23.2021.5.05.0014 (ROT)

RECORRENTES: ----

RECORRIDOS: ----

RELATOR(A): TANIA MAGNANI DE ABREU BRAGA

7

JUSTA CAUSA. CONFIGURAÇÃO. MAU PROCEDIMENTO.

Quando o empregador logra comprovar a prática de falta grave pelo empregado, justifica-se a dispensa desse por justa causa. Apelo obreiro a que se nega provimento.

----, reclamada, interpôs RECU RSO ORDINÁRIO em face da sentença proferida nos autos do processo em que litiga contra ----, conforme promoção de id. 479927f.

A parte reclamante apresentou contrarrazões, nos termos da petição de id ID. 67a1904.

Por seu turno, o demandante também se insurgiu contra a sentença, apresentando o RECURSO ORDINÁRIO ADESIVO de id 49a2f67, sobre o qual a parte adversária manifestou-se por meio das contrarrazões de ID. 499Fa71.

A d. Procuradoria do Trabalho emitiu o parecer de id. [24a7a8a](#).

É o Relatório.



I. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Conheço dos apelos manejados, visto que foram atendidos todos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade, pelo que passo a apreciar as questões de mérito neles consubstanciadas.

II. RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA

II.1. DAS HORAS EXTRAS (A PARTIR DE 01.06.2017): DO ALEGADO EXERCÍCIO DE CARGO DE CONFIANÇA/GESTÃO. CONFISSÃO. DA ALEGADA INEXISTÊNCIA DE HORAS EXTRAS. DO ÔNUS DA PROVA. DA JORNADA SUPOSTAMENTE INVEROSSÍMIL. DA APLICAÇÃO IMPLÍCITA DA SÚMULA 338 DO TST. DA DECISÃO SURPRESA. DO LABOR AOS DOMINGOS E FERIADOS. DA INDENIZAÇÃO NORMATIVA. TICKET REFEIÇÃO.

Investe a Reclamada contra a sentença que deferiu o pedido envolvendo horas extras, por entender que, a despeito das alegações da defendente, o Obreiro não exercia cargo de confiança na empresa reclamada.

Sustenta, em suma, que "(...) foram demonstrados todos os atributos necessários para a se reconhecer o cargo de gestão exercido pelo Recorrido junto a Recorrente, cabendo, assim, a aplicação da exceção prevista no inciso II do art. 62 da CLT, impossibilitando, desta forma, o pagamento das horas extras deferidas, pelo que deve ser reformada a sentença."

Segue afirmando que "restou devidamente comprovado pelos documentos e depoimentos colhidos em audiência, sobretudo do próprio depoimento autoral, que enquanto gerente de setor, o reclamante era responsável por diversos subordinados, os quais estavam sob seu comando - a exemplo de encarregados de setor -, verdadeiros executores de suas ordens, não sendo sequer necessário que laborasse por tantas horas ao dia."



Afirma que *"o reclamante, nesta qualidade, utilizava-se de amplos poderes de mando e gestão, atuando em representação da reclamada, coordenando toda uma equipe de subordinados"*, salientando que *"o próprio autor informou em audiência que "era responsável pela gerência de cerca de 16 empregados, dando ordens a eles" e que "se tivesse algum compromisso particular poderia chegar mais tarde mas teria de avisar ao gerente geral da loja"*, o que demonstraria a autonomia deste.

Aliado a isto, defende que *"o fato é que o recorrido recebia salário acima dos seus subordinados, tanto que não fez nenhuma alegação em sentido contrário"*.

Sucessivamente, obtempera que *"ainda que a recorrente não tenha feito prova satisfatória da condição de empregado que exerce cargo de confiança, o deferimento dos pedidos está, de certo, condicionada à prova robusta de labor acima dos limites legais, o que não ocorreu nos autos"*.

Assim, reputando inverossímil a jornada inicialmente declinada, assevera que *"não houve prova, seja documental, seja testemunhal, de que o recorrido tenha laborado nos horários apontados na inicial, restando evidenciado que o recorrido não se desfez do encargo que lhe cabia"*, destacando, ainda, que tal jornada fora *"veementemente impugnada pela recorrente em sede de contestação, de forma que subsistiria ao recorrido o ônus de provar a prestação de labor extraordinário, a teor do art. 818, da CLT"*.

Nesta senda, argumenta que *"o Recorrido na peça de início não requereu a pena de confissão pela não apresentação dos espelhos de ponto, bem como a aplicação da súmula 338 do TST no que tange a inversão do ônus da prova"*, entendendo, por isto, inaplicável ao caso concreto o aludido verbete sumular, inclusive com fulcro na Instrução Normativa 39/2016, por entender se tratar de decisão surpresa, no particular.

Pugna, ainda, pelo afastamento do pagamento das dobras por suposto trabalho nos dias de domingos e feriados, alegando que *"restou confirmado pelo depoimento da testemunha ---- que o recorrido gozava de um descanso semanal"* apontando confissão do demandante quando asseverou que *"não trabalhou nos dias de natal, ano novo e dia do trabalhador"*.

Prossegue aduzindo que em todas as oportunidades que o Reclamante foi escalado para trabalhar em domingos e feriados, a Ré disponibilizou ao obreiro o valor da refeição ou



alimentação, creditando o valor através do sistema de refeição convênio, de modo que não há que se falar em condenação da Ré ao pagamento dos respectivos tickets, impugnando, cautelarmente, o valor destes, e caso de manutenção da condenação.

O reclamante, por sua vez, busca justamente a reforma da sentença que reconheceu a incidência da hipótese excepcional do art. 62, II, da CLT e indeferiu o pleito de horas extras, dobra de domingos e feriados, RSR, integrações e reflexos no período posterior a 30/11/2011.

Sustenta, em suma, que o d. Juízo de origem não analisou corretamente as provas dos autos, ao alegar que *"não esteve interessada em analisar documentos, tampouco se utilizou dos critérios fixados em lei para dirimir as controvérsias estabelecidas, não se utilizando do princípio fundamental do ônus da prova, mas apenas se reportando, de forma curta e estreita, a condição funcional da reclamante - gerente da loja - e a existência de '25 subordinados' (sic), o que, no entender do julgador de piso, seria suficiente para determinar ao reclamante um 'alto poder de mando e gestão', o colocando, supostamente, como a 'maior autoridade da loja', nada disso declarado pela própria reclamada através da sua preposta"*.

Aduz, ainda, que *"cabia à reclamada o encargo probatório quanto ao enquadramento do reclamante na excepcionalidade contida no art. 62, II, da CLT, por se tratar de fato impeditivo ao direito postulado pelo obreiro"* e que a existência de promoções funcionais no curso do contrato de trabalho sem possibilidade de rebaixamento ou retrocessão torna-se incompatível com o cargo (ou função) de confiança.

Examino.

A petição atrial noticia que o reclamante foi admitido em 06.04.2005, na função de repositor, angariando algumas promoções funcionais, até chegar ao cargo de gerente de loja, época em esteve subordinado aos Gerentes Regionais, Distritais, Divisionais, além dos supervisores. Prossegue afirmando que o rompimento do pacto individual de emprego ocorreu em 10.07.2015.

