



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

A C Ó R D ã O
2ª Turma
GMJRP/frpc/pr/pa

**RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA
VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014, PELA
RECLAMADA**

**PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO
REGIONAL POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO
JURISDICIONAL.**

Não há falar em nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional quando o Regional aprecia devidamente as questões jurídicas em discussão nos autos, indicando, de forma fundamentada e coerente, as razões do seu convencimento.

Recurso de revista **não conhecido.**

**AJUIZAMENTO DE AÇÃO COM PEDIDO DE
RESCISÃO INDIRETA NÃO RECONHECIDO.
AFASTADA A JUSTA CAUSA DECORRENTE DO
ABANDONO DE EMPREGO. RECONHECIMENTO DO
PEDIDO DE DISPENSA PELO EMPREGADO.**

A reclamada pretende seja reconhecido o abandono de emprego e, conseqüentemente a justa causa da Rescisão contratual. A Corte regional consignou, na decisão recorrida, que “restou incontroverso nos autos que a reclamante trabalhou somente até o dia 11-9-2013, não mais retornando ao serviço e optando por ajuizar reclamatória trabalhista em desfavor de sua empregadora”, bem como que “a reclamada optou por não promover a dispensa da reclamante por justa causa, ao contrário, pede para que o judiciário o faça”. Assim, concluiu a Corte regional, tendo em vista o não acolhimento do pedido de rescisão indireta formulado pela reclamante, que “não tendo a reclamada promovido a dispensa da obreira motivada no abandono de emprego e ficando evidente a intenção da reclamante de dar fim ao contrato de trabalho, forçoso reconhecer que a rescisão do pacto laboral se deu, sem justa causa e a pedido da empregada, a partir de 11-9-2013”. Assim, cinge-se a discussão acerca do



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

cabimento da dispensa motivada, por abandono de emprego, em razão de a reclamante ter deixado de comparecer ao trabalho e após alguns dias, ajuizado esta demanda, em que pleiteia a rescisão indireta do contrato de trabalho. De acordo com as razões apresentadas pela reclamante para requerer a rescisão indireta do contrato de trabalho, a reclamada teria, em tese, deixado de cumprir as obrigações do contrato, enquadrando-se assim na alínea "d" do artigo 483 da CLT. Desta forma, o § 3º do mesmo dispositivo legal autoriza o trabalhador a "pleitear a rescisão de seu contrato de trabalho e o pagamento das respectivas indenizações, permanecendo ou não no serviço até final decisão do processo". Resulta, portanto, que a continuidade da prestação dos serviços após a formalização do pedido de rescisão indireta, seja ela pela via judicial, ou não, é uma faculdade do trabalhador. Assim, embora o ajuizamento da demanda com o pedido de rescisão indireta implique efetivamente na demonstração do *animus rescindendi*, não implica, a comprovação do *animus abandonandi* necessário para configurar o abandono de emprego previsto no artigo 482 "i", da CLT. Destaque-se que o posterior não acolhimento da rescisão indireta em nada altera a situação dos autos, tendo em vista que o ponto nodal analisado é a intenção da trabalhadora no momento da rescisão, bem como, o acolhimento judicial da modalidade rescisória depende de análise subjetiva a ser realizada pelo Magistrado. Neste ponto é importante diferenciar o *animus rescindendi* do *animus abandonandi*. No primeiro o trabalhador demonstra o interesse em rescindir o contrato, notificando o empregador pela via judicial ou administrativa de sua intenção, seja ela pela modalidade



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

direta, ou seja, sem justa causa e a pedido, ou pela via indireta, modalidade escolhida no caso em análise. Já no abandono de emprego, é necessário demonstrar o total desinteresse do trabalhador na continuidade da relação de emprego, havendo ainda conduta desidiosa na comunicação do empregador de sua intenção, isto se dá, por exemplo, com o não comparecimento prolongado e injustificado ao trabalho ou, em menor período de tempo, se demonstrado que o trabalhador iniciou outra relação de trabalho com horários ou atividades incompatíveis com a relação laboral anterior. Em outras palavras, o *animus abandonandi* se caracteriza por uma conduta omissiva do trabalhador, ao passo que o *animus rescindendi* se caracteriza por uma conduta comissiva. Tratam-se, portanto, de situações muito distintas, além de que o abandono de emprego demanda a comprovação por meio de produção probatória robusta, não sendo possível presumir o *animus abandonandi* da trabalhadora com base apenas em indícios. Sendo assim, correta a decisão Regional que ao afastar a rescisão indireta e não acolher a alegação de abandono de emprego, reconheceu a rescisão sem justa causa, a pedido da reclamante ante a demonstração do *animus rescindendi*. Recurso de revista **conhecido e desprovido**.

MULTA POR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTRELATÓRIOS.

Consoante se extrai dos termos da decisão referente aos embargos de declaração interpostos ao acórdão do julgamento do recurso ordinário, mediante o fundamento de que os referidos embargos tiveram índole protelatória, a Corte regional condenou



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

o reclamado ao pagamento da multa de 1% sobre o valor da causa. O artigo 538, parágrafo único, do CPC prevê a aplicação de multa à parte apenas quando apresentar embargos de declaração com o intuito manifestamente protelatório. Na hipótese dos autos, os embargos de declaração apresentados pela reclamada objetivaram a manifestação da Corte regional sobre argumentos tidos como expressamente apresentados em seu recurso ordinário que, ao entendimento da parte, seriam relevantes ao deslinde da controvérsia e que foram desconsiderados por aquela Corte. Na hipótese, verifica-se que o Regional analisou exaustivamente os temas tratados nos embargos de declaração, não se verificando, portanto, omissões no julgado. Logo, não havia necessidade de interposição dos embargos de declaração, sendo, em consequência, devida a multa.

Recurso de revista **não conhecido.**

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014 PELA RECLAMANTE

INTERVALO INTRAJORNADA. JORNADA CONTRATUAL DE SEIS HORAS. PRORROGAÇÃO HABITUAL. INTERVALO DE UMA HORA. SÚMULA Nº 437, IV, DO TST.

No que diz respeito ao intervalo devido de uma hora em razão do cumprimento de jornada superior a seis horas, a matéria não admite maiores discussões, tendo em vista que o entendimento acerca do tema encontra-se pacificado por meio da Orientação Jurisprudencial nº 380 da SbDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho, a qual se encontra atualmente, convertida na Súmula nº 437, IV, do TST, com a seguinte redação: “Ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e alimentação não usufruído como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, caput e § 4º da CLT.” Conclui-se, portanto, que o Regional, ao limitar a condenação no pagamento de 1 (uma) hora de intervalo, somente nos dias em que o trabalho em sobrejornada tenha extrapolado 30 (trinta) minutos, proferiu entendimento em contrariedade à Súmula nº 437, IV, do TST.

Recurso de revista **conhecido e provido.**

DEVOLUÇÃO DE VALORES GASTOS COM UNIFORME. UTILIZAÇÃO DE CALÇADO DE ACORDO COM AS DETERMINAÇÕES DO EMPREGADOR.

A Corte regional consignou, no acórdão recorrido, que o próprio sócio da reclamada “informa que a empresa não repassa o calçado, mas não especifica o modelo, apenas a cor”. Neste mesmo sentido foi o depoimento da testemunha, a qual informou “que ‘era obrigatório o uso do uniforme; que a reclamada fornecia blusa e a calça e somente não fornecia o sapato; que o sapato deveria ser preto e sem nenhum detalhe, mas não era exigido um modelo específico”. Verifica-se, portanto, que embora a reclamada não exigisse um modelo específico de calçado, especificava a cor e outras características deste, como a ausência de detalhes. Ao agir desta maneira, a reclamada repassou uma parte dos custos e do risco da atividade econômica à reclamante, visto que formulou exigência específica de uniforme a ser utilizado para a prestação de serviços sem fornecê-lo. A CLT, ao especificar as características que identificam o empregador, estipula da seguinte maneira em seu artigo 2º, caput: “Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

pessoal de serviço.” Em situações análogas, esta Corte superior tem firmado entendimento no sentido de ser cabível a fixação de indenização com os gastos realizados pelo trabalhador com a limpeza dos uniformes utilizados no trabalho, ainda que estes tenham sido fornecidos pelo empregador, por caracterizar-se como uma transferência do risco da atividade econômica, em violação do disposto no artigo 2º, *caput*, da CLT. Precedentes. Recurso de revista **conhecido e provido.**

DIFERENÇAS SALARIAIS. GORJETA. INTEGRAÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA.

A Corte regional consignou, na decisão recorrida, que a prova, quanto ao tema, ficou dividida, e assim firmou seu convencimento no sentido do depoimento prestado pelas testemunhas da reclamada, no sentido de que “a divisão foi acordada entre os funcionários”, o qual se coaduna com as normas estipuladas no Acordo Coletivo de Trabalho, no sentido de que “Os empregados da EMPRESA que participam do rateio das gorjetas, consoante critérios de divisão por eles mesmos estabelecidos”. Destaca-se, ainda, que não há, no acórdão nenhuma menção a eventual confissão real da reclamada quanto a imposição da divisão de gorjetas, e tampouco quanto a suposta existência de tratamento diferenciado pelos demais funcionários, caso o atendente decidisse não participar do rateio. Assim, para se chegar à conclusão diversa, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, análise impossível nesta fase recursal de natureza extraordinária, na forma da Súmula nº 126 do TST, motivo pelo qual não se observa a apontada violação do artigo 457 da CLT. Por fim, não se observa a



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

apontada contrariedade à Súmula nº 354 do TST, tendo em vista que constou da decisão, ser “incontroverso que a ré integrava a estimativa de R\$350,00 de gorjetas à remuneração da autora”.

Recurso de revista **não conhecido.**

HORISTA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COMO MENSALISTA. DIFERENÇAS SALARIAIS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA.

A Corte regional consignou que do “contrato de trabalho juntado aos autos é possível verificar que as partes pactuaram que pela prestação de serviços de atendente, pela qual a reclamante perceberia um salário mensal equivalente a R\$ 2,95 por hora de trabalho”. Ainda, conforme bem fundamentado no acórdão recorrido, a contratação por hora trabalhada mostra-se perfeitamente lícita, sendo a limitação de 44 (quarenta e quatro) horas semanais uma garantia constitucional do empregado, a qual não tem o efeito de transmutar a forma de contratação realizada. Ademais, não consta no acórdão nenhuma circunstância fática que corrobore as alegações da reclamante no sentido de que “laborava em escalas e turnos variáveis, conforme entendimento e exigência aleatória do recorrido”, tampouco de que “o sistema adotado impossibilitava a autora de exercer outras atividades em horário diverso”. Assim, para se chegar a conclusão diversa, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, análise impossível nesta fase recursal de natureza extraordinária, na forma da Súmula nº 126 do TST.

Recurso de revista **não conhecido.**

ASSÉDIO MORAL. INDENIZAÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA.

A Corte regional consignou, na decisão recorrida, que, de acordo com os fatos



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

narrados pela própria reclamante bem como o depoimento das testemunhas por ela convidadas “acerca da qualidade da alimentação servida pela ré, não se enquadram na definição in natura acima. Poderiam, quando muito, caracterizar más condições de trabalho, mas não assédio moral”. Apontou-se, ainda, ante os depoimentos em sentido contrário por parte das testemunhas da reclamada, e a consequente divisão da prova produzida, que a reclamante, a quem cabia o ônus probatório do fato constitutivo, não se desincumbiu a contento deste. Diante do exposto, não é possível detectar, no acórdão recorrido, a existência de elementos que corroborem com as alegações recursais, no sentido de que “a conduta do recorrido ao fornecer alimentação imprópria ao consumo e sobras era prática comum”, tampouco de que “havia tratamento diferenciado entre a alimentação servida aos atendentes em relação aos gerentes”. Assim, para se chegar a conclusão diversa, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, análise impossível nesta fase recursal de natureza extraordinária, na forma da Súmula nº 126 do TST, motivo pelo qual não é possível visualizar a indicada violação dos artigos 5º, V, X, XLI, de Constituição Federal 186, 187, 927 e 932, II, Código Civil. Recurso de revista **não conhecido**.

RESCISÃO INDIRETA. INDICAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL IMPERTINENTE AO TEMA DEBATIDO.

Não houve adoção de tese explícita na decisão recorrida acerca de previsão contida no artigo 482, “b” e “d”, da CLT. Observa-se ainda que a reclamante não interpôs os competentes embargos de declaração, motivo pelo qual não se observa o necessário prequestionamento da matéria na forma da Súmula nº 297, itens I e II, do TST e do artigo 896, §



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

1º-A, inciso I, da CLT, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 13.015/2014. Ademais, a indicação de violação do artigo 482, "b" e "d", da CLT mostra-se totalmente impertinente ao deslinde da demanda, tendo em vista que os mencionados dispositivos disciplinam hipóteses de rescisão do contrato de trabalho por justa causa, respectivamente por "incontinência de conduta ou mau procedimento" e "condenação criminal do empregado, passada em julgado", não sendo esta a hipótese dos autos, nem mesmo a modalidade rescisória em debate. Importante observar ainda que na forma da Súmula nº 221 do TST, cabe à parte recorrente "a indicação expressa do dispositivo de lei ou da Constituição tido como violado." Da mesma forma, de acordo com a previsão contida no artigo 896, § 1º-A, incisos II e III, da CLT é ônus da parte "indicar, de forma explícita e fundamentada, contrariedade a dispositivo de lei", bem como "expor as razões do pedido de reforma, impugnando todos os fundamentos jurídicos da decisão recorrida, inclusive mediante demonstração analítica de cada dispositivo de lei, da Constituição Federal, de súmula ou orientação jurisprudencial cuja contrariedade aponte". Assim, ainda que tenha ocorrido equívoco na indicação do dispositivo de lei que se entende como violado, é importante destacar que o descumprimento do requisito processual da indicação explícita e fundamentada, com demonstração analítica de cada dispositivo de lei tipo por violado, não configura "defeito formal que não se reputa grave" passível de ser sanado ou desconsiderado nos termos do artigo 896, § 13, da CLT, tendo em vista que a interposição de recurso não é considerada ato urgente e que a parte tem prévio conhecimento acerca dos requisitos recursais exigidos em lei e, ademais, o dispositivo em questão não se aplica à convalidação de defeito ínsito



PROCESSO N° TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

ao conteúdo ou ao teor do recurso interposto.

