



Processo: 0002770-69.2013.5.10.0013-RO

RELATOR: DESEMBARGADOR JOSÉ LEONE CORDEIRO LEITE

REVISOR: DESEMBARGADOR RICARDO ALENCAR MACHADO

RECORRENTE: VIA VAREJO S/A

ADVOGADO: MARCELO TOSTES DE CASTRO MAIA - OAB: 63440/MG

RECORRENTE: THYAGO ROSA SILVA

ADVOGADO: MARCONE GUIMARÃES VIEIRA - OAB: 9336/DF

RECORRIDO: OS MESMOS

EMENTA: HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA. *O trabalho extraordinário, por sua própria natureza, exige prova ampla e cabal para sua comprovação, visto que o ordinário se presu-*

me e o extraordinário se prova. Regra geral, o ônus de provar trabalho em sobrejornada é da parte que o alega, constituindo essa alegação, em princípio, fato constitutivo do direito (CLT, art. 818, c/c CPC, art. 333, I). Em se tratando de empregador submetido ao disposto no art. 74 da CLT, a não apresentação dos controles de frequência atrai a consequente inversão do ônus da prova (Súmula 338, I, do TST), presumindo-se como verdadeiros os horários apontados pelo Reclamante na inicial ante a ausência de cartões de ponto, com o que competia à Reclamada desfazê-lo por meio de prova oral, ônus do qual não se desincum-

biu. DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA DEVIDA. São invioláveis a intimidade, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Para a configuração do dano moral é necessária a conjugação de três elementos: o dano, onexo causal e a conduta. Comprovada a conduta abusiva do Empregador, reveladora de tratamento indigno e desrespeitoso a que foi submetido o Empregado, resta devida a reparação pretendida. Recurso ordinário da Reclamada parcialmente conhecido e desprovido. Recurso ordinário do Reclamante parcialmente conhecido e provido em parte.

RELATÓRIO

A Exm^a Juíza do Trabalho Substituta, Dr^a Maria Socorro de Souza Lobo, em exercício na 13^a Vara do Trabalho de Brasília/DF, por meio da r. sentença de fls. 119/127, complementada pela decisão de Embargos de Declaração às fls. 152/153, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados pelo Reclamante para condenar a Reclamada ao pagamento de horas extras e reflexos, intervalo intrajornada e reflexos, 14^o salário proporcional de 2011 e indenização por danos morais no importe de R\$10.000,00. Concedeu ao Reclamante ainda os benefícios da Justiça Gratuita.

Inconformada, a Reclamada interpôs recurso ordinário às fls. 133/141 e às fls. 142/151, pretendendo a reforma da r. sentença em relação às horas extras, reflexo das horas extras em DSR, indenização por danos morais e pagamento do 14^o salário proporcional.

O Reclamante também apresenta recurso ordinário às fls. 155/164. Pretende a reforma da r. sentença em relação às horas extras e ao intervalo intrajornada a fim que seja observada a jornada declinada na inicial, bem como requer a majoração do valor deferido a título de indenização por dano moral.

Houve apresentação de contrarrazões pela Reclamada às fls. 169/176 e às fls. 177/185, ambas pugnando pelo não conhecimento do recurso do Reclamante, por ausência de ataque aos fundamentos da sentença e, caso ultrapassada a preliminar, pelo não provimento do apelo.

O Reclamante apresentou contrarrazões às fls. 186/189. Pugnou pelo não provimento do apelo da Reclamada.

Dispensada a remessa dos autos ao d. Ministério Público do Trabalho, na forma do art. 102 do Regimento Interno deste Regional Trabalhista.

É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO DO RECLAMANTE POR AUSÊNCIA DE ATAQUE AOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA (CONTRARRAZÕES DA RECLAMADA)

A Reclamada suscitou preliminar de não conhecimento, ao argumento de que o recurso da Reclamante não versa sobre os fundamentos da sentença quanto ao pedido de acúmulo de funções (fl. 401-v).

Sem razão.

As razões recursais se voltam satisfatoriamente contra os fundamentos sentenciais, estando perfeitamente atendido o requisito de admissibilidade recursal relativo à dialetalidade.

Rejeito a preliminar suscitada pela Reclamada.

A) Recursos ordinários interpostos pela Reclamada.

A Reclamada interpôs dois recursos ordinários.

O primeiro recurso interposto de fls. 133/141 é tempestivo e está regularmente subscrito por procuradores habilitados. Além disso, a Reclamada providenciou e comprovou tempestivamente o devido preparo (fl.139).

O segundo recurso de fls. 142/151 também é tempestivo e a representação está regular, bem como o preparo foi recolhido adequadamente (fl. 148), no entanto, considerando os princípios da unirrrecorribilidade recursal e da preclusão consumativa, não deve ser conhecido.

Dessa forma, não conheço do segundo recurso apresentado pela Reclamada (fl.142/151).

Preenchidos os demais pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço do primeiro recurso ordinário interposto pela Reclamada (fls. 133/141), no entanto de forma parcial.