Quanto à jornada de labor, sustenta que *"embora submetido a controle de jornada de trabalho e determinações expressas e escritas os seus superiores hierárquicos, a revelar inequívoca subordinação, limitação de poderes e fiscalização, jamais recebeu o reclamante corretamente as horas extras a que efetivamente fazia jus, com o acréscimo do adicional normativo de 70% de previsto nas anexas normas coletivas (cl. trigésima sexta, letra d), tampouco o pagamento dos domingos trabalhados em dobro e feriados com acréscimo de 100% (cl. trigésima sexta, letra f), de resto*



não incorporados aos seus salários para efeito de cálculo das diferenças de aviso prévio, das férias, das gratificações natalinas, inclusive as proporcionais, dos repouso semanais remunerados, dos triênios previstos nas cláusulas coletivas anexas e dos depósitos do FGTS, sobretudo os 40% a título de multa".

Agrega aos argumentos recursais que "conquanto sempre estivesse regularmente cadastrado com identificação específica no sistema de controle de ponto da reclamada, portando inclusive crachá magnético, assim como os demais empregados, jamais lhe fora permitido a realização diária do registro da jornada de trabalho que era efetivamente cumprida, justamente para que a jornada elástica de trabalho, e que abaixo está demonstrada, não pudesse ser firmada naquele sistema para gerar um futuro meio substancial de prova das horas extras laboradas, sendo assim manipulada pela empresa objetivando, com isso, o controle e fiscalização do trabalho do reclamante com evidente sonegação do pagamento das horas extras habitualmente e realmente prestadas, bem como os domingos e feriados trabalhados".

Em defesa, a reclamada rechaça o alegado na exordial, sustentando, em suma, que "o reclamante, quando passou a exercer a função de Gerente de Setor, exerceu cargo de confiança na empresa ré, atraindo, assim, a exceção prevista no art. 62, II, da CLT".

O d. Juízo de origem resolveu a questão sob os seguintes fundamentos, *in verbis*:

13. DA JORNADA DE TRABALHO. DAS HORAS EXTRAS. DAS DOBRAS.

O Reclamante alegou que exerceu inicialmente o cargo de encarregado, sendo que a partir de junho/2017 até a sua despedida injusta, se ativou como gerente de setor.

Aduziu que sua jornada de trabalho até o mês de maio/2017 era das 09:00 às 21:00h, de domingo a domingo, e em feriados, sem intervalo integral para repouso e alimentação.

Destacou que era remunerado a menor, uma vez que, o Reclamado não computava a efetiva jornada consignada em cartões de ponto.

Esclareceu que a partir do mês de junho/2017, quando passou a exercer efetivamente as funções inerentes ao cargo de gerente de setor, permaneceu laborando das 09:00 às 21:00 h, de domingo à domingo, e em feriados, sem intervalo integral para repouso e alimentação, entretanto, por determinação do Reclamado tal jornada de trabalho não era registrada em cartões de ponto, e não percebeu o pagamento das horas extraordinárias diariamente laboradas.

A Reclamada rechaçou a pretensão destacando de 01/09/2011 até 31/05/2017, exerceu a função de encarregado setor PL, que não configura um cargo de confiança, razão pela qual, no período supracitado (setembro/2011 a maio /2017), o Demandante tinha sua jornada corretamente registrada em cartões de ponto.

Acrescentou que o Demandante, a partir de 01/06/2017, passou a exercer cargo de confiança na Acionada, atraindo, assim, a exceção prevista no art. 62, II, da CLT, contando sempre com diversos subordinados, com amplos poderes de mando e gestão, podendo, por exemplo, admitir, demitir e advertir funcionários, sendo efetivamente



responsável pela orientação e coordenação das equipes (de seu setor), recebendo, por tal encargo, salário mais alto que os demais empregados.

ID. e2dec87 - Pág. 5

Informou que o Reclamante não sofria, ao longo deste multicitado período do vínculo, qualquer tipo de controle de horário ou fiscalização, gozando de plena autonomia no desenvolvimento de suas atividades, desde a forma até o tempo que melhor lhe aprouvesse.

A Demandada ainda afirmou que o Demandante tinha padrão salarial bem superior aos seus subordinados, ultrapassando, em muito, a casa dos 40%.

Ressaltou que mesmo que não conste nos contracheques o pagamento individualizado de uma verba intitulada de gratificação de função, certo é que o valor que corresponderia à referida gratificação foi efetivamente pago por conta do evidente padrão salarial remuneratório superior aos demais empregados que auferia o obreiro, consoante documentação acostada.

Na Réplica, o Reclamante elegeu os controles de jornada como meio de prova válido, mas apontou de forma ilustrativa o pagamento feito a menor (fls. 571/572), requerendo as diferenças correspondentes.

Ocorre que o Reclamante não se desincumbiu de apontar as jornadas do período impugnado para demonstrar as compensações de jornada existentes, não se desincumbindo a contento do seu encargo probatório. Indeferem-se.

Já em relação ao segundo período em análise, em que foi suscitada a aplicação do art. 62, II, da CLT, cabia à parte reclamada demonstrar a sua tese, na forma do art. 818, II, da CLT.

Nessa linha de raciocínio, faz-se mister trazer à baila a análise do professor Homero Batista Mateus da Silva sobre o art. 62, II, da CLT (in CLT Comentada, 1ª edição em ebook baseada na 1ª edição impressa, 2016, págs. 55/56) acerca do dispositivo lega:

"Quanto ao art. 62, II, o tema é ainda mais complexo, porque mexe na própria estrutura organizacional do empregador, que, afinal, não detém o poder de considerar quem ostenta o cargo de chefia em sentido estrito. Chefes todos podem ser, de setores, repartições, filiais, unidades, departamentos e afins. O que o art. 62, II, propõe é que alguns desses chefes estejam num patamar tão elevado que prescindam de qualquer satisfação ao empregador quanto a seu cotidiano e rotinas, desde que apresentem os resultados. Se não há necessidade de justificar ausências e atrasos, por que haveria necessidade de receber horas extras? - indaga o legislador. A doutrina clássica chegava a utilizar a expressão latina alter ego do empregador para, num esforço de interpretação restritiva, definir o exercente do cargo de chefia do art. 62, II, como sendo o "outro eu" do empregador; ou seja, alguém que substituiu integralmente a figura do empregador, podendo contrair dívidas, colocar a empresa em risco e, também, alavancar os lucros."

Nessa passo, analisando os depoimentos colhidos, este Juízo conclui que o Reclamante não ostentava cargo de confiança capaz de eximi-lo de cumprimento de horários, em face de poder de mando e gestão relevante, senão vejam-se as transcrições a seguir:

Testemunha do Reclamante (fl. 608):

"(...) nesta época o reclamante e a depoente eram gerentes de setor; apenas ambos ocupavam tal cargo; acima de ambos existia na loja o Sr----, gerente geral; não registrava jornada em cartão de ponto; não poderia se atrasar na sua função, mas caso isso acontecesse deveria se reportar ao gerente geral; quando chegava falava com o



gerente geral e quando saía também se reportava a ele; o mesmo procedimento era adotado em relação ao reclamante (grifos nossos).

Testemunha da Reclamada (fl. 609):

"(..) também via o reclamante atuando quando circulava pela loja; sabe informar que ele atuava como gerentes dando ordens a seus subordinados; **o reclamante era gerente do setor de mercearia; nunca presenciou o reclamante admitindo, dispensando nem aplicando penalidades a seus subordinados** (grifos nossos).

ID. e2dec87 - Pág. 6

Assim, a despeito de gerenciar um setor, extrai-se que o Reclamante não tinha poderes para admitir, dispensar ou aplicar penalidades e ainda era fiscalizado na sua rotina pelo gerente da loja, o que afasta o legítimo exercício de cargo de confiança do art. 62, II, da CLT.