Recurso de revista **não conhecido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° **TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013**, em que são Recorrentes **CLS RESTAURANTES BRASÍLIA LTDA.** e **MARIA MIGUEL JÁCOMO** e Recorridas **AS MESMAS.**

Esta segunda Turma recursal do Tribunal Superior do Trabalho em sessão realizada na data de 5/12/2016, deu provimento ao agravo de instrumento interposto pelo reclamada para prosseguir na análise do recurso de revista por ele interposto, bem como sobrestou a análise do recurso de revista interposto pela reclamante.

É o relatório.

V O T O

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO
PELA RECLAMADA

A Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, por meio do despacho de págs. 533-536, denegou seguimento ao recurso de revista da reclamada com estes fundamentos:

“Recurso de: CLS RESTAURANTES BRASÍLIA LTDA.

Preliminarmente, para os fins do art. 896, § 5º, da CLT, destaco não haver constatado, no presente momento processual, a existência de decisões atuais e conflitantes no âmbito deste Regional sobre nenhum dos temas objeto de Recurso de Revista. Tampouco houve provocação das partes ou do Ministério Público do Trabalho nesse sentido.

PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Tempestivo o recurso (acórdão publicado em 17/06/2015 - fl. 1, ID 8495b61; recurso apresentado em 25/06/2015 - fl. 1, ID 058dac4).

Regular a representação processual (fls. 1, ID 3537bbe e 1, ID 83b0443).

Satisfeito o preparo (fls. 15, ID 102aed7; 3, ID b3f5437; 1, ID f6f66d0; 1, ID c2dfd18; 12, ID e9432e2; 5, ID e3720a9; 4, ID 8a5747f e 1/2, ID 31b4287).



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS
DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO / ATOS
PROCESSUAIS / NULIDADE / NEGATIVA DE PRESTAÇÃO
JURISDICIONAL.

Alegação(ões):

- contrariedade à Súmula 297, III, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.
- violação dos artigos 5º, XXXV e LV, e 93, IX, da Constituição Federal.
- violação dos artigos 458, II, do CPC e 832 e 897-A da CLT.

Recorrente suscita a nulidade do julgado, por negativa de prestação jurisdicional, sob o fundamento de que a Turma Regional, não obstante a oposição dos Embargos de Declaração, objetivando o prequestionamento para a interposição da presente Revista, deixou de se pronunciar acerca de aspectos neles levantados, os quais são essenciais para o deslinde da controvérsia, permanecendo, portanto, omissa o acórdão recorrido. Diz que houve afronta aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa e da inafastabilidade da jurisdição.

Diante do que estabelece a Súmula 459/TST, a assertiva de negativa de prestação jurisdicional somente é passível de análise sob a ótica de ofensa aos artigos 458 do CPC, 832 da CLT e 93, IX, da CF. Assim, inviável a análise de afronta ao artigo 897-A da CLT e de contrariedade à Súmula 297, III, do TST.

Por outro lado, o que se extrai do acórdão, complementado pelo decisório dos Embargos de Declaração, é que há fundamentação suficiente para sua validade e eficácia, estando evidenciados os motivos do convencimento do Órgão Julgador, tendo ficado explicitado que a parte pretendia revolver matéria já analisada. Assim, permanecem intactos os artigos 93, IX, da CF, 458, II, do CPC e 832 da CLT.

Nesse contexto, fica também afastada a alegação de inobservância dos princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição e do contraditório e da ampla defesa, com infringência do artigo 5º, XXXV e LV, da CF.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO /
PENALIDADES PROCESSUAIS / MULTA POR ED PROTETATÓRIOS.

Alegação(ões):

- contrariedade à Súmula 126 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.
- violação do artigo 538, parágrafo único, do CPC.

A Recorrente expressa inconformismo com a aplicação de multa por embargos protelatórios, alegando que opôs a medida com a finalidade de sanar omissão do julgado acerca de matérias fáticas necessárias para se buscar o novo enquadramento jurídico.

Consta do acórdão (fls. 3/4, ID 67af855):

‘O v. acórdão embargado está devidamente fundamentado, expondo com clareza as razões formadoras da convicção, tendo, inclusive, adotado tese explícita sobre as



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

matérias devolvidas ao conhecimento deste Regional pela parte. A reclamada, nas razões recursais, não apontou qualquer omissão a ser suprida.

Com efeito, as razões trazidas nos embargos de declaração demonstram claramente que, a par da alegada omissão, o inconformismo da embargante reside na solução dada ao litígio, a qual não comporta reexame pela via estreita dos embargos de declaração.

Os embargos declaratórios não são o meio recursal próprio para a revisão do que foi decidido. Trata-se, na realidade, de modalidade de recurso com destinação específica para sanar omissões, contradições e obscuridades contidas no corpo da decisão judicial (e, mais recentemente, para o caso de manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso, conforme art. 897-A da CLT).

Cabe destacar que eventual contrariedade entre o posicionamento do julgador e as provas dos autos não consistiria em omissão (ausência de fundamentação ou de análise de pedido) ou contradição (existente entre a fundamentação e a conclusão do julgamento), mas efetivo error in , cuja correção reclamaria a interposição de recurso adequado, se cabível, a julgando ser examinado pelo órgão julgador ad quem.

A jurisprudência também admite o uso dos embargos declaratórios com a finalidade de prequestionamento. Contudo, não é essa a hipótese dos autos. Mesmo para fins de prequestionamento, só se justifica o acolhimento dos embargos de declaração diante da existência de alguma das imperfeições dos arts. 535 do CPC e 897-A da CLT, o que não se observa no presente caso, uma vez que o v. acórdão apresentou fundamentos claros e coerentes sobre todas as teses devolvidas ao conhecimento deste E. Tribunal.

Desse modo, como foi devidamente entregue a prestação jurisdicional, não havendo qualquer vício no v. acórdão a ser colmatado, rejeito.

Outrossim, diante da manifesta intenção da embargante em rediscutir matéria já tratada no v. acórdão, condeno-a ao pagamento de multa, na importância de 1% sobre o valor da causa, nos termos do art. 538, parágrafo único, do CPC. Ressalto que tal condenação não se confunde com a má-fé processual disciplinada nos artigos 17 e 18 do CPC, sendo, no caso dos embargos, necessário somente o requisito objetivo de serem protelatórios.

Rejeito.'

Verifica-se que a Turma Julgadora condenou a ora Recorrente ao pagamento de multa por considerar que inexistia qualquer vício a ser sanado,



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

sendo que, na verdade, a sua pretensão, nos Embargos de Declaração, era unicamente de rediscutir a decisão, o que revelou a inadequação da via escolhida e o intuito protelatório dos embargos opostos. Nesse contexto, não cabe cogitar de afronta ao dispositivo legal apontado e de contrariedade ao indigitado verbete sumular do TST.

RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO / JUSTA CAUSA/FALTA GRAVE / ABANDONO DE EMPREGO.

Alegação(ões):

- violação dos artigos 482, 'i', e 818 da CLT e 333, I, do CPC.
- divergência jurisprudencial.

A Recorrente insurge-se contra o acórdão regional, alegando, em suma, que ocorreu abandono de emprego, sob o fundamento de que as provas dos autos demonstraram a intenção da obreira de não retornar ao trabalho, ou seja, ficou caracterizado de forma nítida o animus abandonandi, na espécie. Diz que não poderia demitir a obreira por justa causa, sem antes aguardar a decisão do judiciário, sendo certo que a jurisprudência entende que o abandono de emprego apenas se caracteriza após, no mínimo, 30 dias de ausência injustificada e, no caso, o ajuizamento da presente demanda se deu após 14 dias de ausência da Reclamante ao trabalho.

Consta do acórdão dos Embargos de Declaração (fls. 2/4, ID 81d88ec):

'Nos termos da inicial e como bem destacado pelo d. juízo de origem, 'Postulou a autora a rescisão indireta com fundamento: a) na quantidade de escalas mensais com horários variados, o que a impedia de ter outra ocupação ou estudar; b) no 'pagamento de salário por hora, enquanto a Reclamante era uma autêntica mensalista, via do qual, tal como expressa os espelhos de ponto, praticava supressão salarial grave'; c) no 'Pagamento por fora (extra folha) das gorjetas, caracterizando perda salarial e direitos reflexos (FGTS, INSS, dentre outros) e d) no 'Assédio moral, como acima posto, por ausência de alimentação ou fornecimento de alimentação estragada.' (fl. 288).

Por outro lado, os pedidos relativos à alegada ilegalidade no pagamento de salário por hora, enquanto a reclamante era mensalista, ao alegado 'pagamento por forma' referente às gorjetas e ao assédio moral foram integralmente rejeitados. Sendo assim, correta a r. sentença ao rejeitar o pleito de rescisão indireta. O mesmo não se pode dizer quanto ao reconhecimento do abandono de emprego.

Restou incontroverso nos autos que a reclamante trabalhou somente até o dia 11-9-2013, não mais retornando ao serviço e optando por ajuizar reclamatória trabalhista em desfavor de sua empregadora. Tais fatos evidenciam a intenção obreira de não mais retornar ao trabalho, o que, em tese, poderia caracterizar o abano de emprego, uma vez que não



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

reconhecida da justa causa patronal justificadora da rescisão indireta do contrato de trabalho.

No entanto, o que se verifica nos autos é que a reclamada optou por não promover a dispensa da reclamante por justa causa, ao contrário, pede para que o judiciário o faça. No entanto, com a devida vênia do d. juízo de origem, não cabe ao juiz substituir o empregador no exercício do poder de direção da empresa.

Assim, não tendo a reclamada promovido a dispensa da obreira motivada no abandono de emprego e ficando evidente a intenção da reclamante de dar fim ao contrato de trabalho, forçoso reconhecer que a rescisão do pacto laboral se deu, sem justa causa e a pedido da empregada, a partir de 11-9-2013, data que deverá ser anotada pela reclamada, no prazo de oito dias, contados de sua intimação para tanto, após o trânsito em julgado, sob pena de multa diária de R\$ 200,00, até o limite de 10 dias, conforme fixado na r. sentença (fl. 290).

(...)

Logo, acolho os embargos para suprir a omissão quanto à modalidade de rescisão contratual e dar parcial provimento ao recurso ordinário quanto à matéria.'

O entendimento regional de não reconhecer o abandono de emprego, como se percebe, está em conformidade com o teor probatório e as circunstâncias específicas dos autos, que demonstraram que não tendo a Reclamada promovido a dispensa da obreira motivada no abandono de emprego e ficando evidente a intenção dela de dar fim ao contrato de trabalho, forçoso reconhecer que a rescisão do pacto laboral se deu, sem justa causa e a pedido da empregada, não cabendo ao juiz substituir o empregador no exercício do poder de direção da empresa. Nesse contexto, não merece guarida a asserção de ofensa aos dispositivos legais indigitados.

Julgado sem indicação de fonte de publicação ou de repositório autorizado de jurisprudência não se presta ao fim colimado (Súmula 337/I/TST).

O julgado remanescente não tem o alcance pretendido, mostrando-se inespecífico, haja vista que não retrata tese divergente em torno de situação fática idêntica àquela verificada nestes autos. Aplicação da Súmula 296/TST.

CONCLUSÃO

DENEGO seguimento ao Recurso de Revista.” (págs. 533-536)

A reclamada reitera os argumentos apresentados nas razões de recurso de revista e sustenta que, em seu apelo, foram demonstrados os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de sua admissibilidade.



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

Dessa forma, não se evidencia violação dos artigos 93, inciso IX, da Constituição Federal ou 832 da CLT.

No que diz respeito à **dispensa por justa causa**, a reclamada sustenta que o ajuizamento da demanda somente poucos dias após o último dia trabalhado pela reclamada, além de impedir qualquer atitude da reclamada no sentido de rescindir o contrato por justa causa por abandono de emprego, evidenciou o "*animus abandonandi*" da reclamante.

Argumenta ainda que ante o ajuizamento da ação pela reclamante, não restou nenhuma alternativa à reclamada se não a discussão da questão no âmbito judicial.

Aponta violação dos artigos 482, "i", e 818 da CLT e 333, I, do CPC. Transcreve arestos para demonstrar o conflito de teses.

O Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região assim se manifestou acerca do tema:

"Nos termos da peça recursal, pretende a reclamante a reforma da sentença ao argumento de que, *'restou comprovado a prática de labor em escalas variadas, inclusive dentro da própria semana de trabalho, o que prejudicava a recorrente e prejudica todos os empregados dessa empresa, eis que a recorrente e qualquer dos empregados nunca poderia ter outra ocupação ou mesmo estudar'* (fls. 465/466). Alega ainda irregularidade no pagamento de salário por hora quando na realidade tratava-se de empregado mensalista, pagamento de salário por fora (gorjetas) e existência de assédio moral, sucessivamente, requer seja, pelo menos, afastado o abandono de emprego reconhecido na origem.

Analiso.

Nos termos da inicial e como bem destacado pelo d. juízo de origem, *'Postulou a autora a rescisão indireta com fundamento: a) na quantidade de escalas mensais com horários variados, o que a impedia de ter outra ocupação ou estudar; b) no 'pagamento de salário por hora, enquanto a Reclamante era uma autêntica mensalista, via do qual, tal como expressa os espelhos de ponto, praticava supressão salarial grave'; c) no 'Pagamento por fora (extra folha) das gorjetas, caracterizando perda salarial e direitos reflexos (FGTS, INSS, dentre outros) e d) no 'Assédio moral, como acima posto, por ausência de alimentação ou fornecimento de alimentação estragada.'* (fl. 288).