Deixo de conhecer do pedido recursal da Reclamada de reforma do julgado para excluir da condenação o reflexo do repouso

semanal remunerado, acrescido das horas extras, nas demais verbas, por ausência de sucumbência/interesse processual, pois não houve tal determinação, sendo que a decisão foi no seguinte sentido:

"Por corolário, todas as horas extras acima deverão integrar a remuneração com reflexo no aviso prévio indenizado, DSR, férias mais 1/3, 13º salário, 14º salário 9 desde que conste do contracheque) e FGTS mais 40% (em tais parcelas já estão incluídas as verbas rescisórias)".

B) Recurso ordinário interposto pelo Reclamante.

O recurso apresentado pelo Reclamante às fls. 155/164 é tempestivo, bem como está regularmente subscrito por procuradores habilitados.

No entanto, conheço do recurso do Reclamante apenas parcialmente.

Quanto ao apelo do Reclamante, deixo de conhecer do recurso no tópico referente ao intervalo intrajornada, em razão da falta de interesse recursal, uma vez que a r. sentença recorrida deferiu o pedido nesse particular, constando à fl. 122 a seguinte determinação, in verbis:

"(...)Assim, defere o pedido na forma a seguir: 4h40min extras por dia (segunda a sexta); 8h40min extras aos sábados e 8 horas extras em dois domingos por mês, além de 1 hora extra, por dia (segunda a sábado e em dois domingos por mês) em decorrência da supressão do intervalo intrajornada.

As horas acima são devidas por todo o período laborado e deverão ser acrescidas do adicional de 50% para as duas primeiras horas e para a hora do intervalo intrajornada, 100% para as que ultrapassam as duas primeiras e 150% para as horas laboradas aos domingos, nos termos da norma coletiva.

Por corolário, todas as horas extras acima deverão integrar a remuneração com reflexos no aviso prévio indenizado, DSR, férias mais 1/3, 13º salário, 14º salário (desde que conste do contracheque) e FGTS mais 40% (em tais parcelas já estão incluídas as verbas rescisórias).

O divisor é o 220, e a base de cálculo das horas extras deve ser composta por todas as parcelas salariais constantes dos contracheques, inclusive prêmios.

Como já determinado, quando da quantificação das horas extras deverão ser excluídos os dias feriados instituídos na Lei 662/49 com a redação dada pela Lei 10.607/2002, pois ausente alegação de labor em tais dias"(g.n.).

C) Contrarrazões

A Reclamada apresentou duas contrarrazões.

As primeiras contrarrazões de fls. 169/176 são tempestivas e estão regulares, as quais merecem conhecimento.

Entretanto, não conheço das segundas contrarrazões de fls. 177/185 em razão da preclusão consumativa.

As contrarrazões apresentadas pelo Reclamante às fls.186/189 foram interpostas de forma tempestiva e regular, merecendo conhecimento.

D) Conclusão da Admissibilidade

Não conheço do recurso da Reclamada às fls.142/151, conheço parcialmente do recurso da Reclamada às fls. 133/141 e conheço parcialmente do recurso do Reclamante.

Não conheço das contrarrazões da Reclamada às fls.177/185, conheço das contrarrazões da Reclamada às fls.169/176 e conheço das contrarrazões do Reclamante.

MÉRITO

HORAS EXTRAS. (RECURSOS DA RECLAMADA E DO RECLAMANTE)

A r. sentença deferiu de forma parcial o pagamento de horas extras, sob os seguintes fundamentos:

"HORAS EXTRAS. INTERVALO INTRA-JORNADA. DOMINGOS. COMPENSAÇÃO.

Com efeito, o ônus da prova de existência de labor extraordinário é, em princípio do autor, posto que na lição de Malatesta "o ordinário se presume, o extraordinário se prova", no entanto, se o reclamado invoca fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito postulado, passa a ser do empregador o encargo probatório de tais fatos.

O reclamante alega que cumpriu, em média, jornada das 8h às 21h, de segunda a sábado, com 20min de intervalo e em do-

mingos alternados das 8h30 às 16h30, sem intervalo, alegando, ainda que os espelhos de ponto não refletem a real jornada.

A reclamada nega a jornada extraordinária nos moldes descritos na exordial, argumentando que quando eventualmente o autor se ativou além da jornada, foi por pouco tempo, além de invocar acordo de compensação.

O encargo probatório da compensação de jornada pertencia à reclamada que não cuidou de juntar nem o acordo de compensação, nem sua única testemunha confirmou o sistema de compensação, pelo que resta afastada a tese de compensação de jornada.

A agravar a tese da reclamada, esta não cuidou de juntar as folhas de ponto, bem como sua única testemunha não confirmou a jornada indicada na defesa, incidindo os termos da Súmula 338/TST, qual seja:

"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.

II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário.

III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída

da uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir."

Pois bem. Ausentes os controles de jornada, o encargo probatório passou a ser da reclamada, eis que se trata de fato notório que tem mais de 10 empregados, além do que, em outras ações semelhantes, já juntou controle de jornada, demonstrando que efetivamente existe.