Por consequência, na forma da Súmula 338/TST, presumem-se como verdadeiros os horários indicados na inicial e antes reproduzidos, em cotejo com o depoimento pessoal do Autor; devendo ser considerada a seguinte jornada média para fins de liquidação: **das 09:00 às 21:00 h, com 35 minutos de intervalo, de segunda a domingo, gozando de dois domingos alternados no mês de folga**, sendo que quando do labor nestes dias gozava de folga compensatória na semana seguinte.

Nesse passo, diante das premissas anteriores, este Juízo decide, com base no artigo 7º, incisos XIII e XVI, da CF/88 e na Lei 605/49, deferir o pedido de horas extras, considerando-se como tais as horas excedentes da oitava diária e da quadragésima quarta semanal, não se computando na apuração do módulo semanal as horas extras já computadas na apuração do módulo diário, a fim de evitar o pagamento dobrado, com base na jornada antes fixada. Observe-se o adicional normativo sobre a hora normal.

Nos termos do art. 71, § 4º da CLT a Reclamada fica condenada a remunerar o período correspondente ao intervalo não concedido (25 minutos), com um acréscimo de 50%.

As horas extras eram habituais pelo que ficam deferidos seus reflexos em DSR e com estes em 130 salários, férias acrescidas de 1/3 e ainda reflexos do "quantum" apurado em FGTS.

As dobras pelo labor aos domingos devem ser indeferidas em face da compensação de jornada confessada.

Observe-se para fins de cálculos a evolução salarial do Autor, devendo ser considerado como base e cálculo o somatório do salário e da função de confiança, com as diferenças antes deferidas, as parcelas já pagas a idêntico título; os dias efetivamente trabalhados; o divisor de 220.

Indefere-se o requerimento de dedução dos valores pagos a título de gratificação de função, pois a epígrafe, como já visto, foi utilizada com propósito ilegítimo de afastar as verbas decorrentes do controle de jornada. (ID. be35560 - Pág. 13 a 16) Concordo com o entendimento adotado na origem.

Explico.

Consoante se verifica da leitura do art. 62:



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

II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento e /ou filial.

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

Vale registrar que a regra legal é no sentido de que não basta o mero exercício do cargo de confiança, devendo haver, também, a ausência de fiscalização e controle do horário trabalhado.

ID. e2dec87 - Pág. 7

Tendo em vista que se trata de fato impeditivo do direito do autor (o recebimento de horas extras e demais direitos decorrentes do controle de jornada), direito, este, constitucionalmente reconhecido ao trabalhador (art. 7º, XIII e XVI, da Carta Magna), cabia aos reclamados, com fulcro nos artigos 818 da CLT e 373 do CPC), o ônus de provar que a jornada do reclamante era diversa da alegada na inicial, além dos requisitos de configuração do cargo de confiança, ônus do qual não se desincumbiu.

Com efeito, não bastava os reclamados alegarem o exercício da função de confiança, tinham que provar a impossibilidade do controle de jornada, o que não ocorreu no período laborado a partir de 01.06.2017.

Por outro lado, a caracterização do cargo de confiança pressupõe amplos poderes de mando e gestão, englobando, em especial, a autonomia na tomada de decisões importantes; os poderes de admissão e demissão de empregados; poderes para a movimentação de numerário e contratações, além da ausência de fiscalização imediata por superior hierárquico.

Como acertadamente concluiu o d. sentenciante, da análise da ata de audiência de id. 2195D6e, verifico que a testemunha ----, indicada pelo Autor, disse que: *"depoente e reclamante não poderiam aplicar penalidades aos seus subordinados, nem admitir, nem dispensar; não tinha procuração em nome da empresa"*.

Em uníssono, a testemunha indicada pela Ré, ----, também declarou que *"nunca presenciou o reclamante admitindo, dispensando nem*



aplicando penalidades a seus subordinados". (ID. 2195d6e - Pág. 3)

Nesses termos, não há como acatar a possibilidade de o reclamante, enquanto "gerente de setor" ser incluído no rol de exceções do art. 62 da CLT, visto que se subordinava, diretamente ao gerente geral, que trabalhava no mesmo estabelecimento que ele.

Com efeito, nos termos do item I, da Súmula nº 338 do c. TST, "*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*".

Assim, diante da tese apresentada na defesa, cabia à reclamada, a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, ônus do qual não se desvencilhou, visto que, além de não ter apresentado os cartões de ponto, a reclamada também não apresentou qualquer outra prova robusta, capaz de albergar sua tese de defesa, circunstância que lhe transfere o ônus da prova quanto à real jornada cumprida, consoante entendimento traçado no inciso I, da Súmula nº 338 do C. TST.

ID. e2dec87 - Pág. 8

Como bem asseverou o d. juízo de origem, a ausência dos controles de frequência acarreta na incidência da hipótese prevista na Súmula 338 do C. TST, considerando como verdadeira a jornada apontada na inicial APENAS em relação ao período compreendido entre 01.06.2017 até o desligamento do Autor.

Nesse sentido, não merece acolhida a tese obreira segundo a qual a falta de juntada de cartões de ponto, pelo empregador, na forma prevista no artigo 74 da CLT, não acarretaria a aplicação da presunção da Súmula 338 do TST, quando a tese de defesa está alicerçada no exercício de cargo de confiança e na ausência de controle de horários, não havendo que se falar em decisão surpresa, no particular.

A despeito de elástica, a jornada reconhecida pelo Juízo singular não se configura absolutamente inverossímil, capaz de afastar as regras ordinárias acerca da distribuição do ônus da prova, e fazer recair sobre o autor comprovar que efetivamente se ativava na jornada apresentada em sua petição inicial.

Diante de todo o exposto, mantenho a sentença, endossando os fundamentos adotados, aqui transcritos como parte das razões de decidir. Consequentemente, nego



provimento ao apelo patronal, neste aspecto.

III. RECURSO ORDINÁRIO ADESIVO DO RECLAMANTE

III.1. DA SUPOSTA DESPEDIDA POR JUSTA CAUSA E DAS PARCELAS RESCISÓRIAS, ALÉM DA LIBERAÇÃO DAS GUIAS DO FGTS, MULTA DE 40% E DO SEGURO DESEMPREGO. DAS MULTAS DOS ART. 467 E 477 DA CLT.

O reclamante, por seu turno, pugna pela reforma da sentença, no aspecto em que esta confirmou a despedida por justa causa aplicada pela Acionada.

Contrapondo-se ao comando sentencial, assevera que *"jamais existiu qualquer falta grave praticada pelo RECORRENTE que justificasse sua DESPEDIDA POR JUSTA CAUSA, inclusive, inexistente nos autos qualquer documento comprobatório da suposta FALTA GRAVE cometida pelo RECORRENTE"*.

ID. e2dec87 - Pág. 9

Segue aduzindo que *"as IMAGENS acostadas pelo RECORRIDO através do Id.800e0d9, devidamente impugnadas pelo RECORRENTE, são insuficientes para ensejar a suposta DESPEDIDA POR JUSTA CAUSA do RECORRENTE,"* reputando, ainda, completamente desproporcional a penalidade contra si imposta.

Aliado a isto, argumenta que *"o próprio RECORRIDO confessou expressamente em sua CONTESTAÇÃO de Id.9d7ba76 - págs.52, que o RECORRENTE era um NOTÁVEL funcionário de DESTAQUE, bem como que era uma REFERÊNCIA para os demais funcionários da loja",* e que *"a TESTEMUNHA indicada pelo ora RECORRENTE, confirmou a conduta IDÔNIA do RECORRENTE ao longo do vínculo"*.