Inicialmente cumpre destacar que não procede a alegação obreira de irregularidade na contratação em virtude das escalas mensais estabelecidas com horários variados, fato que, segundo sustenta, lhe impedia de ter outras ocupações ou estudar, uma vez que o próprio contrato pactuado prevê, de forma expressa, a adoção desse regime de trabalho, conforme escalas



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

estabelecidas pela contratante, seja em horário diurno ou noturno. Além disso, tal situação não se enquadra em nenhuma das hipóteses do art. 483 da CLT de forma a justificar a pretendida rescisão indireta do contrato de trabalho.

Por outro lado, os pedidos relativos à alegada ilegalidade no pagamento de salário por hora, enquanto a reclamante era mensalista, ao alegado 'pagamento por forma' referente às gorjetas e ao assédio moral foram integralmente rejeitados.

Sendo assim, correta a r. sentença ao rejeitar o pleito de rescisão indireta.

O mesmo não se pode dizer quanto ao reconhecimento do abandono de emprego.

Restou incontroverso nos autos que a reclamante trabalhou somente até o dia 11-9-2013, não mais retornando ao serviço e optando por ajuizar reclamatória trabalhista em desfavor de sua empregadora. Tais fatos evidenciam a intenção obreira de não mais retornar ao trabalho, o que, em tese, poderia caracterizar o abano de emprego, uma vez que não reconhecida da justa causa patronal justificadora da rescisão indireta do contrato de trabalho.

No entanto, o que se verifica nos autos é que a reclamada optou por não promover a dispensa da reclamante por justa causa, ao contrário, pede para que o judiciário o faça. No entanto, com a devida vênia do d. juízo de origem, não cabe ao juiz substituir o empregador no exercício do poder de direção da empresa.

Assim, não tendo a reclamada promovido a dispensa da obreira motivada no abandono de emprego e ficando evidente a intenção da reclamante de dar fim ao contrato de trabalho, forçoso reconhecer que a rescisão do pacto laboral se deu, sem justa causa e a pedido da empregada, a partir de 11-9-2013, data que deverá ser anotada pela reclamada, no prazo de oito dias, contados de sua intimação para tanto, após o trânsito em julgado, sob pena de multa diária de R\$ 200,00, até o limite de 10 dias, conforme fixado na r. sentença (fl. 290).

Destarte, condeno a reclamada ao pagamento de férias proporcionais a 2/12 acrescidas de 1/3 e do 13º proporcional a 8/12. Conforme bem observou a r. sentença, o saldo de salário já foi quitado, sendo indevida a parcela. Ressalto, por fim, que não houve pleito de dedução do aviso-prévio não trabalhado na contestação." (págs. 468-470)

O agravante logrou demonstrar conflito jurisprudencial, por meio do aresto (pág. 585-586), oriundo do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, em que aquela Corte entendeu da seguinte maneira: "O não reconhecimento judicial da justa causa patronal, imputada pelo empregado, que deixou o emprego, utilizando-se da faculdade conferida pelo artigo 483, parágrafo 3º,



PROCESSO N° TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

da CLT, resolve-se, necessariamente, no reconhecimento de abandono de emprego. Com efeito, estão presentes os requisitos deste: ânimo do empregado no término do contrato de trabalho, e ausência de motivo que justifique este interesse” (pág. 585).

Assim, constatada a existência de divergência jurisprudencial, **dá-se provimento** ao agravo de instrumento do reclamante, para determinar o processamento do recurso de revista, a ser julgado na primeira sessão subsequente à data de publicação da certidão de julgamento deste agravo, nos termos da Resolução Administrativa n° 1.418/2010. Fica **sobrestado** o julgamento do recurso de revista interposto pela reclamada, o qual ocorrerá juntamente com o do recurso de revista do reclamante.

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA

1. PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO REGIONAL POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

CONHECIMENTO

A reclamada aponta a ocorrência de nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional, tendo em vista que a Corte regional não teria atendido ao pedido formulado em embargos de declaração, no sentido de fosse observado que a “reclamante abandonou o emprego e ajuizou diretamente esta ação, antes mesmo que fosse possível ao recorrente aplicar-lhe a justa causa por abandono, já que o ajuizamento da reclamação se deu dia 24/09/2013 e a reclamante trabalhou normalmente no dia 10/09/2013, não retornando ao trabalho a partir do dia 11/09/2013, ou seja, não seria exigível do empregador que lhe aplicasse uma justa causa por abandono de emprego no lapso de 14 dias, conforme entendimento jurisprudencial.” (pág. 505).

Argumenta que tal esclarecimento é importante tendo em vista a necessidade de “comprovação de que a reclamante decidiu abandonar o emprego, bem como que não houve tempo hábil para que o recorrente promovesse a demissão por justa causa da obreira. Assim, pediu a manifestação do v. acórdão à luz dos artigos 818 da CLT e 333, I do CPC.” (pág. 505).



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

Indica violação dos artigos 5º, XXXV e LV, e 93, inciso IX, da Constituição Federal, 458, II, do CPC de 1973, 832 e 897-A, da CLT.

O Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região assim se manifestou acerca do tema:

“Nos termos da peça recursal, pretende a reclamante a reforma da sentença ao argumento de que, *‘restou comprovado a prática de labor em escalas variadas, inclusive dentro da própria semana de trabalho, o que prejudicava a recorrente e prejudica todos os empregados dessa empresa, eis que a recorrente e qualquer dos empregados nunca poderia ter outra ocupação ou mesmo estudar’* (fls. 465/466). Alega ainda irregularidade no pagamento de salário por hora quando na realidade tratava-se de empregado mensalista, pagamento de salário por fora (gorjetas) e existência de assédio moral, sucessivamente, requer seja, pelo menos, afastado o abandono de emprego reconhecido na origem.

Analiso.

Nos termos da inicial e como bem destacado pelo d. juízo de origem, *‘Postulou a autora a rescisão indireta com fundamento: a) na quantidade de escalas mensais com horários variados, o que a impedia de ter outra ocupação ou estudar; b) no ‘pagamento de salário por hora, enquanto a Reclamante era uma autêntica mensalista, via do qual, tal como expressa os espelhos de ponto, praticava supressão salarial grave’; c) no ‘Pagamento por fora (extra folha) das gorjetas, caracterizando perda salarial e direitos reflexos (FGTS, INSS, dentre outros) e d) no ‘Assédio moral, como acima posto, por ausência de alimentação ou fornecimento de alimentação estragada.’* (fl. 288).

Inicialmente cumpre destacar que não procede a alegação obreira de irregularidade na contratação em virtude das escalas mensais estabelecidas com horários variados, fato que, segundo sustenta, lhe impedia de ter outras ocupações ou estudar, uma vez que o próprio contrato pactuado prevê, de forma expressa, a adoção desse regime de trabalho, conforme escalas estabelecidas pela contratante, seja em horário diurno ou noturno. Além disso, tal situação não se enquadra em nenhuma das hipóteses do art. 483 da CLT de forma a justificar a pretendida rescisão indireta do contrato de trabalho.

Por outro lado, os pedidos relativos à alegada ilegalidade no pagamento de salário por hora, enquanto a reclamante era mensalista, ao alegado ‘pagamento por forma’ referente às gorjetas e ao assédio moral foram integralmente rejeitados.

Sendo assim, correta a r. sentença ao rejeitar o pleito de rescisão indireta.

O mesmo não se pode dizer quanto ao reconhecimento do abandono de emprego.



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

Restou incontroverso nos autos que a reclamante trabalhou somente até o dia 11-9-2013, não mais retornando ao serviço e optando por ajuizar reclamatória trabalhista em desfavor de sua empregadora. Tais fatos evidenciam a intenção obreira de não mais retornar ao trabalho, o que, em tese, poderia caracterizar o abano de emprego, uma vez que não reconhecida da justa causa patronal justificadora da rescisão indireta do contrato de trabalho.

No entanto, o que se verifica nos autos é que a reclamada optou por não promover a dispensa da reclamante por justa causa, ao contrário, pede para que o judiciário o faça. No entanto, com a devida vênia do d. juízo de origem, não cabe ao juiz substituir o empregador no exercício do poder de direção da empresa.

Assim, não tendo a reclamada promovido a dispensa da obreira motivada no abandono de emprego e ficando evidente a intenção da reclamante de dar fim ao contrato de trabalho, forçoso reconhecer que a rescisão do pacto laboral se deu, sem justa causa e a pedido da empregada, a partir de 11-9-2013, data que deverá ser anotada pela reclamada, no prazo de oito dias, contados de sua intimação para tanto, após o trânsito em julgado, sob pena de multa diária de R\$ 200,00, até o limite de 10 dias, conforme fixado na r. sentença (fl. 290).

Destarte, condeno a reclamada ao pagamento de férias proporcionais a 2/12 acrescidas de 1/3 e do 13º proporcional a 8/12. Conforme bem observou a r. sentença, o saldo de salário já foi quitado, sendo indevida a parcela. Ressalto, por fim, que não houve pleito de dedução do aviso-prévio não trabalhado na contestação.” (págs. 468-470 – grifou-se)

Em resposta aos embargos de declaração interpostos pela reclamada, a Corte regional assim se pronunciou:

“OMISSÃO. PREQUESTIONAMENTO

Em decisão proferida em face de embargos de declaração opostos pela reclamada, decidiu a 2ª Turma deste eg. Regional por acolher os aclaratórios, conferindo-lhes efeito modificativo para, nos termos do voto do relator, reconhecer que a rescisão do pacto laboral se deu, sem justa causa, a pedido da empregada, a partir de 11-9-2013 e condenar a reclamada ao pagamento de férias proporcionais a 2/12 acrescidas de 1/3 e do 13º proporcional a 8/12.

Inconformada, a reclamada interpõe novos embargos de declaração, suscitando a existência de omissão no v. acórdão, assim se manifestando:

‘Ora, é preciso ampliar a motivação condenatória, pois é perfeitamente permitido ao magistrado definir a motivação da dispensa, se houve ou não abandono de emprego, desde que tenha sua convicção firmada por prova nesse sentido, a teor do artigo 131 do CPC.

É preciso acolher os embargos de declaração para revelar que não houve substituição do empregador pelo magistrado, no



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

exercício do poder diretivo da empresa, mas sim a prova e caracterização incontroversa da presença do ou seja, da verdadeira intenção de abandonar o emprego, seguida imediatamente do 'animus abandonandi', ajuizamento desta ação.

(...)

Daí a necessidade de apreciar essas premissas sob o ângulo dos arts. 818, da CLT e 333, I, do CPC, pois não se trata de exercitar o 'poder diretivo' do empregador, mas sim apreciar as provas e fatos incontroversos nos autos, para concluir que o reclamado ora embargante NÃO TINHA OUTRA OPÇÃO, SENÃO A DE DISCUTIR JUDICIALMENTE O MOTIVO DA DISPENSA.

(...)

Dessa forma, requer a apreciação da satisfação do ônus da prova e possível violação dos arts. 818, da CLT e 333, I, do CPC, e também a possibilidade de violação da alínea 'i', do art. 482, da CLT, haja vista a caracterização nítida do animus abandonandi na espécie.

(...)

Em face de todo o exposto, o embargante pede e espera que sejam acolhidos estes declaratórios, com vistas ao prequestionamento as questões acima delineadas, com o que invoca os doutos suplementos de Vossas Excelências'. (fls. 497/499)

Sem razão, no entanto.

O v. acórdão embargado está devidamente fundamentado, expondo com clareza as razões formadoras da convicção, tendo, inclusive, adotado tese explícita sobre as matérias devolvidas ao conhecimento deste Regional pela parte. A reclamada, nas razões recursais, não apontou qualquer omissão a ser suprida.

Com efeito, as razões trazidas nos embargos de declaração demonstram claramente que, a par da alegada omissão, o inconformismo da embargante reside na solução dada ao litígio, a qual não comporta reexame pela via estreita dos embargos de declaração.

Os embargos declaratórios não são o meio recursal próprio para a revisão do que foi decidido. Trata-se, na realidade, de modalidade de recurso com destinação específica para sanar omissões, contradições e obscuridades contidas no corpo da decisão judicial (e, mais recentemente, para o caso de manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso, conforme art. 897-A da CLT).

Cabe destacar que eventual contrariedade entre o posicionamento do julgador e as provas dos autos não consistiria em omissão (ausência de fundamentação ou de análise de pedido) ou contradição (existente entre a fundamentação e a conclusão do julgado), mas efetivo error in iudicando,



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

cuja correção reclamaria a interposição de recurso adequado, se cabível, a ser examinado pelo órgão julgador *ad quem*.

A jurisprudência também admite o uso dos embargos declaratórios com a finalidade de prequestionamento. Contudo, não é essa a hipótese dos autos. Mesmo para fins de prequestionamento, só se justifica o acolhimento dos embargos de declaração diante da existência de alguma das imperfeições dos arts. 535 do CPC e 897-A da CLT, o que não se observa no presente caso, uma vez que o v. acórdão apresentou fundamentos claros e coerentes sobre todas as teses devolvidas ao conhecimento deste E. Tribunal.

Desse modo, como foi devidamente entregue a prestação jurisdicional, não havendo qualquer vício no v. acórdão a ser colmatado, rejeito.

Outrossim, diante da manifesta intenção da embargante em rediscutir matéria já tratada no v. acórdão, condeno-a ao pagamento de multa, na importância de 1% sobre o valor da causa, nos termos do art. 538, parágrafo único, do CPC. Ressalto que tal condenação não se confunde com a má-fé processual disciplinada nos artigos 17 e 18 do CPC, sendo, no caso dos embargos, necessário somente o requisito objetivo de serem protelatórios.