A única testemunha patronal declarou que: "...não trabalhou no mesmo horário do reclamante; que o depoente trabalha das 9h às 17h20, segunda a sábado, com 1h de intervalo; que trabalha aos domingos, quando escalado, das 9h às 15h, com 1h de intervalo; que quando trabalha aos domingos descansa uma folga na semana; que quando está fechando negociação no fim da jornada, pede ao gerente para prorrogar e terminar a negociação; que só o gerente pode prorrogar; que não sabe o horário de trabalho do reclamante e quando o depoente saía o reclamante continuava trabalhando, pois ele é do segundo período; que não sabe o horário que o reclamante chegava; que às vezes via ele chegando, mas não via o horário que ele batia o ponto; que quando viu o reclamante chegando por volta de 11h40, 12h, mas insiste que não sabe o horário que ele batia o ponto..."

As asserções acima quando confrontadas com a prova testemunhal obreira não confirma a tese da reclamada, eis que a testemunha do reclamante confirmou que "...trabalhou na

loja de Taguatinga centro com o reclamante, de janeiro/2010 a novembro/2011; que o depoente era vendedor; que trabalhavam das 8h às 21h, de segunda a sábado, com mais ou menos 20min de intervalo; aos domingos das 8h30 às 16h30, sem intervalo, sendo dois por mês conforme escala e sem folga na semana para compensar o trabalho aos domingos; que descansavam somente duas folgas por mês".

Confrontando os depoimentos e, diante da ausência de folha de ponto e o desconhecimento da testemunha da reclamada quanto a presenciar o reclamante batendo o ponto, não há como acolher a tese da ré. Junte-se a isso a inexistência do acordo de compensação alegado na defesa.

Também restou confirmado que o labor aos domingos era em prorrogação à semana de seis dias, ou seja, havia apenas uma folga por semana, inexistindo uma folga a mais para compensar o domingo laborado e ajustar a jornada para o parâmetro legal de 44h.

A prova testemunhal obreira é apta confirmar a jornada extraordinária, assim, este juízo firma o convencimento que o autor laborou em horas extras e fixa a jornada do reclamante na forma a seguir: das 8h às 20h40, de segunda a sábado (excluídos os feriados, pois não há alegação de trabalho em tais dias e se houve, já os recebeu na forma indenizatória). As horas extras durante a semana foram apuradas deduzindo-se 30min de intervalo.

Em relação aos domingos, fixa-se a jornada das 8h30 às 16h30, em dois por mês.

Assim, defere o pedido na forma a seguir: 4h40min extras por dia (segunda a sexta);

8h40min extras aos sábados e 8 horas extras em dois domingos por mês, além de 1 hora extra, por dia (segunda a sábado e em dois domingos por mês) em decorrência da supressão do intervalo intrajornada.

As horas acima são devidas por todo o período laborado e deverão ser acrescidas do adicional de 50% para as duas primeiras horas e para a hora do intervalo intrajornada, 100% para as que ultrapassam as duas primeiras e 150% para as horas laboradas aos domingos, nos termos da norma coletiva.

Por corolário, todas as horas extras acima deverão integrar a remuneração com reflexos no aviso prévio indenizado, DSR, férias mais 1/3, 13º salário, 14º salário (desde que conste do contracheque) e FGTS mais 40% (em tais parcelas já estão incluídas as verbas rescisórias).

O divisor é o 220, e a base de cálculo das horas extras deve ser composta por todas as parcelas salariais constantes dos contracheques, inclusive prêmios.

Como já determinado, quando da quantificação das horas extras deverão ser excluídos os dias feriados instituídos na Lei 662/49 com a redação dada pela Lei 10.607/2002, pois ausente alegação de labor em tais dias."(fls.120/122- g.n.).

A Reclamada recorreu, ao argumento de que ônus da prova quanto à jornada excedente, por se tratar de fato constitutivo do seu direito, competia ao Autor, do qual não se desincumbiu. Afirmou, ainda, que a jornada cumprida pelo Reclamante foi devidamente anotada nos cartões de ponto.

O Reclamante, por sua vez, recorreu para que seja reconhecida a jornada declinada na inicial, ou seja, das 8h00 às 21h00, de segunda à sábado, com 20 minutos de intervalo, e em dois domingos por mês das 8h30 às 16h30, sem intervalo e sem folga compensatória, por entender ter sido esta a jornada comprovada nos autos pela prova oral.

Pois bem.

O trabalho extraordinário, por sua própria natureza, exige prova ampla e cabal para sua comprovação, visto que o ordinário se presume e o extraordinário se prova, estando a prova dos autos limitada aos respectivos posicionamentos, prova oral e documental.

A prova dos fatos controvertidos deve ser inquestionável, inexistindo no processo do trabalho a supremacia de um meio de prova sobre o outro, ressalvadas as hipóteses legalmente estabelecidas, o que não é o caso.

Em regra, o ônus de provar trabalho em sobrejornada é da parte que o alega, constituindo essa alegação, em princípio, fato constitutivo do direito (CLT, art. 818, c/c CPC, art. 333, I).

Em princípio, a negativa de prestação do labor extraordinário atrairia para o Reclamante o ônus da prova, conforme disposto no art. 818 da CLT c/c o inc. I do art. 333 do CPC, por se tratar de fato constitutivo do pretensão direito à percepção de horas extras.

A empresa recorrida tem mais de dez empregados, pelo que é obrigada a manter registro de frequência com a anotação do horário de entrada e saída (art. 74, §3º, da CLT), fazendo-se necessária a juntada dos cartões

de ponto, ainda que não haja determinação judicial nesse sentido, sob pena de presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho apontada pelo obreiro.