Por fim, assevera o recorrente que *"nos autos do PROCESSO Nº 000046287.2021.5.05.0023, movido pela Sra. ---- contra o RECORRIDO, pessoa que foi acusada de supostamente manter RELACIONAMENTO AMOROSO com o RECORRENTE nas dependências da*

Assinado eletronicamente por: TANIA MAGNANI DE ABREU BRAGA - 20/05/2024 09:08:04 - e2dec87

<https://pje.trt5.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=24011214525879700000042881973>

Número do processo: 0000481-23.2021.5.05.0014

Número do documento: 24011214525879700000042881973



empresa, ou seja, tratando-se da mesma SITUAÇÃO FÁTICA, esse Egrégio TRT da 5ª Região, reconheceu e confirmou a INEXISTÊNCIA do alegado fato, bem como confirmou ainda que não houve qualquer falta grave cometida que ensejasse a despedida por justa causa ".

Dito isto, espera ver reformada a decisão proferida na origem, e condenada a Ré ao pagamento das respectivas parcelas rescisórias pela despedida imotivada.

Ao reexame.

Cumprе ressaltar que a extinção do contrato de trabalho por justa causa constitui a mais grave penalidade na esfera trabalhista e somente pode ser reconhecida em Juízo mediante prova clara e robusta do alegado, haja vista as consequências nefastas que podem causar na vida privada e profissional do trabalhador. Assim, devem ser cuidadosamente analisadas as hipóteses elencadas no art. 482 da CLT, as quais ensejam sua incidência.

Nesse passo, o poder disciplinar do empregador encontra limites em sua atuação, devendo obedecer a alguns critérios antes de extinguir o contrato trabalhista por justa causa. Dentre eles, a gravidade da conduta do empregado deve ser proporcional à penalidade imputada, observada a gradação das sanções, o histórico do empregado e seu grau de instrução, e os elementos circunstanciais que conduziram à infração.

Sobre a matéria, o D. Professor Sérgio Martins nos ensina que: "*A pena trabalhista, mais severa, que é a rescisão do contrato de trabalho por justo motivo, deve ser provada*

ID. e2dec87 - Pág. 10

pelo empregador, de modo a não restar dúvidas da conduta do obreiro" (in Direito do Trabalho, 12. ed. Atlas, p.324).

Cumprе, ainda, destacar que o encargo probatório dos fatos alegados pela reclamada, configuradores de justa causa para o rompimento do vínculo empregatício do reclamante, competia-lhe, por se tratar de fato extintivo de direito da parte autora, a teor do art. 818, II, da CLT.

Pois bem. O Juízo *a quo* manteve a despedida por justa causa sob a seguinte fundamentação:

7. DA JUSTA CAUSA. DA BAIXA DA CTPS.



O Reclamante alegou que foi admitido em 18/01/2010, sendo despedido sem justa causa, em 20/07/2021, sem receber o pagamento das parcelas rescisórias a que faz jus, pela sua despedida injusta. Postulou a baixa da CTPS.

A Reclamada contestou asseverando que o Reclamante foi dispensado por justa causa, em razão de prática de ato relacionado a uma conduta de mau procedimento, e teve suas verbas rescisórias pagas.

Aduziu que o Reclamante, mesmo tendo conhecimento de que seu contrato de trabalho foi encerrado por justa causa, não apresentou uma única impugnação em face da modalidade de dispensa aplicada, inclusive, sequer formulou pedido de reversão da justa causa.

Alegou a empresa que seria incontroversa a dispensa por justa causa, não havendo questionamento acerca da sua validade e qualquer decisão neste sentido violaria os limites da lide, fixados pela parte autora em sua petição inicial.

Pelo princípio da eventualidade, a Demandada esclareceu que todas as atividades empresariais são regidas por normas internas que devem ser observadas com o intuito de preservar o patrimônio, a imagem e a própria atividade empresarial, até para que possa ser atendida a função social da empresa.

Com efeito, argumentou que o Demandante contrariou norma interna da Ré, da qual tinha total conhecimento, ao praticar conduta imprópria /reprovável no local de trabalho, por se relacionar intimamente com a sua subordinada e trocar beijos e abraços nas dependências da empresa.

*Destacou que o justo motivo para a rescisão do pacto laboral, sob a alegação de mau procedimento do Reclamante no desempenho de suas funções, não consistiu no fato, por si só, de manter relacionamento amoroso com a sua subordinada, mas que omitiu da empresa o seu vínculo amoroso com a ----, que era Líder de atendimento, da filial do ---
-. Registrou que tudo está documentado pelo sistema de câmaras internas.*

Acrescentou que o obreiro se utiliza da sua função de Gerente de Setor para conquistar /seduzir suas subordinadas, agindo em total desrespeito com as normas da empresa.

A Demandada ainda requereu que, na remota hipótese de se entender pela necessidade de julgar suposta pretensão de reversão da justa causa, que seja declarada a validade da dispensa motivada do Autor.

Por fim, a empresa informou que a baixa da CTPS foi promovida de forma regular.

Decide-se.

ID. e2dec87 - Pág. 11

No tocante ao suposto vício processual suscitado pela parte ré, este Juízo entende que não deve ser acolhido, pois o Autor apontou a extinção do liame e postulou as verbas inerentes à dispensa sem justa causa. Assim, não era imprescindível o pedido expresso da reversão de justa causa, pois seria corolário lógico da sua pretensão.

Nesse passo, calcado no princípio da simplicidade que vigora no processo laboral e ainda tendo em vista que os documentos de fls. 256 e 429/430 não foram sequer assinados pelo obreiro, não resta patente que ele teve ciência do justo motivo aplicado, não sendo incontroversa a legitimidade de aplicação da penalidade máxima ao contrato de trabalho.



Ultrapassada esta questão, destaque-se que a justa causa, por ser a pena máxima a ser imposta ao obreiro, deve ficar claramente comprovada nos autos, tendo em vista as graves consequências de ordem social e moral que dela advêm para o hipossuficiente, e cujo ônus de provar incumbe ao empregador, nos moldes dos artigos 818, II, da CLT.

Inicialmente, faz-se mister trazer à baila a conceituação do tipo legal " suscitado pela parte ré, em especial no documento de fl. mau procedimento" 256, conforme análise do colega e professor Luciano Martínez (Curso de Direito do Trabalho, 12ª edição, 2ª tiragem, 2021, Editora Saraiva jur, São Paulo, pág.800):

" O 'mau procedimento' é uma ação que abarca uma pletera de práticas negativas, constituindo um . Para evidente conceito jurídico indeterminado argumentar que um empregado teve um 'mau procedimento' o empregador deverá não apenas sustentar a ocorrência do tipo previsto na segunda parte do art. 482, b, da C L T, m a s t a m b é m, in dis p e n s a v e l m e n t e, a p r e s e n t a r d e t a l h a m e n t o s d a c o n d u t a comissiva ou omissa do operário, contrária à legalidade ou aos bons costumes. Afirmase isso porque todos os comportamentos previstos no art. 482 podem, em rigor, ingressar no figurino do 'mau procedimento'. Assim, o 'mau procedimento' pode ser conceituado como a conduta ilegal ou imoral, não contemplada em outras graves faltas trabalhistas, capaz de produzir prejuízos ou desconfortos para o empregador ou para (destaques nossos) . "terceiros com os quais este mantém relações jurídicas

Assim, há de se ressaltar que os fatos trazidos na defesa e antes reproduzidos (relacionamento amoroso entre empregados, em especial com subordinação jurídica, e sem a ciência da empresa), por si só, não ensejariam a justa causa aplicada, pois este Juízo se filia ao entendimento de que relacionamentos amorosos entre empregados nas hostes do empregador não podem ser considerados como faltas graves, sob pena de se chancelar o exercício abusivo do poder diretivo, em colisão com os princípios do direito à vida privada e intimidade, albergados constitucionalmente.