Rejeito.” (págs. 492-493)

De início, prejudicada a análise da violação indicada dos artigos 5º, XXXV e LV, da Constituição Federal e 897-A, da CLT, por aplicação da Súmula nº 459 do Tribunal Superior do Trabalho.

O artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal dispõe que as decisões judiciais serão fundamentadas, sob pena de nulidade, cabendo ao Magistrado enfocar os pontos relevantes e pertinentes para a resolução da controvérsia.

Ao decidir, o juiz deve, além de fundamentar sua decisão, analisar as matérias fáticas necessárias à defesa da parte, bem como enfrentar a tese jurídica aventada pelo recorrente para que seja suprido o requisito do prequestionamento, essencial ao aviamento do recurso de revista, tendo em vista sua natureza extraordinária.

Conforme se verifica das transcrições do excerto recorrido, não há falar em omissão e tampouco em contradição do julgado, pois, ao contrário do alegado pela reclamante, o Regional bem fundamentou sua decisão, manifestando-se expressamente sobre o momento da saída da reclamante do trabalho, bem como o pedido de rescisão indireta por ela realizado por meio do ajuizamento de ação judicial.

Destaque-se que eventual julgamento contrário aos interesses da parte não importa em negativa de prestação jurisdicional.



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

É o que se observa no caso em tela, tendo em vista que a reclamada apenas apresenta seu inconformismo com a decisão que lhe foi desfavorável.

Por fim, eventual omissão da Corte regional quanto aos dispositivos legais, constitucionais e ao entendimento consolidado desta Corte superior ou do Supremo Tribunal Federal não implica nulidade, por ausência de prejuízo à parte (art. 794 da CLT), visto que dizem respeito à matéria de direito, considerando-se, assim, prequestionadas as matérias implicitamente na forma do item III da Súmula nº 297 do Tribunal Superior do Trabalho.

Dessa forma, não se evidencia violação dos artigos 93, inciso IX, da Constituição Federal, 458, II, do CPC de 1973 ou 832 da CLT.

Não conheço.

2. AJUIZAMENTO DE AÇÃO COM PEDIDO DE RESCISÃO INDIRETA. NÃO RECONHECIDO. JUSTA CAUSA. ABANDONO DE EMPREGO.

I - CONHECIMENTO

A reclamada sustenta que o ajuizamento da demanda somente poucos dias após o último dia trabalhado pela reclamada, além de impedir qualquer atitude da reclamada no sentido de rescindir o contrato por justa causa por abandono de emprego, evidenciou o "*animus abandonandi*" da reclamante.

Argumenta ainda que ante o ajuizamento da ação pela reclamante, não restou nenhuma alternativa à reclamada se não a discussão da questão no âmbito judicial.

Aponta violação dos artigos 482, "i", e 818 da CLT e 333, I, do CPC/73. Transcreve arestos para demonstrar o conflito de teses.

O Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região assim se manifestou acerca do tema:

"Nos termos da peça recursal, pretende a reclamante a reforma da sentença ao argumento de que, 'restou comprovado a prática de labor em escalas variadas, inclusive dentro da própria semana de trabalho, o que prejudicava a recorrente e prejudica todos os empregados dessa empresa,



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

eis que a recorrente e qualquer dos empregados nunca poderia ter outra ocupação ou mesmo estudar' (fls. 465/466). Alega ainda irregularidade no pagamento de salário por hora quando na realidade tratava-se de empregado mensalista, pagamento de salário por fora (gorjetas) e existência de assédio moral, sucessivamente, requer seja, pelo menos, afastado o abandono de emprego reconhecido na origem.

Analiso.

Nos termos da inicial e como bem destacado pelo d. juízo de origem, *'Postulou a autora a rescisão indireta com fundamento: a) na quantidade de escalas mensais com horários variados, o que a impedia de ter outra ocupação ou estudar; b) no 'pagamento de salário por hora, enquanto a Reclamante era uma autêntica mensalista, via do qual, tal como expressa os espelhos de ponto, praticava supressão salarial grave'; c) no 'Pagamento por fora (extra folha) das gorjetas, caracterizando perda salarial e direitos reflexos (FGTS, INSS, dentre outros) e d) no 'Assédio moral, como acima posto, por ausência de alimentação ou fornecimento de alimentação estragada.'* (fl. 288).

Inicialmente cumpre destacar que não procede a alegação obreira de irregularidade na contratação em virtude das escalas mensais estabelecidas com horários variados, fato que, segundo sustenta, lhe impedia de ter outras ocupações ou estudar, uma vez que o próprio contrato pactuado prevê, de forma expressa, a adoção desse regime de trabalho, conforme escalas estabelecidas pela contratante, seja em horário diurno ou noturno. Além disso, tal situação não se enquadra em nenhuma das hipóteses do art. 483 da CLT de forma a justificar a pretendida rescisão indireta do contrato de trabalho.

Por outro lado, os pedidos relativos à alegada ilegalidade no pagamento de salário por hora, enquanto a reclamante era mensalista, ao alegado 'pagamento por forma' referente às gorjetas e ao assédio moral foram integralmente rejeitados.

Sendo assim, correta a r. sentença ao rejeitar o pleito de rescisão indireta.

O mesmo não se pode dizer quanto ao reconhecimento do abandono de emprego.

Restou incontroverso nos autos que a reclamante trabalhou somente até o dia 11-9-2013, não mais retornando ao serviço e optando por ajuizar reclamatória trabalhista em desfavor de sua empregadora. Tais fatos evidenciam a intenção obreira de não mais retornar ao trabalho, o que, em tese, poderia caracterizar o abano de emprego, uma vez que não reconhecida da justa causa patronal justificadora da rescisão indireta do contrato de trabalho.

No entanto, o que se verifica nos autos é que a reclamada optou por não promover a dispensa da reclamante por justa causa, ao contrário, pede para que o judiciário o faça. No entanto, com a devida vênia do d. juízo de origem, não cabe ao juiz substituir o empregador no exercício do poder de direção da empresa.



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

Assim, não tendo a reclamada promovido a dispensa da obreira motivada no abandono de emprego e ficando evidente a intenção da reclamante de dar fim ao contrato de trabalho, forçoso reconhecer que a rescisão do pacto laboral se deu, sem justa causa e a pedido da empregada, a partir de 11-9-2013, data que deverá ser anotada pela reclamada, no prazo de oito dias, contados de sua intimação para tanto, após o trânsito em julgado, sob pena de multa diária de R\$ 200,00, até o limite de 10 dias, conforme fixado na r. sentença (fl. 290).

Destarte, condeno a reclamada ao pagamento de férias proporcionais a 2/12 acrescidas de 1/3 e do 13º proporcional a 8/12. Conforme bem observou a r. sentença, o saldo de salário já foi quitado, sendo indevida a parcela. Ressalto, por fim, que não houve pleito de dedução do aviso-prévio não trabalhado na contestação.” (págs. 468-470 – grifou-se)

O agravante logrou demonstrar conflito jurisprudencial, por meio do aresto (pág. 585-586), oriundo do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, em que aquela Corte entendeu da seguinte maneira: “O não reconhecimento judicial da justa causa patronal, imputada pelo empregado, que deixou o emprego, utilizando-se da faculdade conferida pelo artigo 483, parágrafo 3º, da CLT, resolve-se, necessariamente, no reconhecimento de abandono de emprego. Com efeito, estão presentes os requisitos deste: ânimo do empregado no término do contrato de trabalho, e ausência de motivo que justifique este interesse” (pág. 585).

II - MÉRITO

Na presente situação, a Corte regional consignou na decisão recorrida que “restou incontroverso nos autos que a reclamante trabalhou somente até o dia 11-9-2013, não mais retornando ao serviço e optando por ajuizar reclamatória trabalhista em desfavor de sua empregadora”, bem como que “a reclamada optou por não promover a dispensa da reclamante por justa causa, ao contrário, pede para que o judiciário o faça” (pág. 469).

Assim, concluiu a Corte regional, tendo em vista o não acolhimento do pedido de rescisão indireta formulado pela reclamante, que “não tendo a reclamada promovido a dispensa da obreira motivada no abandono de emprego e ficando evidente a intenção da reclamante de dar fim ao contrato de trabalho, forçoso reconhecer que a rescisão do pacto laboral se deu, sem justa causa e a pedido da empregada, a partir de 11-9-2013” (pág. 469).

A tese defendida pela reclamada é no sentido de que o ajuizamento da demanda, com pedido de rescisão indireta, por si só,



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

implica na comprovação do "*animus abandonandi*", bem como que o exíguo espaço de tempo entre o último dia trabalhado e o ajuizamento da demanda (14 dias), impediu a recorrente de tomar as atitudes administrativas cabíveis para formalizar a rescisão por justa causa, não lhe restando alternativa que não a discussão judicial do tema.

Assim, cinge-se a discussão acerca do cabimento da dispensa motivada, por abandono de emprego, em razão de a reclamante ter deixado de comparecer ao trabalho e após alguns dias, ajuizado a presente demanda, em que pleiteia a rescisão indireta do contrato de trabalho.

De acordo com as razões apresentadas pela reclamante para requerer a rescisão indireta do contrato de trabalho, a reclamada teria, em tese, deixado de cumprir as obrigações do contrato, enquadrando-se assim na alínea "d" do artigo 483 da CLT.

Desta forma, o § 3º do mesmo dispositivo legal autoriza o trabalhador a "pleitear a rescisão de seu contrato de trabalho e o pagamento das respectivas indenizações, permanecendo ou não no serviço até final decisão do processo".

Resulta, portanto, que a continuidade da prestação dos serviços após a formalização do pedido de rescisão indireta, seja ela pela via judicial, ou não, é uma faculdade do trabalhador.

Assim, embora o ajuizamento da demanda com o pedido de rescisão indireta implique efetivamente na demonstração do "*animus rescindendi*", não implica, na comprovação do "*animus abandonandi*" necessário para configurar o abandono de emprego previsto no artigo 482 "i", da CLT.

Destaque-se que o posterior não acolhimento da rescisão indireta em nada altera a situação dos autos, tendo em vista que o ponto nodal analisado é a intenção da trabalhadora no momento da rescisão, bem como, o acolhimento judicial da modalidade rescisória depende de análise subjetiva a ser realizada pelo Magistrado.

Neste ponto é importante diferenciar o "*animus rescindendi*" do "*animus abandonandi*". No primeiro o trabalhador demonstra o interesse em rescindir o contrato, notificando o empregador pela via judicial ou administrativa de sua intenção, seja ela pela modalidade direta, ou seja, sem justa causa e a pedido, ou pela via indireta, modalidade escolhida no caso em análise.



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

Já no abandono de emprego, é necessário demonstrar o total desinteresse do trabalhador na continuidade da relação de emprego, havendo ainda conduta desidiosa na comunicação do empregador de sua intenção, isto se dá, por exemplo, com o não comparecimento prolongado e injustificado ao trabalho ou, em menor período de tempo, se demonstrado que o trabalhador iniciou outra relação de trabalho com horários ou atividades incompatíveis com a relação laboral anterior.

Em outras palavras, o "*animus abandonandi*" se caracteriza por uma conduta omissiva do trabalhador, ao passo que o "*animus rescindendi*" se caracteriza por uma conduta comissiva.

Tratam-se, portanto, de situações muito distintas, além de que o abandono de emprego demanda a comprovação por meio de produção probatória robusta, não sendo possível presumir o "*animus abandonandi*" da trabalhadora com base apenas em indícios.

Sendo assim, correta a decisão Regional que ao afastar a rescisão indireta e não acolher a alegação de abandono de emprego, reconheceu a rescisão sem justa causa, a pedido da reclamante ante a demonstração do "*animus rescindendi*".

Neste sentido, destaco os seguintes precedentes desta Corte superior:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. APELO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 13.015/2014. RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO. PRERROGATIVA DO EMPREGADO DE PERMANECER LABORANDO ATÉ O FINAL DA AÇÃO. AFASTAMENTO DA TESE PATRONAL DE ABANDONO DE EMPREGO. No caso de rescisão indireta do contrato de trabalho motivada pelo descumprimento, por parte do empregador, de suas respectivas obrigações, poderá ou não o trabalhador permanecer laborando. No caso dos autos, fica afastada a tese patronal de abandono de emprego por período superior a trinta dias, uma vez que procedeu a Reclamada à rescisão do contrato por justa causa em 10/4/2015, desconsiderando a ação ajuizada pelo Autor em 24/2/2015, postulando a rescisão indireta do contrato de trabalho. Agravo de Instrumento conhecido e não provido.” (AIRR - 182-86.2015.5.12.0038, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, DEJT 24/6/2016)



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. (...). RECONHECIMENTO DA DEMISSÃO. RESCISÃO INDIRETA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. HOMOLOGAÇÃO SINDICAL. Não restando provada a prática de falta grave autorizadora da rescisão indireta e tampouco o abandono de emprego, forçoso o reconhecimento de que a rescisão contratual ocorreu sem justa causa, por iniciativa obreira, vale dizer, por demissão, não restando configurado o julgamento extra petita. Aplica-se, na hipótese, o princípio da substanciação, enunciado pelo brocardo *damih factum dabo tibi ius*, que faculta ao juiz dar enquadramento legal diverso daquele apontado pelas partes. E, em se tratando de demissão reconhecida em juízo, não se há falar em necessidade de homologação sindical para se conferir validade ao ato. Ao rejeitar os pedidos de rescisão indireta, o Regional gizou que os fatos detectados nos autos não se revestiram de gravidade suficiente para ensejar a ruptura contratual indireta, consignando que o obreiro não comprovou o labor em condições inadequadas e nem a jornada elastecida declinada na inicial, além de não ter demonstrado a existência de diferenças de FGTS não depositado, ônus que lhe competia. A questão, portanto, não foi decidida pelo Regional apenas com base na distribuição do *onus probandi*, mas, também, na prova efetivamente produzida e valorada, cujo reexame encontra óbice na Súmula nº 126 desta Corte. A alegação de que o obreiro teria optado por permanecer no emprego até o julgamento final da reclamação não foi apreciada pelo Regional, de modo que o exame da matéria, sob tal fundamento, encontra óbice na Súmula nº 297 desta Casa. (...)” (AIRR - 118-04.2013.5.03.0101, Relator Desembargador Convocado Breno Medeiros, 8ª Turma, DEJT 27/2/2015 - grifou-se)

“RECURSO DE REVISTA - PLEITO DE RESCISÃO INDIRETA - IMPROCEDÊNCIA - CONVERSÃO EM DEMISSÃO VOLUNTÁRIA - AVISO PRÉVIO - DESNECESSIDADE 1. Não há falar em justa causa por abandono de emprego quando a rescisão indireta do contrato de trabalho, apontada na reclamação trabalhista movida pelo empregado, não é reconhecida. A ausência de comprovação da rescisão indireta do contrato de trabalho em juízo não importa em justa causa por abandono de emprego, mas em pedido de demissão, sendo devidas as parcelas trabalhistas daí decorrentes - pagamento proporcional do décimo terceiro salário e das férias. Precedentes. 2. Esta Corte tem entendido que o ajuizamento de reclamação trabalhista objetivando a rescisão indireta supre a obrigação de pré-avisar o empregador. Precedente da C. SBDI-1. (...)” (RR - 95500-19.2002.5.03.0001, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, DJ 18/3/2008)

Diante do exposto, **nego provimento** ao recurso de revista da reclamada neste tópico.