Doutro modo, o art. 74 da CLT obriga o empregador a fazer constar em quadro afixado em local visível o horário de trabalho do(s) empregado(s) (§1º) e, nos estabelecimentos com mais de dez empregados, determina seja obrigatória a anotação da hora de entrada e saída do(s) empregado(s) (§2º).

Assim, relativamente às horas extras, há de se observar o seguinte para fins de distribuição do ônus da prova: i) se a empresa apresenta os cartões de ponto com regular pré-assinalação do intervalo, cabe à parte reclamante comprovar que não usufruía intervalo nos moldes neles assinalados ou que não houve pagamento das horas extras registradas; ii) se a empresa não apresenta os cartões ou se estes não obedecem aos ditames do art. 74, §2º, da CLT, o ônus da prova inverte-se, passando a parte reclamada a ter que demonstrar que houve pagamento de horas extras eventualmente prestadas e regular fruição do intervalo (Des. André R. P. V. Damasceno).

Verifica-se que, no presente caso, não vieram aos autos as folhas de ponto do Reclamante, atraindo a incidência da inteligência da Súmula 338, I, TST, que transfere ao empregador que conta com mais de dez empregados o ônus da prova do registro da jornada de trabalho, in verbis:

*"SÚMULA 338 - 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.

II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário.

III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir."

Diante disso, na hipótese em tela, a controvérsia merece a incidência da inteligência da Súmula 338, I, do TST, que transfere ao empregador que conta com mais de dez empregados o ônus da prova do registro da jornada de trabalho, máxime considerando que a Reclamada não trouxe aos autos os registros de frequência do pacto laboral, presumindo-se como verdadeiras as alegações iniciais.

É certo que essa presunção poderia ter sido elidida por prova em contrário, o que não ocorreu.

O conjunto probatório dos autos, portanto, não confirma a tese aventada pela defesa.

Assim, nego provimento ao recurso da Reclamada, no particular.

Passo à apreciação do recurso do Reclamante.

O Reclamante, por sua vez, recorreu pretendendo o reconhecimento da jornada indicada na inicial, qual seja de 08h:00 às 21h:00, de segunda à sábado, com 20 minutos de intervalo e em dois domingos por mês das 8h30 às 16h30, sem intervalo.

O r. Juízo a quo reconheceu, no entanto, que a jornada cumprida pelo reclamante era da seguinte forma: das 8h00 às 20h40, de segunda a sábado, deduzindo-se 30 minutos de intervalo, e, em relação aos domingos, fixou a jornada declinada na inicial, ou seja, de 8h30 às 16h00.

Ocorre que, diante da ausência dos cartões de ponto e do desconhecimento da testemunha da Reclamada quanto ao horário de trabalho cumprido pelo Reclamante, restou apenas a prova oral produzida pela testemunha do Reclamante que confirmou a jornada de trabalho indicada na inicial.

Em depoimento, a testemunha do Autor, Sr. Alex Araújo Moura Martins, ratifica que "trabalhou na loja de Taguatinga centro com o reclamante, de janeiro/2010 a novembro/2011; que o depoente era vendedor; que trabalhavam das 8h às 21h, de segunda a sábado, com mais ou menos 20min de intervalo; aos domingos das 8h30 às 16h30, sem intervalo, sendo dois por mês..." (fl. 117- g.n.).

Por sua vez, a testemunha ouvida a pedido da Reclamada (fl. 118), Sr. Welco Rosa de Santana, declarou em depoimento que "não trabalhou no mesmo horário do reclamante" e disse que não sabia o horário de trabalho cumprido pelo mesmo.

Extrai-se, portanto, que a testemunha do Autor confirmou a jornada declinada na ini-

cial, ao passo que a testemunha da Reclamada não soube precisar com exatidão a efetiva jornada laborada pelo Reclamante.

Assim, não se desincumbiu a Reclamada do ônus de provar que outra tenha sido a jornada de trabalho realizada, que não a descrita na inicial (Súmula 338, III, do C. TST).

Desse modo, considerando a ausência de juntada dos cartões de ponto pela Reclamada e tendo em vista a prova oral produzida nos autos, tenho que o Reclamante efetivamente realizou a jornada de trabalho indicada na inicial, qual seja, de 08h:00 as 21h:00, de segunda à sábado, com 20 minutos de intervalo e em dois domingos por mês das 8h30 às 16h30, sem intervalo.

Nego provimento ao recurso da Reclamada e dou provimento ao recurso do Reclamante, no particular, para reformar a sentença de origem quanto à jornada de trabalho, em razão do reconhecimento dos horários declinados na inicial, quais sejam, de 08h:00 as 21h:00, de segunda à sábado, com 20 minutos de intervalo e em dois domingos por mês das 8h30 às 16h30, sem intervalo, mantidos os demais parâmetros e reflexos definidos na r. sentença

DANOS MORAIS (RECURSOS DA RECLAMADA E DO RECLAMANTE)

O Reclamante informou na exordial que sofreu assédio moral por parte da Reclamada e que "constantemente era ameaçado se não embutisse nas vendas os chamados 'seguro' e 'garantia' (garantia estendida junto com produtos, além de ter que vender outros produtos 'encalhados' no estoque. Afirma, que "acaso não atingisse a meta de vendas era

chamado de 'pangaré', 'tartaruga', 'marcha lenta' dentre outros por estímulo da reclamada". Pleitou, assim, o pagamento indenização por danos morais no importe de cem vezes o valor da sua última remuneração (R\$300.000,00).