Nessa linha de raciocínio, cabe invocar os ensinamentos das professoras Rosângela Rodrigues Lacerda e Sílvia Teixeira do Vale, ao enfrentarem esta temática (Curso de Direito Constitucional do Trabalho, São Paulo, Editora LTr, 2021, pág. 375):

" A proibição de existência de relacionamentos amorosos entre empregados, com ou sem previsão no código de ética e conduta da empresa, além de vilipendiar o direito à vida privada e intimidade, também viola o princípio da proteção , pois sem relacionamentos da família, insculpido no artigo 226 da Constituição Federal afetivos não é possível a constituição de entidade familiar. A alegação das empresas, nestes casos, é a de que os relacionamentos amorosos prejudicam o desempenho no trabalho, retirando seu foco e possibilitando trazer desavenças domésticas para o âmbito organizacional". O interesse buscado, é sumamente patrimonial. (destaques nossos).

Na referida análise, as autoras invocam decisão paradigmática do TST, que reconheceu como discriminatória a despedida por justa causa de uma empregada calcada num relacionamento existente com um colega de trabalho (Recurso de Revista n.000110284.2012.5.08.0003, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, órgão julgador: Segunda Turma; Data de julgamento: 24.05.2016, Data de publicação: DEJT de 03.06.2016).

Nesse diapasão, tomando por base a premissa de que a dispensa motivada foi implementada invocando a figura normativa do art. 482, "b", da CLT (fl. 256), o

ID. e2dec87 - Pág. 12

Juízo não está adstrito à alegação ventilada na defesa, mas se a conduta retratada nos vídeos (fls. 563/564) e o contexto que ensejou a extinção do liame seriam gravosos o suficiente para respaldar a atitude extrema patronal.

Assinado eletronicamente por: TANIA MAGNANI DE ABREU BRAGA - 20/05/2024 09:08:04 - e2dec87

<https://pje.trt5.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=24011214525879700000042881973>

Número do processo: 0000481-23.2021.5.05.0014

Número do documento: 24011214525879700000042881973



Frise-se que analisando os aludidos videos e as imagens dali retiradas e reproduzidas na peça contestatória, por si só, em especial sem que fosse possível escutar as falas dos envolvidos, não viabiliza a conclusão segura de que houve conduta não consensual da Sra ----, já que não se verifica qualquer gesto ou ato de rechaço ou, mesmo a tentativa de repelir a aproximação do Reclamante na sua esfera íntima.

Ocorre em que, **em sede de depoimento pessoal, o Reclamante incorreu em confissão real no sentido de ter praticado assédio sexual em relação à sua subordinada, Sra. ----, restando claro que ele extrapou a esfera íntima dela, sem a sua chancela.**

Faz-se mister a transcrição correspondente:

Depoimento pessoal (fls. 607/608):

"foi dispensado por justa causa mas não foi declinado o motivo específico, sendo alegado motivo de conduta; na loja onde trabalhou existiam um gerente geral e dois gerentes, incluindo o depoente; que retificando o que fora dito, o depoente disse que o Sr. ----, no momento da dispensa disse que ele foi filmado da n d o u m b e i j o n a c o l e g a ----, o q u e f o i i n t e r p r e t a d o c o m o r e l a c i o n a m e n t o a m o r o s o, j u s t i f i c a n d o a s u a s a í d a; não teve conhecimento de qualquer denuncia a respeito desta situação; a Sra ---- ocupava o cargo de frente de loja e era subordinada diretamente a gerente de frente de loja e percebíveis, mas o depoente a n a l i s a n d o o c o m o g e r e n t e p o d e r i a s e r a s i s t i d o p o r e l a e m a l g u m a s a t i v i d a d e s; documento de folha 166, em especial a foto de baixo, o depoente reconhece que é ele e a Sra. ---- q u e e s t ã o l á; s e t r a t a d e u m b e i j o n a b o c a c h e c h a; a n a l i s a n d o o d o c u m e n t o d e f o l h a 1 6 7, e m e s p e c i a l a f o t o d e b a i x o, o d e p o e n t e r e c o n h e c e q u e é e l e e a S r a. ---- q u e e s t ã o l á; s e t r a t a d e u m b e i j o n a b o c a; a p e n a s a c o n t e c e u n e s t a o p o r t u n i d a d e e d e u e s t e b e i j o n e l a q u a n d o e s t a v a s a i n d o d a s a l a; **o beijo na bochecha citado foi na mesma oportunidade e sua boca tocou um pouco na boca dela; a Sra. ---- ficou assustada quando foi beijada na boca; ela falou o seguinte: "não acredito que você fez isso"; o depoente disse que "estava no erro" e pediu desculpas;** a Sra. quando da admissão não foi dito que não ---- disse que estava tudo OK, tranquilo; poderia ter este tipo de comportamento pela empresa; disse que estava errado porque era casado na época, inclusive com uma empregada da reclamada que se ativava em outra loja; não tinha uma relação de proximidade amorosa com a Sra. ---- ao longo do vínculo; foi mesmo "uma coisa de momento" a Sra. ---- era casada mas o depoente não sabia, passando a saber depois da demissão; dentro da sala onde o ocorreu o beijo não existia outros empregados sic "(destaques nossos).

Observe-se que resta clara a conduta abusiva do obreiro no particular. O Autor confessa que a vítima ficou assustada com sua atitude, o questionando o motivo de fazê-lo, restando ainda evidenciado que não existia um enlace amoroso prévio à sua abordagem, sendo o ato praticado em afronta à vontade da Sra. ----, em patente invasão à sua esfera íntima, gerando constrangimento, dano moral, e ainda um possível impacto familiar e social grave em sua vida, já que era casada e o assediador também o era com uma empregada da própria Demandada.

A análise do caso em tela atrai a aplicação do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, do CNJ, de 2021, em que o Magistrado deve se ater a algumas questões estruturais arraigadas na sociedade e que não podem ser desconsideradas. Nessa linha, cabe a transcrição de parte do documento que se debruça sobre violências de gênero, senão veja-se (páginas 32/33):

(...)

O Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, do CNJ, de 2021 ainda traz uma questão crucial para análise da questão epigrafada. Quando a Sra. ---- reage ao assédio afirmando "que estava tudo OK", tais expressões não podem



ser concebidas de maneira simplista e tranquilo interpretadas como aquiescência, pois estão inseridas numa condição de sujeição e de receio da perda de seu emprego, não havendo um contexto próprio para tomada de decisões de forma independente.

Nessa linha, cabe a reprodução do documento, mais uma vez (página 113):

(...)

Corroborando as diretrizes tratadas no multicitado Protocolo e antes sintetizadas, é necessário reforçar que as declarações do Reclamante em seu depoimento pessoal retratam o contexto de objetivação sexual feminina, em que o homem acha "natural" exorbitar a intimidade da mulher, ainda que não haja seu consentimento, retirando a gravidade da conduta e colocando-a como "uma coisa de momento".