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

3. MULTA POR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTETATÓRIOS.

CONHECIMENTO

A Reclamada argumenta que a imposição de multa em razão da interposição de embargos declaratórios considerados protetatórios deve ser afastada, mediante o argumento de que foram interpostos com a finalidade de prequestionar a matéria, bem como sanar omissões importantes do acórdão embargado

Aponta violação do artigo 538, parágrafo único, do CPC de 1973.

Eis os fundamentos da decisão recorrida:

“OMISSÃO. PREQUESTIONAMENTO

Em decisão proferida em face de embargos de declaração opostos pela reclamada, decidiu a 2ª Turma deste eg. Regional por acolher os aclaratórios, conferindo-lhes efeito modificativo para, nos termos do voto do relator, reconhecer que a rescisão do pacto laboral se deu, sem justa causa, a pedido da empregada, a partir de 11-9-2013 e condenar a reclamada ao pagamento de férias proporcionais a 2/12 acrescidas de 1/3 e do 13º proporcional a 8/12.

Inconformada, a reclamada interpõe novos embargos de declaração, suscitando a existência de omissão no v. acórdão, assim se manifestando:

‘Ora, é preciso ampliar a motivação condenatória, pois é perfeitamente permitido ao magistrado definir a motivação da dispensa, se houve ou não abandono de emprego, desde que tenha sua convicção firmada por prova nesse sentido, a teor do artigo 131 do CPC.

É preciso acolher os embargos de declaração para revelar que não houve substituição do empregador pelo magistrado, no exercício do poder diretivo da empresa, mas sim a prova e caracterização incontroversa da presença do ou seja, da verdadeira intenção de abandonar o emprego, seguida imediatamente do 'animus abandonandi', ajuizamento desta ação.

(...)

Daí a necessidade de apreciar essas premissas sob o ângulo dos arts. 818, da CLT e 333, I, do CPC, pois não se trata de exercitar o 'poder diretivo' do empregador, mas sim apreciar as provas e fatos incontroversos nos autos, para concluir que o reclamado ora embargante NÃO TINHA OUTRA OPÇÃO,



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

SENÃO A DE DISCUTIR JUDICIALMENTE O MOTIVO DA DISPENSA.

(...)

Dessa forma, requer a apreciação da satisfação do ônus da prova e possível violação dos arts. 818, da CLT e 333, I, do CPC, e também a possibilidade de violação da alínea 'i', do art. 482, da CLT, haja vista a caracterização nítida do animus abandonandi na espécie.

(...)

Em face de todo o exposto, o embargante pede e espera que sejam acolhidos estes declaratórios, com vistas ao prequestionamento as questões acima delineadas, com o que invoca os doutos suplementos de Vossas Excelências'. (fls. 497/499)

Sem razão, no entanto.

O v. acórdão embargado está devidamente fundamentado, expondo com clareza as razões formadoras da convicção, tendo, inclusive, adotado tese explícita sobre as matérias devolvidas ao conhecimento deste Regional pela parte. A reclamada, nas razões recursais, não apontou qualquer omissão a ser suprida.

Com efeito, as razões trazidas nos embargos de declaração demonstram claramente que, a par da alegada omissão, o inconformismo da embargante reside na solução dada ao litígio, a qual não comporta reexame pela via estreita dos embargos de declaração.

Os embargos declaratórios não são o meio recursal próprio para a revisão do que foi decidido. Trata-se, na realidade, de modalidade de recurso com destinação específica para sanar omissões, contradições e obscuridades contidas no corpo da decisão judicial (e, mais recentemente, para o caso de manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso, conforme art. 897-A da CLT).

Cabe destacar que eventual contrariedade entre o posicionamento do julgador e as provas dos autos não consistiria em omissão (ausência de fundamentação ou de análise de pedido) ou contradição (existente entre a fundamentação e a conclusão do julgado), mas efetivo error in iudicando, cuja correção reclamaria a interposição de recurso adequado, se cabível, a ser examinado pelo órgão julgador *ad quem*.

A jurisprudência também admite o uso dos embargos declaratórios com a finalidade de prequestionamento. Contudo, não é essa a hipótese dos autos. Mesmo para fins de prequestionamento, só se justifica o acolhimento dos embargos de declaração diante da existência de alguma das imperfeições dos arts. 535 do CPC e 897-A da CLT, o que não se observa no presente caso, uma vez que o v. acórdão apresentou fundamentos claros e coerentes sobre todas as teses devolvidas ao conhecimento deste E. Tribunal.

Desse modo, como foi devidamente entregue a prestação jurisdicional, não havendo qualquer vício no v. acórdão a ser colmatado, rejeito.



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

Outrossim, diante da manifesta intenção da embargante em rediscutir matéria já tratada no v. acórdão, condeno-a ao pagamento de multa, na importância de 1% sobre o valor da causa, nos termos do art. 538, parágrafo único, do CPC. Ressalto que tal condenação não se confunde com a má-fé processual disciplinada nos artigos 17 e 18 do CPC, sendo, no caso dos embargos, necessário somente o requisito objetivo de serem protelatórios.

Rejeito.” (págs. 492-493)

Consoante se extrai dos termos da decisão referente aos embargos de declaração interpostos ao acórdão do julgamento do recurso ordinário, ao fundamento de que os referidos embargos tiveram índole protelatória, a Corte regional condenou o reclamado ao pagamento da multa de 1% sobre o valor da causa.

O artigo 538, parágrafo único, do CPC de 1973 prevê a aplicação de multa à parte apenas quando apresentar embargos de declaração com o intuito manifestamente protelatório.

Na hipótese dos autos, os embargos de declaração apresentados pela reclamada objetivaram a manifestação da Corte regional sobre argumentos tidos como expressamente apresentados em seu recurso ordinário que, ao entendimento da parte, seriam relevantes ao deslinde da controvérsia e que foram desconsiderados por aquela Corte.

Na hipótese, verifica-se que o Regional analisou exaustivamente os temas tratados nos embargos de declaração, não se verificando, portanto, omissões no julgado.

Logo, não havia necessidade de interposição dos embargos de declaração, sendo, em consequência, devida a multa, pelo que não se há falar em contrariedade ao artigo 538, parágrafo único, do CPC de 1973,

Não conheço.

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMANTE

1. INTERVALO INTRAJORNADA. JORNADA CONTRATUAL DE SEIS HORAS. PRORROGAÇÃO HABITUAL. INTERVALO DE UMA HORA. SÚMULA Nº 437, IV, DO TST.

I - CONHECIMENTO



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

A reclamante sustenta que laborava em regime habitual de sobrejornada, extrapolando o limite de seis horas diárias, sendo-lhe devida a fruição do intervalo intrajornada de 1 (uma) hora.

Sustenta que o entendimento lançado pela Corte regional no sentido de que somente seria devido o intervalo de 1 (uma) hora, nos dias em que houve extrapolamento da jornada superior a 30 (trinta) minutos, viola o disposto no artigo 71, da CLT e contraria o entendimento firmado na Súmula nº 437, IV, do TST.

Transcreve arestos para demonstrar o conflito de teses.

Eis os fundamentos da decisão recorrida:

“HORAS EXTRAS. INTERVALO INTRAJORNADA

O d. Juízo de origem, deferiu o pedido de horas extras e intervalo intrajornada, com reflexos.

Inconformada, recorre a reclamada insistindo na regularidade dos cartões de ponto juntados, sustentando estarem legíveis. Alega que, tendo juntado aos autos os cartões de ponto, cumpria à reclamante demonstrar o alegado labor em sobrejornada, ônus do qual não se desincumbiu já que a prova oral restou dividida. Pede o afastamento da condenação ao pagamento de horas extras e das horas de intervalo. Ainda, quanto ao intervalo intrajornada, requer que, caso mantida a condenação, que essa seja limitada aos minutos supostamente não usufruídos.

Analiso.

Inicialmente verifico que, ao contrário do que sustenta a reclamada, os cartões de ponto juntado às fls. 110/122, como bem destacado na sentença de origem, estão ilegíveis, à exceção do referente ao mês de dezembro de 2012.

Isso posto, considero que a r. sentença analisou adequadamente a prova dos autos no que tange à efetiva jornada realizada pela obreira. Assim, em homenagem aos princípios da economia e celeridade processuais e, sobretudo, por comungar com os motivos ali assentados pelo MM. Juízo de origem, adoto como razões de decidir, com a devida vênia, os fundamentos da r. sentença atacada, *verbis*:

‘A ré colacionou os controles de jornada às fls. 57/74. No entanto, tais documentos estão ilegíveis, com exceção da folha de ponto relativa ao mês de dezembro/2012 (fls. 61).

Portanto, os cartões de ponto subsistem como meio de prova da jornada não laborada, com exceção do controle relativo a dezembro/2012. Este último demonstra uma variedade de horários de entrada e saída condizentes com a realidade fática, sendo importante ressaltar que a mera falta de assinatura



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

do obreiro e ausência de recibo não invalida o referido documento.

Sobre a matéria, importa destacar o entendimento jurisprudencial:

PONTO ELETRÔNICO - ESPELHOS NÃO ASSINADOS - VALIDADE - A CLT não exige assinatura nos espelhos de ponto para validar os horários neles consignados. O sistema de marcação eletrônica vai ao encontro dos anseios tecnológicos da atual dinâmica de gestão empresarial. A validade do procedimento é referendada pelo ministério do trabalho, o qual disciplina atualmente o tema através da portaria MTE nº 1.510, de 21 de agosto de 2009. Destarte, a invalidação dos registros em que constam horários variados de entrada e saída, inclusive com marcação de horas extras, depende de prova a cargo do trabalhador, observando-se os preceitos jurisprudenciais da súmula nº 338, do c. TST, não bastando a mera impugnação em audiência. (TRT-02ª R. - Proc. 0000633-11.2011.5.02.0433 - (20131164583) - Rel. Rovirso A. Boldo - DJe 28.10.2013)

Assim, com exceção do mês de dezembro/2012, o ônus da prova da jornada laborada é da ré, a teor do disposto na súmula 338, I:

'I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário.'

A primeira testemunha da autora afirmou (fls. 246): 'que a depoente registrava 6h de jornada, mas trabalhava mais do que isso; que na chegada a depoente anotava o horário correto; que na saída muitas vezes batia o ponto e continuava para terminar o serviço; que a depoente tinha 15min. de intervalo, mas não tirava; que a depoente batia o ponto do intervalo, mas continuava trabalhando; que quando a depoente entrava às 17h poderia sair por volta das 23h/23:30h ou ficar escalada para o fechamento, saindo somente quando terminasse o serviço, o que ocorria depois das 24h'.

A segunda testemunha da obreira disse (fls. 247): 'que o turno da depoente variava; que quando entrava às 17h, na segunda feira, costumava sair entre 23h/24h, mas nas sextas e sábados costumava sair entre 1h/2h; que na quinta-feira, se fosse muito movimentado, poderia ocorrer como nas sextas e sábados; que a depoente não tirava intervalo; que a depoente batia o ponto no intervalo, mas continuava trabalhando'; 'que ser escalado para o fechamento ocorria cerca de 2 vezes por semana depois que acabavam o turno e de servir as mesas, para fazer alguns serviços, tais como polir talheres'; 'que o serviço a



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

que a depoente se referiu demorava cerca de 1:30h/2h'; 'que quando estava escalada para o fechamento, mesmo no turno de 8h, a depoente batia o cartão e continuava trabalhando'.

A terceira testemunha da autora relatou (fls. 252): 'que o ponto da saída daqueles que trabalhavam à noite era registrado quando a cozinha fechava, às 24h nos dias de semana e às vezes à 01h da manhã nos finais de semana; que apesar de registrado ponto de saída todos os funcionários continuavam no estabelecimento para limpeza, recolhimento de pratos e talheres e dos equipamentos mais caros'; 'que em média a jornada somente só encerrava em torno de 02h30min da manhã'.