A Reclamada contestou os fatos alegados.

Nos termos da r. sentença, o Juízo considerou que restou comprovado o alegado dano moral, razão pela qual condenou a Reclamada ao pagamento de indenização no importe de R\$10.000,00, in verbis:

"ASSÉDIO MORAL. METAS. OFENSAS. INDENIZAÇÃO.

Com relação ao assédio, este vem fulcrado na alegação de que havia metas e quando não cumpridas era exposto a situações vexatórias, como ofensas orais, além de ser obrigado a vender seguro, garantia estendida, dar brindes e incluir o valor do brinde na venda principal, entre outros argumentos.

Pois bem. O assédio consiste na conduta coercitiva com a intenção de desacreditar o empregado perante o grupo e configura-se por ameaças, insinuações, hostilidade. O Ministério do Trabalho e Emprego em seu site define o assédio moral como:

"É toda e qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, escritos, comportamento, atitude, etc.) que, intencional e frequentemente, fira a dignidade e a integridade física ou psíquica de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho.

As condutas mais comuns, den-

tre outras, são:

... omissis ...

- sobrecarga de tarefas;

... omissis ...

- fazer críticas ou brincadeiras de mau gosto ao(à) trabalhador(a) em público;

... omissis ...

- agressão física ou verbal, quando estão sós o(a) assediador(a) e a vítima;

... omissis ...

- ameaças;

- insultos;

... omissis ..."

A tipificação do assédio composta pelas condutas acima demonstra que estas são dirigidas ao empregado, além do que destruir o conjunto de valores íntimos da pessoa.

A responsabilidade civil por reparação a dano causado a bem ou direito do trabalhador exige, segundo a teoria da responsabilidade subjetiva, o cumprimento de três requisitos cumulativos, quais sejam: dano, nexo causal e culpa. A ausência de qualquer deles exclui a possibilidade de reparação, segundo tal teoria.

Na hipótese dos autos, iniciando pelo dano este vem configurado nas reuniões para definir metas, além de palavras depreciativas dirigida ao obreiro, em total desvirtuamento dos princípios da boa fé objetiva e probidade que regem os contratos em geral, inclusive o de emprego.

A testemunha da reclamada demonstra indícios da conduta apontado pelo autor ao declarar que "...entre os funcionários sai um apelido aqui outro acolá, mas da empresa

mesmo não existe; que não sabe dizer os apelidos, porque nunca aconteceu com o depoente e embora já tenha escutado, não se lembra; que às vezes achava a pessoa parecida com alguma coisa, com outra pessoa..."

A parte do depoimento acima descrita demonstra a prática da reclamada em usar métodos pouco sadios para fomentar a produtividade, pois ainda que houvesse a intenção lúdica, o efeito moral alcançado foi contrário, mormente a quantidade de ações em face da demandada com a mesma situação fática.

A testemunha obreira afirma asseverou que "...havia metas individuais e da loja; que se não cumprisse as metas ocorria pressão, mudava o tratamento por parte dos gerentes; que eram obrigados a vender garantia estendida, seguro de vida e odontológico salvo engano; que eram ofendidos pelos apelidos "lesma", "pangaré", coisas assim; que quem dava os apelidos eram os gerentes RICARDO e WANDERLEIA; que não gostavam dos apelidos; que já viu o reclamante ser chamado de "marcha lenta" e o depoente não gostou quando ouviu;..."

Ora, não se pode permitir ou considerar como saudável ofensas depreciativas, onde o empregado já se sente inferiorizado por não conseguir cumprir a meta imposta e este quadro é agravado pelas ofensas disparatadas e sem qualquer propósito de incentivo.

Portanto, como já declinado, se a intenção era brincadeira lúdica e motivadora, ao ofender o empregado, notadamente, o reclamante, tal passou a ser constrangedor, posto que nem todo indivíduo sente conforto com tais expressões.

Não raras vezes, os empregadores terminam por responder por ações de prepostos ocupantes de cargos de liderança/chefia que terminam por desvirtuar condutas instituídas para uma determinada finalidade e, na prática, são usadas como meio de exposição desregrada de empregados, sem qualquer cuidado com o conjunto de valores íntimos de cada indivíduo.

Como já mencionado, a falta de preparo em exigir metas sem critérios objetivos ou motivação e aprimoramento na arte de vender, "castigando" empregado, expondo-o à ridicularização do grupo e prejudicando sua única fonte de riqueza – o salário advindo das vendas –, importa em ofensa ao patrimônio imaterial do indivíduo, principalmente a dignidade que é imensurável.

A natureza da relação de emprego é, sem dúvida, contratual, nela inseridos direitos, deveres e obrigações. A principal obrigação do empregado é entregar a força de trabalho avençada e a principal obrigação do empregador é remunerar tal força de trabalho e dela pode usar como bem entender, desde que dentro dos ditames jurídicos, e segundo a ordem capitalista lhe assegura.