A colega e pesquisadora, Adriana Manta, no artigo "NÃO VENHA ME FALAR DA DEMI MOORE: DESCONSTRUÇÃO DE ESTEREÓTIPOS GÊNERO PERPETUADOS A PARTIR DO FILME ASSÉDIO SEXUAL" (Revista Direito e Feminismos, v. 1, n.1, p. 1-10, 2022), bem retrata a postura reiterada do homem em relação ao suposto direito de apropriação dos corpos femininos, em especial no contexto hierarquizado do ambiente de trabalho. Cabe reprodução parcial elucidativa:

" O filme nos mostra que, enquanto restrito ao espaço privado, o corpo feminino é apropriado pelo homem com quem ela se relaciona e a quem cabe o sustento do lar, estando assim a cumprir o seu papel social. Já no espaço público, especialmente em posições de poder, a mulher é vista como inapropriada e o corpo feminino passa a ser passível de apropriação pelos homens inseridos naquele ambiente, independentemente da hierarquia funcional no ambiente da empresa

Associando esta apropriação masculina sobre o corpo feminino às assimetrias naturalmente decorrentes do contrato de trabalho e considerando a predominância feminina em posições de menor hierarquia e remuneração nas empresas, percebe-se a ocorrência de condutas reiteradas e normalizadas socialmente, mas que invadem a esfera íntima da trabalhadora, a exemplo de toques corporais não autorizados, comentários frequentes sobre a sua aparência ou "piadas" que insinuam intimidade ou possibilidade de aproximação sexual ." (grifos nossos).

Assim, diante das premissas antes alinhadas, este Juízo conclui que a postura da empresa ao enquadrar a conduta do Reclamante retratada nos vídeos, ainda que sem denúncia expressa da vítima, no tipo "mau procedimento" foi acertada e revelou cautela e cuidado no sentido de atuar na contenção de danos morais e sociais dentro do ambiente de trabalho, pois os atos praticados pelo obreiro revelam flagrante assédio sexual, de relevante gravidade, que devem ser coibidos com proporcional resposta, ou seja, o término do liame por justo motivo.

Por fim, em relação à baixa da CTPS, o Reclamante não comprovou o inadimplemento empresarial, pois sequer acostou a cópia do documento. Prevalece a tese Reclamada. Indefere-se." (ID. be35560 - Pág. 4 a 11. Grifos aditados).

Irretocável a sentença neste tópico.

Colhe-se dos autos que o reclamante foi admitido em 18/01/2010, sendo dispensado por justa causa em 20/07/2021, quando exercia a função de gerente de setor. O aviso de dispensa por justa causa, anexado aos autos através do ID. 937c8ab, informa como motivos da justa causa o mau procedimento (art. 482, "b" da CLT).



Com efeito, ao impor a pena mais gravosa ao recorrido, sob a justificativa de adoção de procedimento irregular, era necessária a demonstração, por parte da acionada, da evidência cabal da prática do ato faltoso, de modo que não pairassem dúvidas quanto ao ilícito praticado pelo empregado.

No caso sob exame, a despeito do posicionamento exarado no parecer ministerial, convenço-me de que há prova robusta dos fatos imputados ao obreiro, **devendo ser salientado que o próprio recorrente confessou ter assumido conduta configuradora de assédio moral contra sua subordinada.**

A partir das declarações prestadas pelo próprio autor, por ocasião de seu depoimento pessoal, a sentença vergastada fundamenta, brilhantemente, **as razões da manutenção da penalidade máxima aplicada ao empregador que, ao beijar na boca, nas dependências da empresa, e contra sua vontade, funcionária casada que laborava sob sua subordinação, evidentemente cometeu falta grave, suficiente para validar a sanção.**

Ademais, e ainda na esteira dos fundamentos lançados no *decisum*, que ora endosso como razões de decidir, necessário se faz reiterar que eventual menção da vítima de "*que estava tudo OK*" não se afigura suficiente para invalidar a sanção, justamente em razão da posição hierárquica em que esta se encontrava em relação ao assediador.

Por conseguinte, à míngua de elementos capazes de fundamentar decisão em sentido diverso, mantenho a Sentença nesse aspecto, assim como o indeferimento das verbas rescisórias postuladas.

Nada a reformar.

III.2. DOS DANOS MORAIS DECORRENTES DO ASSÉDIO

MORAL.

Neste tópico de suas razões recursais, o Demandante assevera que "*ao contrário do afirmado pelo MM Juízo "a quo", restou provado na instrução do feito, através do depoimento prestado pela TESTEMUNHA indicada pelo RECORRENTE, que este foi vítima de ASSÉDIO MORAL pelo GERENTE GERAL (Sr. ----), o qual perseguia e humilhava constantemente o RECORRENTE, na presença dos clientes e dos colegas de trabalho, chamando o RECORRENTE de CABEÇÃO*".



Reiterando a tese constante na exordial, aduz que era submetido a situações vexatórias por seu superior hierárquico, que sempre utilizava de palavras de baixo calão, num processo de perseguição, que o teria levado a um estado de confusão mental, o que, no seu julgamento, justificaria o deferimento da reparação pecuniária pretendida.

A sentença farpeada rechaçou a pretensão autoral, neste aspecto, por entender que o Obreiro não se desvencilhou do ônus da prova do fato constitutivo alegado, eis que "*foram colhidas versões discrepantes acerca do comportamento do gerente ----, o que configura prova empatada, resolvida pelo encargo processual antes definido*".

Examino.

Na esfera trabalhista, define-se o assédio moral ou *mobbing*, como atitude abusiva, que ofende repetidamente a integridade e dignidade do trabalhador, com o intento de desestabilizá-lo psicologicamente no ambiente laboral.

A i. Juíza do Trabalho da 3ª região, Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt, em seu artigo "*O Assédio Moral no Direito do Trabalho*" (ABMCJ em Revista, vol. 02, p. 109 /135), assinala que o empregado que sofre assédio moral "*é objeto de condutas abusivas, manifestadas por comportamentos, palavras, atos, gestos ou escritos repetidos, os quais podem agredir sua personalidade, sua dignidade ou sua integridade física ou moral, degradando o clima social*".

O assédio moral pressupõe, portanto, o comportamento (ação ou omissão) por um período prolongado, premeditado. Tal comportamento ocorre não só entre chefes e subordinados, mas também na via contrária, e entre colegas de trabalho com vários objetivos, entre eles o de forçar a demissão da vítima, o seu pedido de aposentadoria precoce, uma licença para tratamento de saúde, uma remoção ou transferência.

Ocorre que, para que se configure o assédio moral é necessário que o comportamento apontado (ação ou omissão), além de efetivamente comprovado, tenha sido exercido por certo período durante a execução do contrato de trabalho, de forma premeditada e, principalmente, desestabilizando psicologicamente o empregado no exercício da sua prestação de serviços, de forma a configurar uma violência psicológica, capaz de repercutir intencionalmente para um dano psíquico e marginalização no ambiente de trabalho, caracteriza-se o assédio moral que afronta contra a dignidade humana.

Registre-se que o assédio moral não se confunde com estresse, conflito



profissional, excesso de trabalho, exigências no cumprimento de metas, falta de segurança, trabalho em situação de risco ou ergonomicamente desfavorável. Reforço, inclusive, que a exigência de superação

ID. e2dec87 - Pág. 16

profissional sempre está acompanhada de significativa dose de confiança e preocupação pelo desenvolvimento dos subordinados.

Ademais, a chefia pode e deve conscientizar seus subordinados de suas reais capacidades e exigir que superem suas limitações, sem, contudo, configurar o assédio moral.