A primeira testemunha da ré aduziu (fls. 247/48): 'que o depoente, quando atendente, trabalhava em escala de 6h ou 8h, no período noturno; que o depoente entrava em horário variável, entre 17h e 19h; que o depoente registrava corretamente o ponto na entrada e na saída; que o depoente tinha intervalo de 15min. quando em escala de 6h e acima de 6h, 1h de intervalo; que o depoente usufruía do intervalo; que não havia proibição para registrar o horário correto e se fizesse horas extras, estas eram registradas'; 'que quem entra às 19h sai mais tarde do que quem entrou às 17:30h; que o depoente, quando entrava às 19h, saía no máximo às 1:30h/2h; que o depoente via a reclamante sair; que a reclamante costumava sair antes do depoente; que quando o cliente chega perto do horário de fechamento fica no máximo até duas horas a mais; que todos os atendentes usufruem do intervalo'; 'que ser escalonado para o fechamento e ter uma função de organização a ser realizada no final; que o trabalhador é escalonado para o fechamento cerca de duas vezes por semana'; 'que normalmente quem está escalonado para o fechamento entra mais tarde'.

A segunda testemunha da demanda, por sua vez, afirmou (fls. 248): 'que o turno de trabalho do depoente varia; que no período noturno pode entrar às 17:30h, 18h ou 18:30h; que no final do expediente o depoente bate o ponto e vai para casa; que quando está escalado para o fechamento o depoente entra mais tarde; que o depoente tem intervalo de 15min. na escala de 6h ou 1h na escala acima de 6h; que o depoente usufrui do intervalo'; 'que não há proibição para registrar o ponto corretamente; que se fizer hora extra, o ponto é registrado somente no final do trabalho'; 'que o depoente costuma sair por volta de 1h/1:20h quando está de fechamento; que quando não está de fechamento sai por volta de 23:30h'.

Como se vê, a prova restou dividida quanto ao correto registro das horas laboradas e gozo do intervalo. Estando a prova dividida, a parte que detinha o seu ônus, a ré, não se desincumbiu.



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

Em relação ao mês de dezembro/2012, demonstrou a autora às fls. 265/66 a existência de horas extras constante do respectivo registro e não pagas.

Tendo em vista os depoimentos acima e considerando que a controvérsia cinge-se ao horário de encerramento do labor, que a jornada da obreira era variável e que ela não estabeleceu na inicial uma jornada média no período do pacto, que em dezembro/2012 os horários de entrada foram em sua maioria próximos das 18h, e ainda que a empregada era escalada para fechamento duas vezes por semana, fixo a jornada da autora nos seguintes termos: a) deverão ser considerados para todos os meses laborados os horários de entrada e as folgas constantes do registro de ponto de dezembro/2012; b) de domingo a quinta-feira, saída às fls. 00h30min; c) dois dias dentre os anteriores, saída às 01h30min (escala de fechamento); d) sexta-feira e sábado, saída às 02h; e) sempre sem intervalo; f) em sendo o horário de saída aqui fixado menor que o constante na jornada de dezembro/2012, deverá prevalecer este último.

Defiro como extras as excedentes da 6ª diária e 36ª semanal. Acrescidas do adicional de 50%. Divisor 180. Não procede a alegação da ré de somente a horas que extrapolaram à 44ª semanal poderiam ser consideradas como extras, posto que a jornada descrita à página 3 da contestação (fls. 102) é de seis horas, configurando ajuste tácito que se incorpora ao contrato de trabalho.

Em relação ao mês de dezembro/2012, defiro as horas extras pelo quantitativo apontado pela obreira na impugnação.

Por serem as horas extras habituais, defiro os pedidos de diferenças reflexas, pela sua integração na base de cálculo da remuneração em repouso remunerado (Súmula 172 do TST), 13º salários (Súmula 45 do TST), férias acrescidas de 1/3 (art. 142, § 5º, da CLT), FGTS (Súmula 63 do TST).

Nos termos da OJ 394 da SDI-1 não são devidas diferenças reflexas dos reflexos das horas extras em RSR, por caracterizarem bis in idem.

Indefiro os pedidos de reflexos em aviso prévio indenizado e multa de 40% do FGTS, face à forma de rescisão operação na hipótese, conforme se verá em tópico adiante. Pelo mesmo fundamento anterior, os reflexos do FGTS deverão ser recolhidos à conta vinculada da obreira.

Deverão ser observados como critérios de apuração o disposto no artigo 73, §§ 1º e 2º e 58, § 1º, da CLT.' (fls. 281/285)

Com relação ao intervalo intrajornada, verifico que, de acordo com a jornada de trabalho fixada na sentença e controle de ponto referente ao mês de dezembro de 2012 e em decorrência das horas extras habituais, a jornada



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

de 6 horas diárias era usualmente extrapolada. Tal situação, conforme entendimento cristalizado pela Súmula nº 437, IV, do c. TST, gera o direito obreiro ao gozo do intervalo mínimo de 1 hora, nos termos do art. 71, caput da CLT.

No entanto, nesta eg. 2ª Turma pacificou-se o entendimento de que atrasos de poucos minutos são insuficientes para a aplicação da Súmula nº 437, inciso IV, do c. TST, sendo razoável a fixação de um patamar mínimo de 30 minutos extras que, se ultrapassados, ensejam o pagamento de 1 hora diária, acrescida de 50%, nos termos do § 4º do artigo 71 da CLT.

Assim, reformo parcialmente a r. sentença para reconhecer que o pagamento de 1 hora de intervalo intrajornada, acrescida do adicional de 50%, apenas é devido nos dias em que o labor for além de 30 minutos, após a jornada de 6 horas, conforme se apurar do controle de jornada referente ao mês de dezembro de 2012 e da jornada fixada na origem para os demais.

Por fim, ressalto que a concessão parcial do intervalo intrajornada implica no pagamento total do período correspondente, e não apenas do tempo faltante para sua integralidade, com adicional de 50%, devendo o valor integrar a remuneração para todos os efeitos, dada a habitualidade da sobrejornada, nos termos das Súmulas nº 437, I e III, do c. TST e nº 2 deste Regional.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso.” (pág. 440-443 - grifou-se)

Com razão.

No que diz respeito ao intervalo devido de uma hora em razão do cumprimento de jornada superior a seis horas, a matéria não admite maiores discussões, tendo em vista que o entendimento acerca do tema se encontra pacificado por meio da Orientação Jurisprudencial nº 380 da SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho, a qual encontra-se atualmente, convertida na Súmula nº 437, IV, do TST, com a seguinte redação:

IV - Ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e alimentação não usufruído como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, caput e § 4º da CLT.

Conclui-se, portanto, que o Regional, ao limitar a condenação no pagamento de 1 (uma) hora de intervalo, somente nos dias



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

em que o trabalho em sobrejornada tenha extrapolado 30 (trinta) minutos, proferiu entendimento em contrariedade à Súmula nº 437, IV, do TST.

Diante do exposto, **conheço**, do recurso de revista por contrariedade à Súmula nº 437, IV, do TST.

II - MÉRITO

Ante o conhecimento do recurso de revista por contrariedade à Súmula nº 437, IV, do TST, a consequência lógica é o seu provimento.

Assim, **dou provimento** ao recurso de revista, para restabelecer a sentença no aspecto, que condenou a reclamada no “pagamento das horas de intervalo, nos termos do artigo 71, § 4º, da CLT, nos dias em que o obreiro se ativou em jornada superior a seis horas” (pág. 287).

2. DEVOLUÇÃO DE VALORES GASTOS COM UNIFORME. UTILIZAÇÃO DE CALÇADO DE ACORDO COM AS DETERMINAÇÕES DO EMPREGADOR.

I - CONHECIMENTO

A reclamante alega que a reclamada exigia o uso de calçado na cor preta na execução de suas atividades, sem, no entanto, fornecê-lo, obrigando assim a reclamada a arcar com tais custos.

Aponta violação do artigo 2º, *caput*, da CLT. Transcreve aresto para demonstrar o conflito de teses.

A Corte regional assim se pronunciou acerca do tema:

“DEVOLUÇÃO DO VALOR DO UNIFORME

O d. juízo de origem, ao argumento de que ‘se a empresa obriga o uso de sapatos de determinada cor deve fornecê-los gratuitamente, pois a ela cabe os custos da atividade econômica (artigo 2º, § 2º, da CLT)’ (fl. 288), deferiu o pedido ressarcimento de valores gastos pela obreira com os calçados, no valor indicado na inicial de R\$ 300,00.

Inconformada, recorre a reclamada pleiteando a reforma da sentença para expurgar da condenação a obrigação de devolução do valor deferido a título de devolução do valor do uniforme. Para tanto, alega que, nos termos da sentença, a condenação se deu com base no depoimento do preposto no



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

sentido de que a reclamada, apesar de não especificar o modelo do calçado, exigia que fosse preto, sendo que, no seu entender, a simples exigência de uma cor de calçado não é suficiente para justificar a condenação. Alega ainda que a autora não fez qualquer prova do valor gasto a título de compra do calçado.

Analiso.

Na inicial alega a reclamante que *‘a Reclamada exigia que a Reclamante utilizasse um calçado preto antiderrapante (um tênis preto e uma botinha) com meias pretas na execução do trabalho, porém não lhe fora entregue junto ao uniforme de uso diário, ficando às expensas da Reclamante. A Reclamante teve que comprar o tênis, a botinha e as meias. Isso custou à Reclamante o valor de R\$ 300,00 (trezentos reais).’* (fl. 83)

O sócio da reclamada, em seu depoimento de fls. 428/429, informa que a empresa não repassa o calçado, mas não especifica o modelo, apenas a cor. No mesmo sentido foi o depoimento da testemunha conduzida pela reclamante, Sra. Lais Pinheiro Reis ao afirmar que *‘era obrigatório o uso do uniforme; que a reclamada fornecia blusa e a calça e somente não fornecia o sapato; que o sapato deveria ser preto e sem nenhum detalhe, mas não era exigido um modelo específico’* (fl. 249).

Com a devida vênia do entendimento do MM julgador de origem, entendo que a exigência por parte do empregador de que seus empregados utilizem sapatos na cor preta sem especificar um modelo ou características específicas não pode ser considerado como transferência dos custos da produção ou riscos da atividade econômica.

Não bastasse, não há nos autos qualquer prova do alegado valor supostamente gasto na aquisição de sapatos durante o contrato de trabalho.

Reformo a sentença para excluir da condenação a obrigação de devolução do valor deferido a título de devolução do valor do uniforme.

Dou provimento.” (págs. 444-445 - grifou-se)

Conforme se observa na transcrição acima, a Corte regional consignou no acórdão recorrido que o próprio sócio da reclamada “informa que a empresa não repassa o calçado, mas não especifica o modelo, apenas a cor”. Neste mesmo sentido foi o depoimento da testemunha, a qual informou “que *‘era obrigatório o uso do uniforme; que a reclamada fornecia blusa e a calça e somente não fornecia o sapato; que o sapato deveria ser preto e sem nenhum detalhe, mas não era exigido um modelo específico’*” (págs. 444-445 - grifou-se).

Verifica-se, portanto, que embora a reclamada não exigisse um modelo específico de calçado, especificava a cor e outras características deste, como a ausência de detalhes.

Ao agir desta maneira, a reclamada repassou uma parte dos custos e do risco da atividade econômica à reclamante, visto que

Firmado por assinatura digital em 15/03/2017 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

formulou exigência específica de uniforme a ser utilizado para a prestação de serviços sem fornecê-lo.

A CLT, ao especificar as características que identificam o empregador, estipula da seguinte maneira em seu artigo 2º, *caput*:

“Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.”

Em situações análogas, esta Corte superior tem firmado entendimento, no sentido de ser cabível a fixação de indenização com os gastos realizados pelo trabalhador com a limpeza dos uniformes utilizados no trabalho, ainda que estes tenham sido fornecidos pelo empregador, por caracterizar-se como uma transferência do risco da atividade econômica, em violação ao disposto no artigo 2º, *caput*, da CLT, *in verbis*:

“RECURSO DE REVISTA. (...) 4. INDENIZAÇÃO POR LAVAGEM DE UNIFORMES. Destacou a Corte regional que a reclamada é empresa que atua no ramo de alimentação, sendo obrigada a observar normas legais específicas, dentre elas, a exigência de utilização de uniforme asseado, pelos empregados, no exercício de suas atividades, face determinações da vigilância sanitária. Assim, diante das atividades desenvolvidas, concluiu ser a reclamada quem deve arcar com as despesas necessárias para a lavagem de uniformes. A Jurisprudência desta Corte tem se posicionado no sentido de se considerar devida a indenização pela lavagem de uniforme nos casos em que a higienização dos uniformes é exigida pela atividade realizada empresa. Precedentes. Incidência da Súmula nº 333. Recurso de revista não conhecido. (...)” (RR - 165600-14.2007.5.04.0771, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, 2ª Turma, DEJT 27/4/2012)

“RECURSO DE REVISTA. (...) 3. INDENIZAÇÃO PELA LAVAGEM DO UNIFORME. Se a utilização de uniforme, em razão da atividade desenvolvida pela reclamada, é obrigatória, por certo que a respectiva manutenção deve ser suportada pelo empregador, inclusive quanto às despesas de lavagem, pois o empregador é que deve assumir os riscos da atividade econômica, o que implica arcar com todas as despesas daí decorrentes. Assim, e na esteira do entendimento desta Corte Superior, as despesas com a higienização do uniforme devem ser suportadas pelo empregador, nos termos do art. 2º da CLT, tendo em vista ser o detentor do



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

risco do empreendimento. Precedentes. Incidência do óbice previsto no artigo 896, § 4º, da CLT e na Súmula nº 333 do TST. Recurso de revista não conhecido. (...)” (RR - 1401-48.2011.5.04.0281, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT 26/9/2014)