Quando se perquire a culpa, esta não se dissocia do nexo de causalidade, vez que é a vontade emitida seja por imprudência, imperícia ou negligência, o elemento que leva à prática do ato/conduita em ambiente de trabalho, relacionada com as atividades desenvolvidas pelo trabalhador, atingindo-lhe física ou moralmente.

A jurisprudência trabalhista vem firmando-se no sentido de reparar o sofrimento moral ou físico do empregado, sendo necessário provar o dano, nexo de causalidade e culpa do empregador, principalmente este último elemento.

Conclui-se, assim, pela presença, nos fatos narrados na exordial, dos três requisitos essenciais para a configuração do dano, além de não existir qualquer outro elemento atenuante ou excludente da culpa do empregador.

A dor sentida por alguém não é possível quantificar a ponto de correlacionar com um valor material, e a indenização prevista no ordenamento jurídico é apenas uma forma de atenuar o agravo padecido.

Note-se que se o dano for de natureza material, a reparação é mais objetiva, ante a possibilidade de se restabelecer o status quo ante, mas na órbita do dano moral, a equivalência em pecúnia nunca redimirá o sofrimento, pois o abalo emocional/psíquico não é passível de valoração em dinheiro.

Na hipótese, o demandante requer indenização no importe de R\$ 300.000,00, no entanto, cumpre lembrar o autor que, mesmo diante do poder econômico da reclamada, poderia ter formulado denúncia perante do MPT, Superintendência Regional do Trabalho no DF, no Sindicato da categoria. Mas não o fez durante todo o pacto, correndo o risco até de ver sua conduta interpretada como perdão tácito.

Portanto, considerando o tempo a que exposto à conduta, escolaridade do agredido, idade da vítima, e o dano advindo de palavras depreciativas, "castigos", o juízo arbitra a indenização no valor de R\$ 10.000,00. A reparação moral tem o escopo não de ofertar valor em pecúnia, mas traduzir medida pedagógica e repressora à conduta de quem agride. Assim, a indenização moral, a bem da verdade, é a condenação da empresa em face da conduta irregular perpetrada e não o valor em dinheiro" (fl.123/125-g.n.).

A Reclamada recorre pretendendo a reforma da r. sentença a fim de afastar a condenação em relação à indenização por danos morais. Sustenta que não restaram comprovadas as alegações da inicial. Caso seja mantida a condenação, pugna pela redução do valor da indenização.

O Reclamante recorre a fim de que seja majorado o valor fixado para a condenação de indenização por danos morais, ao fundamento de que o parâmetro fixado pelo Juízo deve considerar a proporcionalidade do abuso praticado e a possibilidade econômica da Reclamada, destacando que tal situação constrangedora é prática contumaz em seu ambiente de trabalho.

Pois bem.

Vejamos, inicialmente, a conceituação do instituto do dano moral pela doutrina.

Para SAVATIER, dano moral "é qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições, etc". (Traité de La Responsabilité Civile, vol. II, nº 525, in Caio Mario da Silva Pereira, Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989).

Para o Professor Yussef Said Cahali, dano moral "é a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral

(honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.)" (Cahali, Yussef Said. Dano Moral. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998).

Para a configuração do dano moral faz-se necessário a conjugação de três elementos: o dano, o nexo causal e a conduta.

O dano consiste na diminuição ou subtração de um bem jurídico - seja o patrimônio, a moral, a honra, a saúde - de um indivíduo, como consequência da conduta culposa de outrem.

Sobre o tema Alcino Salazar assim dispõe:

"dano, em sentido amplo, é toda e qualquer subtração em diminuição imposta ao complexo de nossos bens, das utilidades que formam ou propiciam o nosso bem estar, tudo o que, em suma, nos suprime uma utilidade, um motivo de prazer ou nos impõe um sofrimento é dano, tomada a palavra em sua significação genérica. Na esfera do Direito, porém, o dano tem uma compreensão mais reduzida: é a ofensa ou lesão dos bens ou interesses suscetíveis de proteção jurídica." (SALAZAR, Alcino de Paula. Reparação do Dano Moral. Rio de Janeiro, p.125).

Quanto ao dano moral, a doutrina traz, ainda, o seguinte conceito:

"A noção e conceito de dano moral, inclusive laboral, é muito mais amplo, pois, cobre todo o espectro da personalidade humana - alcançando todos os atos ilícitos que causem, desnecessária

e ilicitamente, desassossego, desconforto, medo, constrangimento, angústia, apreensão, perda da paz interior, sentimento de perseguição ou discriminação, desestabilização pessoal, profissional, social e financeira". (Jorge Pinheiro Castelo, LTR 66-10/1188).

É certo que a configuração do dano moral somente é aferível quando a prova é insofismável, não deixando margem à dúvida quanto à repercussão do sofrimento causado à vítima, sendo do Reclamante o ônus da prova, conforme disposto nos arts. 818 da CLT e 333, I, CPC, por se tratar de fato constitutivo do pretense direito à percepção da indenização respectiva.

No caso dos autos, há evidências de dano moral a ser indenizado.

Comprovada a conduta abusiva do Empregador, reveladora de tratamento indigno e desrespeitoso a que foi submetido o Empregado, resta devida a reparação pretendida.