Não se impõe condenação decorrente de dano moral com base em presunções, havendo necessidade de prova cabal da ofensa à dignidade da pessoa.

No caso, não há prova dos fatos constitutivos do direito vindicado com relação ao assédio moral, haja vista que, muito embora a testemunha ---- tenha afirmado que *"também presenciava comportamento hostil do Sr. ---- em relação ao reclamante, com utilização de palavras de baixo calão e apelidos como "cabeção"; o comportamento citado era reiterado"*, o testificante ----, ouvido a rogo da empresa, ao ser questionado, asseverou que *"nunca presenciou qualquer tipo de desentendimento entre o Sr. ---- e o reclamante; nos contatos que teve com o Sr. ---- não, lhe chamou atenção qualquer comportamento descortês ou hostil; sendo um comportamento "normal".* (ID. 2195d6e)

Sobre o tema prova dividida (ou empatada), transcrevo o ensinamento doutrinário de Ísis de Almeida, in Manual de Direito Processual do Trabalho v. 2, 8^a ed., p.141, in verbis:

[...] Quando as provas são conclusivas sobre um fato; uma negando-lhe a existência e outra afirmando-a, decide-se: primeiro, pela prova mais coerente com outros fatos evidenciados nos autos; segundo, pela prova da espécie exigida em lei, ou que tiver precedência ou preferência, na doutrina e na jurisprudência, para o fato em questão; finalmente, pela prova de quem tinha esse ônus, na litiscontestação. (In Manual de Direito Processual do Trabalho) [...]

Mister ainda esclarecer, no tange à valoração da prova testemunhal, que o Juízo *a quo*, por ser exatamente aquele que tem um contato mais direto com as partes, normalmente está em melhores condições para analisar as questões fáticas da ação, principalmente aquelas que dependem da produção de prova oral, diante, inclusive do princípio da imediatidade que permite que o juiz *a quo*, com as naturais exceções de praxe, possa bem avaliar, de plano, alguns dos aspectos dos limites, da extensão e da profundidade da lide, satisfatoriamente decidindo, inclusive, sobre a conveniência ou não, de considerar os depoimentos das partes e das suas respectivas testemunhas, bem como quanto à



consistência e à credibilidade que possam merecer as informações por elas prestadas.

Logo, não tendo o reclamante conseguido demonstrar a veracidade de suas alegações, não se desvencilhou do encargo que lhe competia de comprovar fato constitutivo do seu direito (art. 818, I, da CLT c/c 373, I, do CPC), prevalecendo, assim, a tese da reclamada, que defendeu a inexistência de assédio moral.

ID. e2dec87 - Pág. 17

Nada a modificar, portanto.

III.3. DAS HORAS EXTRAORDINÁRIAS ATÉ MAIO/2017. DOBRAS PELO LABOR AOS DOMINGOS E FERIADOS, INTERVALO INTRAJORNADA E REPOUSO SEMANAL REMUNERADO ATÉ MAIO/2017, DE ACORDO COM OS CARTÕES DE PONTO RESIDENTES NOS AUTOS. DA VALIDADE DO BANCO DE HORAS.

Narra a exordial que "*a jornada de trabalho do RECLAMANTE até o mês de MAIO/2017, era das 09:00 às 21:00 h, de DOMINGO à DOMINGO, e em FERIADOS, sem intervalo integral para repouso e alimentação, conforme disposição constante do art. 71, § 4º da CLT, e da OJ SDI-1 n. 307 do TST, e o RECLAMANTE era remunerado a menor, uma vez que, o RECLAMADO não computava a efetiva jornada de trabalho do RECLAMANTE devidamente consignadas em CARTÕES DE PONTO*".

Em sua defesa, a Ré elucidou que "o Reclamante, do dia 01/09/2011 até 31/05/2017, exerceu a função de Encarregado Setor PL. A função de Encarregado Setor PL não é um cargo de confiança, razão pela qual, no período supracitado (setembro/2011 a maio/2017), o demandante tinha sua jornada corretamente registrada em cartões de ponto".

No particular, asseverou que o demandante cumpriu a jornada registrada nos espelhos de ponto que instruem a presente peça contestatória, os quais retratam com fidelidade a efetiva jornada prestada pelo obreiro, não ultrapassando os limites legais e normativos, bem como sempre gozando de intervalo intrajornada de, no mínimo, 01 (uma) hora.

Em arremate, a Recorrida defendeu a validade do Banco de Horas



instituído via Convenções Coletivas e alegou que "nas raras oportunidades em que havia labor extra, o excesso era compensado com folga ou redução do horário nos dias subsequentes, com a permissão expressa da Cláusula 3ª do Contrato de Trabalho, do Acordo de Compensação firmado no momento da admissão e do Banco de Horas previsto nas Normas Coletivas, respeitando-se, assim, o teto de 30 (trinta) horas extras mensais". (ID. 9d7ba76 - Pág. 35)

A Requerida trouxe aos fólios os cartões de ponto de id. 9df7b5e e seguintes, impugnados pelo demandante, na forma da manifestação de id. ID. 281D2bd, sob a alegação de que estes revelam a existência de horas extras não pagas. Asseverou, ainda, que à luz dos sobreditos documentos, *"restou demonstrado que as HORAS EXTRAORDINÁRIAS eram habituais que já é elemento suficiente para descaracterização do malfadado BANCO DE HORAS"*.

ID. e2dec87 - Pág. 18

No particular, o d. sentenciante indeferiu o pleito de horas extras, por entender que *"o Reclamante não se desincumbiu de apontar as jornadas do período impugnado para demonstrar as compensações de jornada existentes, não se desincumbindo a contento do seu encargo probatório"*.

Pois bem.

Os controles de ponto de id. 9df7b5e e seguintes consignam jornada variável, assim como o registro de horas suplementares destinadas à compensação, nos moldes do banco de horas autorizado pela norma coletiva da categoria.

As fichas financeiras, por seu turno, revelam o pagamento de algumas horas extras.

Nesse contexto probatório, a matéria não comporta deslinde diverso.

Assim como se convenceu o Juízo singular, cabia ao Autor, ao realizar a amostragem em comento, apontar em que estas consistiam, mediante indicação se elas decorreriam de pagamento a menor do total de horas prestadas.

Não tendo assim procedido, entendo que ao Juiz não compete auditar o



processo, no intuito de comprovar as alegações das partes, e, ainda, que o interesse probatório é da parte à qual pertence o *onus probandi*, sendo imprescindível indicar, **com precisão**, as relações entre os dados consignados na documentação constante dos autos e o direito vindicado, sob penar de quedar inerte desempenho do encargo probatório.

Por tais fundamentos, mantenho incólume a sentença vergastada, no particular.

III.4. DO LANCHE. DA INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. DA MULTA NORMATIVA.

Neste tópico de suas razões recursais, o obreiro aponta erro de julgamento do MM Juízo "a quo" ao indeferir tal parcela, ao fundamento de que a Reclamada teria afirmado em sua contestação que fornecia lanche ao RECORRENTE quando este laborava em horário extraordinário, mas não cuidou de comprovar a sua alegação, ônus que lhe incumbia, nos termos do art. 818 da CLT c/c art. 333, II, CPC,.

ID. e2dec87 - Pág. 19

Por conseguinte, espera, ainda, ver aplicada a multa normativa, por descumprimento reiterado de tal

Analiso.