"(...). INDENIZAÇÃO. REEMBOLSO PELAS DESPESAS EFETUADAS PELO EMPREGADO COM A LAVAGEM DE UNIFORMES. Discute-se, nos autos, se é devido o reembolso ao empregado das despesas efetuadas com a lavagem de uniforme, quando o seu uso for obrigatório. Esta Corte superior tem firmado o posicionamento no sentido de que os custos de conservação e limpeza do uniforme devem ser suportados pelo empregador, por ser dele o risco da atividade econômica, conforme dispõe o art. 2º da CLT. Precedentes. Nesse contexto, o Regional, ao manter a condenação quanto ao pagamento de indenização ao reclamante correspondente ao reembolso das despesas com a lavagem de uniformes, decidiu em consonância com a jurisprudência prevalecente nesta Corte Superior. Recurso de revista não conhecido. (...)” (RR-118-12.2011.5.04.0791, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT de 14/2/2014)

"(...) 2. INDENIZAÇÃO PELA LAVAGEM DE UNIFORME. Esta Corte Superior fixou entendimento no sentido de que, sendo o empregado obrigado a utilizar o uniforme fornecido pela Empresa, as eventuais despesas que o obreiro venha a suportar com a sua higienização devem ser suportadas pelo empregador, visto que é dele o risco do empreendimento, na forma do art. 2º da CLT. Precedentes. Recurso de revista não conhecido, no aspecto. (...)” (RR-1051-06.2011.5.04.0202, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, DEJT de 13/9/2013)

"(...). INDENIZAÇÃO PELA LIMPEZA DO UNIFORME. Esta Corte tem adotado o entendimento de que, no caso de o empregado ser obrigado a utilizar o uniforme fornecido pela empresa, a realização da despesa para higienização deve ser suportada pelo empregador. Incide na espécie a Súmula 333 desta Corte e o art. 896, § 4º, da CLT. (...)” (RR-RR-192-24.2010.5.04.0202, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, DEJT de 26/3/2013)

"RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO PELAS DESPESAS COM LAVAGEM DE UNIFORME. Esta Corte tem entendido que é do empregador o ônus relativo ao custo com a lavagem de uniformes somente quando a sua utilização é inerente à atividade econômica que desenvolve, ou seja, quando se mostra necessária ao próprio empreendimento, o que não é o caso dos autos, em que o próprio reclamante confessa que o uso do uniforme não é obrigatório. Recurso de revista a que se dá provimento, para julgar improcedente a reclamação trabalhista, tornando indevidos os honorários



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

advocatícios." (RR - 601-68.2012.5.04.0771, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, DEJT de 27/9/2013)

"(...) RESSARCIMENTO DE DESPESAS COM A LAVAGEM DO UNIFORME. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, os custos com a lavagem do uniforme de uso obrigatório é do empregador, uma vez que cabe a este arcar com os riscos e despesas do negócio - artigo 2º, 'caput', da CLT. Precedentes. Acórdão reformado, no particular.(...)" (RR-55900-92.2009.5.09.0513, Rel. Min. Pedro Paulo Manus, 7ª Turma, DEJT de 26/3/2013)

"RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO PELA LAVAGEM DOS UNIFORMES. Se a utilização de uniforme, em razão da atividade desenvolvida pela reclamada, é obrigatória, por certo que a respectiva manutenção deve ser suportada pelo empregador, inclusive quanto às despesas de lavagem, pois o empregador é que deve assumir os riscos da atividade econômica, o que implica arcar com todas as despesas daí decorrentes, mormente na hipótese dos autos, em que ficou incontroverso que a lavagem dos uniformes ocorria diariamente, conforme admitido pelo preposto da reclamada. Assim, e na esteira do entendimento desta Corte Superior, as despesas com a higienização do uniforme devem ser suportadas pelo empregador, nos termos do art. 2º da CLT, tendo em vista ser o detentor do risco do empreendimento. Recurso de revista conhecido e não provido, no particular." (RR - 264-49.2012.5.04.0781, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT 15/04/2014)

Diante do exposto, conclui-se a decisão regional que afastou a condenação da reclamada na devolução dos valores dispendidos com a aquisição do calçado, foi proferida em violação do artigo 2º, *caput*, da CLT.

Assim, **conheço** do recurso de revista por violação do artigo 2º, *caput*, da CLT.

I - MÉRITO

A consequência lógica do conhecimento do recurso de revista por violação do artigo 2º, *caput*, da CLT é o seu provimento.

Diante disso, **dou provimento** ao recurso de revista para restabelecer a sentença, no particular, que condenou a reclamada



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

no “ressarcimento de valores gastos pela obreira com os calçados, observado o limite do pedido” (pág. 289).

3. DIFERENÇAS SALARIAIS. GORJETA. INTEGRAÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA.

CONHECIMENTO

A reclamante sustenta que foi devidamente comprovada a inexistência de acordo firmado com os empregados da reclamada, no sentido de repassar 3% dos valores referentes às gorjetas para os funcionários da cozinha, tratando-se em verdade, de uma imposição da reclamada.

Argumenta a existência de confissão real da reclamada neste sentido, a qual não foi considerada na decisão recorrida, bem como prova testemunhal apontando no sentido de que caso não houvesse o repasse do valor pelo atendente, este receberia tratamento diferenciado pelos próprios funcionários da reclamada.

Requer o pagamento das diferenças de gorjetas, bem como a integração destes valores à remuneração.

Aponta violação do artigo 457 da CLT e contrariedade à Súmula nº 354 do TST. Transcreve arestos para demonstrar o conflito de teses.

Eis os fundamentos da decisão recorrida:

“DIFERENÇA DE GORJETAS. INTEGRAÇÃO À REMUNERAÇÃO

O d. juízo de origem indeferiu os pedidos de pagamento de diferença de gorjetas e integração da parcela à remuneração ao argumento de que não ficou provada a alegação de que a reclamante era obrigada, pela reclamada, a repassar o equivalente a 3% das gorjetas ao pessoal da cozinha e que, ao contrário, o ACT acostado aos autos demonstra que a divisão foi acordada entre os empregados e que a parcela era integrada à remuneração nos exatos termos do acordo coletivo.

Inconformada, recorre a reclamante insistindo ter sido obrigada, pela reclamada, a dividir o valor percebido pelas gorjetas e, por assim ser, fazer jus a receber essa diferença. Alega ainda fazer jus à integração do valor indicado na exordial à sua remuneração.



PROCESSO N° TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

Analiso.

A r. sentença, a meu ver, analisou adequadamente a presente questão. Assim, em homenagem aos princípios da economia e celeridade processuais e, sobretudo, por comungar com os motivos ali assentados pelo d. juízo de origem, adoto como razões de decidir, com a devida vênia, os fundamentos da r. sentença atacada, *verbis*:

‘DA DIFERENÇA DE GORJETAS

De início, há que se destacar que a cobrança da taxa de serviço dos clientes não era compulsória, conforme se constata do depoimento da obreira (fls. 245): 'que a gorjeta de 10% era opcional'. A controvérsia posta nos autos cinge-se em saber se a ré obrigava a autora a repassar parte das gorjetas recebidas ao pessoal da cozinha.

A prova oral restou dividida no tópico. Enquanto as testemunhas da obreira apontam para uma norma obrigatória da empresa acerca da divisão da gorjeta, as testemunhas da ré indicam que a divisão foi acordada entre os funcionários. Estando a prova dividida, a parte que detinha o seu ônus, a autora, dele não se desincumbiu.

Todavia, ainda que assim não se entenda, o depoimento das testemunhas da ré mostram-se mais consentâneos com o acordo coletivo acostado aos autos.

O ACT 2012/2014 aponta que o rateio das gorjetas com o pessoal da cozinha foi estabelecido pelos próprios empregados (fls. 21/26):

'1. Os empregados da EMPRESA que participam do rateio das gorjetas, consoante critérios de divisão por eles mesmos estabelecidos, terão o direito de receber o FGTS, as férias e o 13º salário calculados sobre um valor estimado, de comum acordo entre as partes deste instrumento, o qual fica estabelecido, por decisão unânime dos empregados em assembleia, o seguinte valor:

(...)

1.3 - Por informações transmitidas dos próprios empregados, os seguintes empregados: gerente de cozinha, gerente de salão, administrativo e os assistentes de gerência mensalista, não participam do rateio das gorjetas, ficando excluídos, portanto, da aplicação da estimativa de gorjetas.'
(grifei)

Face ao exposto, indefiro o pedido de diferenças de gorjetas.

DA INTEGRAÇÃO DA GORJETA À REMUNERAÇÃO

O acordo coletivo 2012/2014, acima citado, reza que (fls. 21/26):

'1.1 - Fica estabelecido, para os empregados que participam do rateio das gorjetas, (atendentes de mesa/bar) um



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

valor de estimativa de gorjetas que servirá exclusivamente para base de cálculo do FGTS, férias e o décimo terceiro salário, o importe de R\$350,00 (trezentos e cinquenta reais).’ (grifei).

Não se pode olvidar que a norma coletiva em apreço é fruto de autocomposição, sendo valorizada pela Constituição Federal/88 em seu art. 4º, incisos VI, XIV e XXVI. Negar a validade da negociação coletiva, é ignorar sua essência democrática e relevância in casu social, uma vez que, adaptados a cada realidade, os interesses profissionais e econômicos são objeto de concessões mútuas.

Por outro lado, é incontroverso que a ré integrava a estimativa de R\$350,00 de gorjetas à remuneração da autora.

Indefiro o pedido de integração à remuneração do valor total auferido a título de gorjetas.’(fls. 278/280)

Nego provimento.” (págs. 445-446 – grifou-se)

Conforme se observa na transcrição acima, a Corte regional consignou ,na decisão recorrida, que a prova, quanto ao tema, ficou dividida, e assim firmou seu convencimento no sentido do depoimento prestado pelas testemunhas da reclamada, no sentido de que “a divisão foi acordada entre os funcionários”, o qual se coaduna com as normas estipuladas no Acordo Coletivo de Trabalho, no sentido de que “Os empregados da EMPRESA que participam do rateio das gorjetas, consoante critérios de divisão por eles mesmos estabelecidos” (pág. 446) .

Destaca-se ainda que não há no acórdão nenhuma menção a eventual confissão real da reclamada quanto a imposição da divisão de gorjetas, e tampouco quanto a suposta existência de tratamento diferenciado pelos demais funcionários, caso o atendente decidisse não participar do rateio.

Assim, para se chegar à conclusão diversa, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, análise impossível nesta fase recursal de natureza extraordinária, na forma da Súmula nº 126 do TST, motivo pelo qual não se observa a apontada violação do artigo 457 da CLT.

Por fim, não se observa a apontada contrariedade à Súmula nº 354 do TST, tendo em vista que constou da decisão, ser “incontroverso que a ré integrava a estimativa de R\$350,00 de gorjetas à remuneração da autora” (pág. 446) .



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

Os arestos colacionados não retratam hipótese fática idêntica à registrada no acórdão. Assim, não apresentam a especificidade exigida pela Súmula nº 296, item I, do TST, bem como pelo artigo 896, § 8º, segunda parte, da CLT, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 13.015/2014, não se prestando a demonstrar divergência jurisprudencial.

Não conheço.

4. HORISTA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COMO MENSALISTA. DIFERENÇAS SALARIAIS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA.

CONHECIMENTO

A reclamante sustenta que embora tenha sido contratada como horista, em verdade a prestação dos serviços se dava como mensalista, motivo pelo qual não pode ser remunerada com valor inferior a 220 horas mensais.

Sustenta que “laborava em escalas e turnos variáveis, conforme entendimento e exigência aleatória do recorrido, com observância, por parte do reclamado, do limite de 44 horas semanais” (pág. 526).

Argumenta que durante todo o mês a reclamante permanecia a inteira disposição da reclamada “e que o sistema adotado impossibilitava a autora de exercer outras atividades em horário diverso, devendo a empregadora ser responsabilizada por sua remuneração mensal na sua integralidade, uma vez que exigia a sua inteira disponibilidade ao recorrente da forma por ele estabelecida” (pág. 527).

Afirma que a forma adotada pela reclamada “transfere ao empregador o direito de fixar o número de hora trabalhada e os dias da semana, colocando o empregado em situação de não conhecer a sua jornada de trabalho e o salário a ser auferido no final do mês” (pág. 527).

Aponta violação dos artigos 1º, III e 7º, V e XIII da Constituição Federal, 58-A da CLT, além de contrariedade a Orientação Jurisprudencial nº 358 da SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho. Transcreve arestos para demonstrar o conflito de teses.

Eis os fundamentos da decisão recorrida:



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

“DIFERENÇAS SALARIAIS.

Insurge-se a reclamante contra a r. sentença de origem que indeferiu o seu pedido de pagamento de 220 horas mensais durante todo o pacto laboral. Para tanto alega ser ilegal a pactuação de remuneração por hora trabalhada, uma vez que *‘mensalmente, a recorrente estava à inteira disponibilidade do recorrido, e que o sistema adotado impossibilitava a autora de exercer outras atividades em horário diverso, devendo a empregadora ser responsabilizada por sua remuneração mensal na sua integralidade, uma vez que exigia a sua inteira disponibilidade ao recorrente da forma por ele estabelecida.’* (fl. 412).

Sem razão, no entanto.

Do contrato de trabalho juntado aos autos é possível verificar que as partes pactuaram que pela prestação de serviços de atendente, pela qual a reclamante perceberia um salário mensal equivalente a R\$ 2,95 por hora de trabalho. Prevê ainda o contrato de trabalho que o labor se desenvolverá em regime de horas variáveis, conforme escalas determinadas pela contratante, devendo ser observados os intervalos para refeições e descansos, bem como o limite máximo de 44 horas semanais e repouso semanal remunerado.

Cumpre destacar ser perfeitamente possível e legal o ajustamento de salário por hora trabalhada que não confunde com a periodicidade do pagamento que, no caso, era mensal. Por outro lado, a observância do limite de 44 horas semanais prevista no contrato, mais do que uma cláusula contratual, trata-se de uma garantia constitucional a ser observada pelo empregador independentemente de pactuação.