Conforme dito alhures, o Reclamante alega na inicial que foi tratado de forma vexatória, com apelidos depreciativos.

O depoimento da testemunha do Reclamante corrobora a tese da inicial de que o Autor foi tratado de forma constrangedora:

"(...)que havia metas individuais e da loja; que se não cumprisse as metas ocorria pressão, mudava o tratamento por parte dos gerentes; que eram obrigados a vender garantia estendida, seguro de vida e odontológico salvo engano; que eram ofendidos pelos apelidos "lesma", "pangaré", coisas assim; que quem dava os apelidos

eram os gerentes RICARDO e WANDERLEIA; que não gostavam dos apelidos; que já viu o reclamante ser chamado de "marcha lenta" e o depoente não gostou quando ouviu (...) " (fl. 117, g.n.).

Nos seguintes termos foi o depoimento da testemunha da Reclamada:

"(...)que entre os funcionários sai um apelido aqui outro acolá, mas da empresa mesmo não existe; que não sabe dizer os apelidos, porque nunca aconteceu com o depoente e embora já tenha escutado, não se lembra; que às vezes achava a pessoa parecida com alguma coisa, com outra pessoa(...)"(fl. 118-g.n.).

Desse modo, levando em cotejo a prova oral produzida nos autos, verifica-se que a testemunha do Reclamante ratifica as ofensas praticadas pelos superiores no ambiente de trabalho quando os funcionários não atendiam as metas impostas pela empresa, bem como percebe-se que a testemunha trazida pela Reclamada não consegue infirmar a tese da inicial.

Assim, resta evidente pelos depoimentos testemunhais que o Reclamante foi submetido a tratamento vexatório e desrespeitoso, passível de indenização por dano moral.

No que se refere ao poder diretivo do empregador, o respeito é um fator fundamental para convivência harmônica em sociedade, sendo extremamente constrangedor para o empregado ser submetido pelo Empregador a situação humilhante.

Na hipótese, compreendo que a Reclamada agiu fora dos limites de seu poder diretivo, restando demonstrada a ofensa ao Reclamante, com repercussão em sua saúde anímica.

Restando, portanto, configurado o dano moral ensejador da indenização pleiteada.

Superada essa questão, há de se discutir o quantum indenizatório.

A respeito do quantum indenizatório, em se tratando de violação ao patrimônio imaterial da Reclamante, assim leciona Maria Helena Diniz:

"A fixação do quantum competirá ao prudente arbítrio do Magistrado de acordo com o estabelecido em lei, e nos casos de dano moral não contemplados legalmente a reparação correspondente será fixada por arbitramento. É da competência jurisdicional o estabelecimento do modo como o lesante deve reparar o dano moral, baseando em critérios subjetivos (posição social ou política do ofendido, intensidade do ânimo do ofensor, risco criado, gravidade e repercussão da ofensa). (...). Na reparação de dano moral o Juiz determinará, por equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o quantum da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência." (in A responsabilidade civil por danos morais/Maria Helena Diniz; Revista Literária de Direito. Jan./Fev. 1996; pág. 89).

Doutrina Carlos Alberto Bittar sobre tais parâmetros:

"Ora, em tema de satisfação de danos morais prospera, atualmente, a teoria do valor do desestímulo. Consoante este entendimento, o quantum estipulado, que, de um lado, representa compensação para o lesado, constitui, para o lesante, sanção que deve tradu-

zir em valor de inibição a novas práticas da mesma ordem. Com isso, impõe-se sacrifício ao agressor, e sinaliza-se para a sociedade, com a repulsa do Direito em relação ao comportamento ilícito havido. É, assim, exemplo, que se mostra a integrantes, a fim de que procurem pautar suas condutas pela linha ideal propugnada pelo Direito" (v. Salazar: Reparação do Dano Moral, p. 145, e Carlos Alberto Bittar. Reparação Civil por Danos Morais, p. 219 e seg.) (Bol. AASP 1.914/282).

A indenização por danos morais visa amenizar a dor sofrida pela vítima. Dessa feita, a fixação do quantum deve se pautar na razoabilidade, evitando-se valores ínfimos ou vultosos.

Assim, levando em conta termos do art. 5º, X, da Constituição, e tendo-se em conta o tempo de serviço, a comprovação do transporte de valores; a remuneração do Autor e, ainda, o caráter pedagógico da indenização e a capacidade de pagamento da Reclamada, observados os termos da Súmula 362 do STJ, tenho que o valor de R\$10.000,00 atende ao princípio da razoabilidade.

Desse modo, entendo por corretos os termos da r. sentença que condenou a Reclamada ao pagamento de indenização por dano moral no importe de R\$10.000,00.

Nego provimento aos recursos da Reclamada e do Reclamante.

14º SALÁRIO - PRÊMIO ESPECIAL (RECURSO DA RECLAMDA)

O Juízo de Origem condenou a Reclamada ao pagamento de diferença de valores, nos seguintes termos:

"14º SALÁRIO.

Afirma o reclamante que a ré sempre pagou o 14º salário, nada aduzindo quanto a ser extra folha, portanto, a premissa básica é a existência de recibo ou descrição nos contracheques.

A reclamada nega a tese sob o argumento que pagou a parcela 14º salário até 2010, quando foi substituída pela PLR e jamais o pagou de forma proporcional.