Narra a exordial que o Obreiro seria credor de "*INDENIZAÇÃO no importe de R\$ 7,00 (sete reais) diários, correspondente ao LANCHE GRATUITO jamais fornecido pelo RECLAMADO durante todo o vínculo empregatício quando do labor em horário extraordinário pelo RECLAMANTE, em conformidade com o quanto preceituado na CLÁUSULA QUINTA, letra c, e DÉCIMA OITAVA, letra c, das CONVENÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO*".

Em sua Cláusula 18a, alínea "c", consta a previsão de que "*Os empregadores fornecerão, gratuitamente, aos empregados convocados para o trabalho suplementar com duração superior a 1h30 (uma hora e trinta minutos), um lanche (in natura) ou ticket refeição ou alimentação no valor de R\$ 3,00 (três reais)*" (*CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO 2016/2017*), sendo esta disposição repetida nas demais CCTs constantes dos autos.

Assinado eletronicamente por: TANIA MAGNANI DE ABREU BRAGA - 20/05/2024 09:08:04 - e2dec87

<https://pje.trt5.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=24011214525879700000042881973>

Número do processo: 0000481-23.2021.5.05.0014

Número do documento: 24011214525879700000042881973



A demandada contestou tal pretensão, alegando que "*as filiais que possuem refeitório deixam o lanche disponível para todo e qualquer funcionário*", asseverando, ainda, que "*inexiste previsão legal, e, pior, normativa que autorize a conversão do oferecimento do lanche em indenização pecuniária, não se perfazendo, portanto, como contraprestação remuneratória, o que, por outro lado, elide a pretensão*".

As testemunhas ouvidas em juízo nada disseram acerca do fornecimento do lanche.

Sobre a matéria, o MM. sentenciante firmou o entendimento segundo o qual "Diante da demanda posta, cabia à parte autora demonstrar a sua tese, na forma do art. 818, I, da CLT, encargo do qual não se desincumbiu, pois nenhuma prova foi produzida a respeito"

As normas coletivas aplicáveis ao caso preveem a obrigação de o Empregador fornecer lanche àqueles Empregados que realizarem serviço extraordinário superior a uma hora e trinta minutos.

Mantida a sentença que deferiu no pleito de horas extras, e considerando a jornada suplementar reconhecidamente superior a 1:30 diária, era ônus da Ré comprovar o fato impeditivo alegado, qual seja, o fornecimento do lanche, ônus do qual não se desincumbiu, eis que se limitou a alegar ter refeitório.

ID. e2dec87 - Pág. 20

Lado outro, entendo que à exegese do art. 927 do Código Civil, é devida a indenização compensatória, no presente caso, haja vista que a Empresa ré comete ato ilícito ao inadimplir obrigação normativa, haja vista a disposição contida no art. 611, caput, da CLT, que reza que a convenção coletiva de trabalho é acordo de caráter normativo.

Sendo assim, subentende-se que a norma coletiva faz lei entre os convenientes, cuja desobediência culmina em ato ilícito, e nos termos do art. 927 do CC, aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Por tais razões, reformo a sentença para deferir o pagamento da indenização substitutiva pelo não fornecimento do lanche, nos valores consignados em cada um dos instrumentos coletivos carreados aos autos.



O descumprimento da aludida cláusula normativa acarreta ainda a aplicação da multa estipulada no mesmo instrumento normativo, devendo ser aplicada uma multa para cada convenção violada.

III.5. DA INDENIZAÇÃO E DO TICKET REFEIÇÃO PELO LABOR EM DIAS DE FERIADOS.

Por entender que o recorrido não provou que fornecia ticket refeição ao Recorrente pelo labor aos domingos e feriados, e alegando inexistir nos autos qualquer documento comprobatório do fornecimento do ticket em tais dias, entende merecer reforma a r. decisão do MM Juízo *a quo* para incluir tal parcela na condenação.

Sem razão, contudo.

Consoante acertadamente convenceu-se o d. Julgador de base, *a Reclamada negou o labor aos domingos e feriados e destacou que no documento "extrato do Ticket" (fls. 386/399) constam os pagamentos devidos.*

Assim, não tendo o Reclamante apontado de forma objetiva, ainda que a título de amostragem, eventuais diferenças no pagamento da aludida parcela, não merece prosperar o apelo, no particular.

III.6. DO VALE-TRANSPORTE.

ID. e2dec87 - Pág. 21

Busca, ainda, o Apelante, ver a Ré condenada ao pagamento do vale-transporte atinente ao labor aos domingos e feriados.

O inconformismo não prospera.

Mantida a decisão primária, no que toca ao capítulo em que se analisou o pleito de horas extras, há que se endossar a decisão primária também no que esta consignou que "*consoante confissão em sede de depoimento pessoal, o labor aos domingos era compensado com folga*



compensatória na semana seguinte e, por conseguinte, não existem diferenças a serem deferidas".

Mantenho.

III.7. DO REAJUSTE SALARIAL.

Por fim, entende o recorrente que o Recorrido não provou o pagamento do reajuste salarial concedido a partir de 01/03/2021, que reajustou o piso da categoria.

Em sede de contestação, a Acionada contestou, especificamente, o pedido em tela, alegando a quitação do referido reajuste, trazendo aos fólios, como prova de suas alegações, as fichas financeiras de id 941636e e seguintes.

Todavia, tendo o Obreiro as impugnado, a este competia apontar o alegado pagamento a menor, eis que dispunha dos documentos necessários para tal. Não o fazendo, ficou inerte em se desvencilhar do ônus probatório que atraiu para si e, por conseguinte, não comprovou ser credor da parcela em questão.

Sentença ratificada também no particular

Apelo parcialmente provido.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao apelo da reclamada e **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso do reclamante, para condenar a reclamada ao pagamento da

ID. e2dec87 - Pág. 22

indenização substitutiva ao lanche, nos dias em que houve sobrelabor superior a 1:30h, bem como ao pagamento de uma multa normativa por instrumento descumprido.



Acordam os Excelentíssimos Julgadores da Quinta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região, em sua 5ª Sessão Extraordinária Presencial, realizada aos dezesseis dias do mês de maio do ano de dois mil e vinte e quatro, cuja pauta foi divulgada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 06/05/2024, sob a Presidência do Desembargador do Trabalho PAULINO CÉSAR MARTINS RIBEIRO DO COUTO, composta pela Desembargadora do Trabalho TÂNIA MAGNANI DE ABREU BRAGA e pelo Desembargador do Trabalho LUÍS CARLOS GOMES CARNEIRO FILHO, bem como com a participação do(a) representante do Ministério Público do Trabalho da 5ª Região,

à unanimidade, **NEGAR PROVIMENTO** ao Apelo da Reclamada e **DA R PARCIAL PROVIMENTO** ao Recurso do Reclamante, para condenar a Reclamada ao pagamento da indenização substitutiva ao lanche, nos dias em que houve sobrelabor superior a 1:30h, bem como ao pagamento de uma multa normativa por instrumento descumprido. Custas majoradas para R\$ 1.000,00 (um mil reais), calculadas sobre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), novo valor arbitrado para a condenação. Compareceu a Advogada, Dra. Marcela Vilas Boas.

TANIA MAGNANI DE ABREU BRAGA
Relator(a)



Assinado eletronicamente por: TANIA MAGNANI DE ABREU BRAGA - 20/05/2024 09:08:04 - e2dec87
<https://pje.trt5.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=24011214525879700000042881973>
Número do processo: 0000481-23.2021.5.05.0014
Número do documento: 24011214525879700000042881973