A remuneração do trabalhador horista deve observar o número de horas trabalhadas conforme pactuado, estando a jornada normal de trabalho limitada, mas não vinculada a 220 horas mensais.

Como bem assentado na r. sentença, *‘Não assiste razão à autora alegar que o limite máximo de 44 horas semanais, consignado no contrato, tem o condão de transmutar a sua condição de empregada horista para mensalista. O limite em questão é exigência constitucional (art. 7º, XIII da CF/88), devendo ser observado independentemente da forma de pagamento salarial por unidade de tempo ajustada’* (fl.281).

Nego provimento.” (págs. 446-447)

Conforme se observa na transcrição acima, a Corte regional consignou na decisão recorrida que do “contrato de trabalho juntado aos autos é possível verificar que as partes pactuaram que pela prestação de serviços de atendente, pela qual a reclamante perceberia um salário mensal equivalente a R\$ 2,95 por hora de trabalho” (pág. 447) .

Ainda, conforme bem fundamentado no acórdão recorrido, a contratação por hora trabalhada mostra-se perfeitamente lícita, sendo a limitação de 44 (quarenta e quatro) horas semanais uma



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

garantia constitucional do empregado, a qual não tem o efeito de transmutar a forma de contratação realizada.

Ademais, não consta no acórdão nenhuma circunstância fática que corrobore as alegações da reclamante no sentido de que “laborava em escalas e turnos variáveis, conforme entendimento e exigência aleatória do recorrido” (pág. 526), tampouco de que “o sistema adotado impossibilitava a autora de exercer outras atividades em horário diverso” (pág. 527).

Assim, para se chegar à conclusão diversa, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, análise impossível nesta fase recursal de natureza extraordinária, na forma da Súmula nº 126 do TST.

Por fim, não houve adoção de tese explícita na decisão recorrida acerca das previsões contidas nos artigos 1º, III e 7º, V da Constituição Federal, 58-A da CLT e na Orientação Jurisprudencial nº 358 da SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho. Observa-se ainda que a reclamante não tratou do tema quando da interposição dos embargos de declaração (págs. 462-466), motivo pelo qual não se observa o necessário prequestionamento da matéria na forma da Súmula nº 297, itens I e II, do TST e do artigo 896, § 1º-A, inciso I, da CLT, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 13.015/2014.

Os arestos colacionados não retratam hipótese fática idêntica à registrada no acórdão. Assim, não apresentam a especificidade exigida pela Súmula nº 296, item I, do TST, bem como pelo artigo 896, § 8º, segunda parte, da CLT, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 13.015/2014, não se prestando a demonstrar divergência jurisprudencial.

Não conheço.

5. ASSÉDIO MORAL. INDENIZAÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA.

CONHECIMENTO

A reclamante sustenta que foi comprovado nos autos “que a conduta do recorrido ao fornecer alimentação imprópria ao consumo e sobras era prática comum”,



PROCESSO N° TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

bem como que “havia tratamento diferenciado entre a alimentação servida aos atendentes em relação aos gerentes” (pág. 528) .

Sustenta “que o assédio moral é uma situação imposta por aquele que detém o poder sobre o outro e que possui meios de coerção, permanecendo a vítima em situação de completa hipossuficiência, o que causa severos abalos psíquicos por mais equilibrado que a pessoa seja” (pág. 529) .

Aponta violação dos artigos 5º, V, X, XLI, de Constituição Federal 186, 187, 927 e 932, II, Código Civil.

A Corte regional assim se pronunciou acerca do tema:

ASSÉDIO MORAL

O MM Juízo de origem, entendendo que no caso dos autos não restaram configurados os pressupostos do assédio moral, indeferiu o pedido de indenização correspondente.

Insurge-se a reclamante ao argumento de que restou devidamente comprovada, pela prova oral produzida, a conduta da reclamada de fornecer alimentação imprópria ao consumo e sobras, além da diferença da alimentação servida aos atendentes e a servida aos gerentes e que tais práticas são suficientes para justificar a pleiteada indenização por assédio moral.

Analiso.

A r. sentença, a meu ver, analisou adequadamente a presente questão e, no caso, a reclamante não trouxe em suas razões recursais nenhum elemento de convencimento que pudesse infirmar os fundamentos expostos pelo douto magistrado de primeiro grau.

Assim, em homenagem aos princípios da economia e celeridade processuais e, sobretudo, por comungar com os motivos ali assentados pelo d. juízo de origem, adoto como razões de decidir, com a devida vênua, os fundamentos da r. sentença atacada, *verbis*:

‘O assédio moral consiste no exercício de violência psicológica extrema, de forma sistemática e frequente e durante um tempo prolongado sobre uma determinada pessoa. Não se confunde com conflitos esporádicos ou com más condições de trabalho, pois o assédio moral pressupõe comportamento prolongado e premeditado, visando desestabilizar psicologicamente a vítima.

A alegação da autora na peça vestibular foi de que 'os gerentes negavam à Reclamante, como aos demais atendentes de restaurante, o direito regular de alimentação, quando não forneciam comida imprópria para o consumo'.

Os fatos descritos pela obreira e pelas testemunhas da reclamante, acerca da qualidade da alimentação servida pela ré, não se enquadram na definição in natura acima. Poderiam,



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

quando muito, caracterizar más condições de trabalho, mas não assédio moral, nos termos da definição acima.

Ademais, ainda que assim não se entendesse, a prova restaria dividida no tópico, visto que as testemunhas da ré fizeram declarações em sentido contrário. Estando a prova dividida, a parte detinha o seu ônus, a autora, dele não se desincumbiu.

Por não configurados os pressupostos do assédio moral no caso vertente, indefiro o pedido de indenização correspondente.’ (fls. 286/287)

Nego provimento.” (págs. 447-448 – grifou-se)

Conforme se observa na transcrição acima, a Corte regional consignou na decisão recorrida que de acordo com os fatos narrados pela própria reclamante bem como o depoimento das testemunhas por ela convidadas “acerca da qualidade da alimentação servida pela ré, não se enquadram na definição in natura acima. Poderiam, quando muito, caracterizar más condições de trabalho, mas não assédio moral” (pág. 448).

Apontou-se ainda, ante antes os depoimentos sentido contrário, por parte das testemunhas da reclamada, e a consequente divisão da prova produzida, que a reclamante, a quem cabia o ônus probatório do fato constitutivo, não se desincumbiu a contento deste.

Diante do exposto, não é possível detectar no acórdão recorrido, a existência de elementos que corroborem com as alegações recursais, no sentido de que “a conduta do recorrido ao fornecer alimentação imprópria ao consumo e sobras era prática comum”, tampouco de que “havia tratamento diferenciado entre a alimentação servida aos atendentes em relação aos gerentes” (pág. 528).

Assim, para se chegar à conclusão diversa, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, análise impossível nesta fase recursal de natureza extraordinária, na forma da Súmula nº 126 do TST, motivo pelo qual não é possível visualizar a indicada violação dos artigos 5º, V, X, XLI, de Constituição Federal 186, 187, 927 e 932, II, Código Civil.

Não conheço.

6. RESCISÃO INDIRETA. INDICAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL IMPERTINENTE AO TEMA DEBATIDO.



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

A reclamante alega ser devido o reconhecimento da rescisão indireta, tendo em vista a comprovação da “prática de labor em escalas variadas, inclusive dentro da própria semana de trabalho, o que prejudicava a recorrente eis que esta nunca poderia ter outra ocupação ou mesmo estudar” (pág. 530).

Argumenta ainda a demonstração da prática reiteradas de horas extras, bem como da não concessão de intervalo intrajornada de forma habitual, motivos pelos quais entende estar demonstrado o descumprimento das obrigações contratuais por parte da reclamada, capaz de autorizar a rescisão indireta do contrato de trabalho, com o pagamento de todas as verbas rescisórias devidas.

Aponta violação do artigo 482, “b” e “d”, da CLT.
Eis os fundamentos da decisão recorrida:

“Nos termos da peça recursal, pretende a reclamante a reforma da sentença ao argumento de que, *‘restou comprovado a prática de labor em escalas variadas, inclusive dentro da própria semana de trabalho, o que prejudicava a recorrente e prejudica todos os empregados dessa empresa, eis que a recorrente e qualquer dos empregados nunca poderia ter outra ocupação ou mesmo estudar’* (fls. 465/466). Alega ainda irregularidade no pagamento de salário por hora quando na realidade tratava-se de empregado mensalista, pagamento de salário por fora (gorjetas) e existência de assédio moral, sucessivamente, requer seja, pelo menos, afastado o abandono de emprego reconhecido na origem.

Analiso.

Nos termos da inicial e como bem destacado pelo d. juízo de origem, *‘Postulou a autora a rescisão indireta com fundamento: a) na quantidade de escalas mensais com horários variados, o que a impedia de ter outra ocupação ou estudar; b) no ‘pagamento de salário por hora, enquanto a Reclamante era uma autêntica mensalista, via do qual, tal como expressa os espelhos de ponto, praticava supressão salarial grave’; c) no ‘Pagamento por fora (extra folha) das gorjetas, caracterizando perda salarial e direitos reflexos (FGTS, INSS, dentre outros) e d) no ‘Assédio moral, como acima posto, por ausência de alimentação ou fornecimento de alimentação estragada.’* (fl. 288).

Inicialmente cumpre destacar que não procede a alegação obreira de irregularidade na contratação em virtude das escalas mensais estabelecidas com horários variados, fato que, segundo sustenta, lhe impedia de ter outras ocupações ou estudar, uma vez que o próprio contrato pactuado prevê, de forma expressa, a adoção desse regime de trabalho, conforme escalas estabelecidas pela contratante, seja em horário diurno ou noturno. Além



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

disso, tal situação não se enquadra em nenhuma das hipóteses do art. 483 da CLT de forma a justificar a pretendida rescisão indireta do contrato de trabalho.

Por outro lado, os pedidos relativos à alegada ilegalidade no pagamento de salário por hora, enquanto a reclamante era mensalista, ao alegado 'pagamento por forma' referente às gorjetas e ao assédio moral foram integralmente rejeitados.

Sendo assim, correta a r. sentença ao rejeitar o pleito de rescisão indireta." (págs. 468-469)

Conforme se observa na transcrição acima, não houve adoção de tese explícita na decisão recorrida acerca de previsão contida no artigo 482, "b" e "d", da CLT. Observa-se ainda que a reclamante não interpôs os competentes embargos de declaração, motivo pelo qual não se observa o necessário prequestionamento da matéria na forma da Súmula nº 297, itens I e II, do TST e do artigo 896, § 1º-A, inciso I, da CLT, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 13.015/2014.

Ademais, a indicação de violação do artigo 482, "b" e "d", da CLT mostra-se totalmente impertinente ao deslinde da demanda, tendo em vista que os mencionados dispositivos disciplinam hipóteses de rescisão do contrato de trabalho por justa causa, respectivamente por "incontinência de conduta ou mau procedimento" e "condenação criminal do empregado, passada em julgado", não sendo esta a hipótese dos autos, nem mesmo a modalidade rescisória em debate.

Importante observar ainda que na forma da Súmula nº 221 do TST, cabe à parte recorrente "a indicação expressa do dispositivo de lei ou da Constituição tido como violado."

Da mesma forma, de acordo com a previsão contida no artigo 896, § 1º-A, incisos II e III, da CLT é ônus da parte "indicar, de forma explícita e fundamentada, contrariedade a dispositivo de lei", bem como "expor as razões do pedido de reforma, impugnando todos os fundamentos jurídicos da decisão recorrida, inclusive mediante demonstração analítica de cada dispositivo de lei, da Constituição Federal, de súmula ou orientação jurisprudencial cuja contrariedade aponte".

Assim, ainda que tenha ocorrido equívoco na indicação do dispositivo de lei que se entende como violado, é importante destacar que o descumprimento do requisito processual da indicação explícita e fundamentada, com demonstração analítica de cada dispositivo de lei tipo



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

por violado, não configura “defeito formal que não se repute grave” passível de ser sanado ou desconsiderado nos termos do artigo 896, § 13, da CLT, tendo em vista que a interposição de recurso não é considerada ato urgente e que a parte tem prévio conhecimento acerca dos requisitos recursais exigidos em lei e, ademais, o dispositivo em questão não se aplica à convalidação de defeito insito ao conteúdo ou ao teor do recurso interposto.

Não conheço.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso revista da reclamada apenas quanto ao tema “Ajuizamento de ação com pedido de rescisão indireta. Não reconhecido. Justa causa. Abandono de emprego”, por divergência jurisprudencial e, no mérito, negar-lhe provimento; por unanimidade, conhecer do recurso de revista da reclamante quanto ao tema “Intervalo intrajornada. Jornada contratual de seis horas. Prorrogação habitual da jornada. Intervalo de uma hora. Súmula nº 437, IV, do TST”, por contrariedade à Súmula nº 437, IV, do TST, e, no mérito, dar-lhe provimento para restabelecer a sentença no aspecto, que condenou a reclamada no “pagamento das horas de intervalo, nos termos do artigo 71, § 4º, da CLT, nos dias em que o obreiro se ativou em jornada superior a seis horas” (pág. 287); por unanimidade, conhecer do recurso de revista da reclamante quanto ao tema “Devolução de valores gastos com uniforme. Aquisição de calçado de acordo com as determinações do empregador”, por violação do artigo 2º, *caput*, da CLT e, no mérito, dar-lhe provimento para restabelecer a sentença, no particular, que condenou a reclamada



PROCESSO Nº TST-RR-10076-33.2014.5.18.0013

no "ressarcimento de valores gastos pela obreira com os calçados, observado o limite do pedido" (pág. 289); não conhecer dos demais temas do recurso de revista da reclamante. Custas e valor da condenação inalterados para fins processuais.

Brasília, 14 de março de 2017.

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

JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA

Ministro Relator

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 100160D59D28F6706D.