Prima facie, insta salientar que a substituição de parcela de evidente natureza salarial por outra indenizatória importa em alteração lesiva, considerando que a PLR está condicionado à existência de lucro e critérios instituídos em norma coletiva.

No caso, a testemunha da reclamada afirmou que, inicialmente a parcela era denominada 14º salário e, posteriormente, foi alterado para PLR e sempre em porcentagens e valores diferentes.

A testemunha afirmou ainda que a base de cálculo do 14º salário/PLR é o 13º salário e o valor do 14º correspondia a 70% e até 100% do valor pago a título de 13º salário, desconfigurando a tese da ré de que passou a pagar PLR, pois como já dito esta segue critérios próprios para distribuição e deve ser regida por negociação coletiva.

Assim, este juízo defere o pedido e determina que a reclamada pague o 14º salário proporcional ao ano da rescisão contratual, tendo como base de

cálculo o mesmo valor pago de 13º salário no ano de 2011" (fls.122/123-g.n.).

A Reclamada apresentou recurso alegando que "equivocado o entendimento do nobre magistrado singular, pois a recorrente jamais pagou qualquer 14º salário, nos termos apresentados, mas sim pagava uma gratificação por mera liberalidade. Não se trata de valor pago constantemente, nem de salário no sentido estrito, razão pela qual a r. sentença merece reforma".

Sustenta, ainda, que por se tratar de "salários", mas, "sim", de gratificações esporádicas, pagas de forma aleatória e não ajustada, razão pela qual não integra a remuneração do autor e nem produz efeitos nas demais verbas trabalhistas, .

Não assiste razão à Recorrente.

A prova oral foi uníssona em afirmar que a Reclamada pagava o 14º salário.

Em depoimento, a testemunha do Reclamante, Sr. Alex Moura Martins, afirmou que "havia 14º salário no mesmo valor do 13º salário e vinha descrito no contracheque, pago mais ou menos em janeiro; que era pago se a loja cumprisse a meta e quase sempre a loja onde trabalhou cumpriu as metas, pois o depoente recebeu..." (fl. 117).

Por sua vez, a testemunha da própria Reclamada, Sr. Welco Rosa de Santana, declarou que "sabe que a PLR depende do lucro da empresa e pagam uma parte para os funcionários no final do ano; que acredita que se faltar influencia na PLR, mas nunca aconteceu com o depoente; que depende muito do lucro da

empresa, mas a PLR às vezes é 70%, 100% do 13º salário; que esta regra é para todos os empregados, inclusive o pessoal da limpeza, mas não sabe qual o critério para os empregados da limpeza, crediário e caixas, pois eles recebem salário fixo; que assim que entrou na empresa chamavam de 14º salário, mas depois mudou para PLR; que sempre recebeu a parcela, mas em porcentagens diferentes" (fl. 118).

Portanto, sendo o pagamento habitual, ainda que por mera liberalidade do empregador, é devida a parcela.

Nesse sentido já decidiu esta Eg. Turma, no processo 01795-2013-007-10-00-6 RO, Relator: Desembargador Ricardo Alencar Machado:

"1.2. 14º SALÁRIO. Comprovado oralmente o pagamento habitual de 14º salário, é devido a respectiva integração".

Assim, nego provimento ao recurso da Reclamada, no particular.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, não conheço do recurso da Reclamada às fls. 142/151, conheço parcialmente do recurso da Reclamada às fls. 133/141, conheço parcialmente do recurso do Reclamante e, no mérito, nego provimento ao apelo patronal e dou parcial provimento ao do Reclamante para reformar a r. sentença de origem quanto à jornada de trabalho em razão do reconhecimento dos horários declinados na inicial, quais sejam, de 08h:00 as 21h:00, de segunda à sábado, com 20 minutos de intervalo, e em dois domingos por mês das 8h30 às 16h30, sem intervalo, mantidos os demais parâmetros e reflexos definidos na r. sentença, nos termos da fundamentação. Mantido o valor da

condenação, porquanto ainda compatível com os termos do condeno.

É como voto.

Por tais fundamentos,

ACORDAM os Desembargadores da Terceira Turma do Tribunal Regional do Trabalho - 10ª 10ª Região, em sessão realizada na data e conforme a respectiva certidão de julgamento: aprovar o relatório, não conhecer do recurso da Reclamada às fls. 142/151, conhecer parcialmente do recurso da Reclamada às fls. 133/141, conhecer parcialmente do recurso do Reclamante e, no mérito, negar provimento ao apelo patronal e dar parcial provimento ao do Reclamante para reformar a r. sentença de origem quanto à jornada de trabalho em razão do reconhecimento dos horários declinados na inicial, quais sejam, de 08h:00 as 21h:00, de segunda à sábado, com 20 minutos de intervalo, e em dois domingos por mês das 8h30 às 16h30, sem intervalo, mantidos os demais parâmetros e reflexos definidos na r. sentença, nos termos do voto do Desembargador Relator. Mantido o valor da condenação, porquanto ainda compatível com os termos do condeno. Ementa aprovada.

Brasília/DF, 4 de maio de 2015 (data de julgamento).

assinado digitalmente

JOSÉ LEONE CORDEIRO LEITE
Desembargador Relator