



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região

Recurso Ordinário Trabalhista **0100238-44.2020.5.01.0205**

Relator: EDITH MARIA CORREA TOURINHO

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 24/05/2022

Valor da causa: R\$ 43.056,04

Partes:

RECORRENTE: WILLIANS MOURA DE OLIVEIRA

ADVOGADO: JOSÉ CARLOS MONTEIRO DUARTE FILHO

RECORRIDO: MSN LOGISTICA LTDA - ME

ADVOGADO: KELY SILVA DOS SANTOS

RECORRIDO: Via S.A

ADVOGADO: LEONARDO SANTINI ECHENIQUE



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO

PROCESSO nº 0100238-44.2020.5.01.0205 (ROT)
RECORRENTE: WILLIANS MOURA DE OLIVEIRA
RECORRIDO: MSN LOGISTICA LTDA - ME, VIA S.A
RELATOR: JOSE MONTEIRO LOPES

EMENTA

JUSTA CAUSA CONFIRMADA. ATO DE IMPROBIDADE. UTILIZAÇÃO DE VALE-TRANSPORTE POR TERCEIRO. O uso indevido do vale-transporte, mormente diante da utilização por terceiro, configura falta grave que não pode ser afastada por alegado desconhecimento da irregularidade da conduta.

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Recurso Ordinário em que são partes: **WILLIANS MOURA DE OLIVEIRA**, como Recorrente, e **MSN LOGISTICA LTDA - ME** e **VIA VAREJO S/A**, como Recorridas.

VOTO:

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Ordinário interposto pelo Autor em face da r. sentença proferida pelo MM. Juiz do Trabalho **LUIZ FERNANDO LEITE DA SILVA FILHO**, da 5ª Vara do Trabalho de Duque de Caxias, que julgou improcedentes os pedidos.

O Autor pleiteia a reforma da sentença quanto aos efeitos da confissão, à reversão da justa causa, à responsabilização subsidiária da 2ª Ré, às horas extras, ao adicional noturno e auxílio alimentação.

FUNDAMENTAÇÃO

CONHECIMENTO



Conheço do recurso por preenchidos os pressupostos legais de admissibilidade.

MÉRITO

DA CONFISSÃO

Insurge-se o Recorrente quanto aos efeitos da confissão aplicada à 1ª Ré. Argumenta que a confissão ficta deveria implicar o acolhimento das suas pretensões, mormente porque confirmado pelos depoimentos prestados em audiência.

A sentença decidiu da seguinte forma:

"Conforme intimação id. 2d34aa1, verifico que a 1a Reclamada foi intimada para a audiência de instrução realizada no dia 01/04/2022, para tomada de depoimentos pessoais, sob pena de confissão.

Contudo, mesmo cientificada, a 1a Reclamada não compareceu no dia designado. Diante da ausência injustificada, o Reclamante requereu a aplicação da pena de confissão.

Conforme previsão do art. 385, §1o, do CPC, "se a parte, pessoalmente intimada para prestar depoimento pessoal e advertida da pena de confesso, não comparecer ou, comparecendo, se recusar a depor, o juiz aplicar-lhe-á a pena".

Interpretando tal dispositivo legal, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula n. 74, cujo item I prevê que "aplica-se a confissão à parte que, expressamente intimada com aquela cominação, não comparecer à audiência em prosseguimento, na qual deveria depor".

Ante o exposto, aplico à 1a RECLAMADA a pena de confissão ficta quanto à matéria de fato.

Esclareço, contudo, que a confissão quanto à matéria de fato não impede a formação do convencimento do magistrado em relação às questões de direito e tampouco impede a devida apreciação dos elementos de prova constantes dos autos."

Analiso.

Não assiste razão ao Autor.

A sentença atacada aplicou à 1ª Demandada a pena de confissão ficta quanto à matéria de fato, contudo, tal presunção é relativa e não importa automaticamente na procedência de todos os pedidos vindicados pela parte autora.



Tal como sentenciado, o Magistrado deve formar seu convencimento de acordo com as normas jurídicas aplicáveis e também com as provas carreadas aos autos.

Nego provimento.

DA JUSTA CAUSA

O Autor vindica a elisão da justa causa aplicada, com o pagamento das verbas inerentes à dispensa imotivada. Argumenta ainda que não houve má-fé na sua conduta porquanto ninguém o alertou que era proibida a utilização de vale transporte para outros fins não houve

A sentença concluiu que restou evidenciada a prática de conduta ensejadora da demissão por justa causa do Autor.

Analiso.

A justa causa é a pena mais severa imposta a um trabalhador. Para a sua caracterização, necessário se faz que o ato praticado seja grave a ponto de pôr fim à confiança do empregador no empregado, tornando, assim, impossível a continuação do contrato de trabalho. Para que seja aplicada a penalidade, é necessário que alguns requisitos estejam presentes: imediatidade, proporcionalidade entre a falta e a punição, *non bis in idem*, gravidade da falta, não ocorrência de perdão tácito ou expresso.

A gravidade da falta deve ser avaliada em cada caso, de forma subjetiva, ou seja, levando-se em consideração algumas características do empregado, do empregador e do contrato de trabalho, tais como: a personalidade do agente, a intencionalidade, os fatos que levaram o obreiro à prática do ato, o comportamento usual do trabalhador, o tempo de relação de emprego, etc.

Outra questão é a análise se empresa agiu acertadamente ou não, o que se passa a fazer.

Pois bem.



Conforme tese da defesa, a dispensa por justa causa teve como motivo o fato de o Autor utilizar indevidamente o vale transporte, constituindo ato de improbidade, na forma do artigo 482, "a" da CLT.

É ônus da reclamada comprovar a alegada justa causa como motivo ensejador da ruptura do vínculo de emprego, na forma do art. 818 da CLT c/c art. 373, II, do CPC/2015 e do disposto na Súmula nº 212 do C.TST.

Contudo, *in casu*, restou incontroverso que o obreiro realmente desvirtou o uso do vale transporte, como confessado em seu depoimento, *in verbis*:

"que ia trabalhar de bicicleta ou pedia carona a um amigo; que declarou que precisava o vale transporte, mas que ia de bicicleta; que o vale transporte era em cartão; que usava o cartão e emprestava a sua irmã; que ninguém da empresa tinha conhecimento sobre isso; que ninguém da empresa disse ao depoente que era proibido essa forma de utilização do vale transporte;"

Não resta dúvida de que o Autor emprestou seu cartão para uso de terceiro, conforme confessado pelo próprio obreiro em sede de depoimento pessoal.

Ora, o fato de ninguém da empresa ter dito ao Demandante que era proibida essa forma de utilização do vale transporte não legitima a sua conduta, porquanto ao assinar a declaração de opção do vale transporte, o trabalhador tem conhecimento de que o benefício é destinado ao seu deslocamento para o percurso residência x trabalho, e vice versa.

Além disso, cometeu falta também o empregado ao declarar inclusive a linha de ônibus que usaria para se descolar quando na prática sequer utilizava o meio de transporte.



Assim, entendo que o uso indevido do vale-transporte, máxime por terceiro, configura falta grave.

A confiança constitui a base da relação empregatícia. Nesse sentido, os atos que se referem à conduta geral do empregado, capazes de destruir os pressupostos fiduciários da relação ou tornar, por motivos de ordem moral, impossível a continuação do contrato, entram em esfera disciplinar e repercutem no ajuste, inviabilizando a manutenção do contrato de trabalho.

Considerada a gravidade da conduta do empregado, torna-se desnecessária a gradação da pena. Assim, sendo a falta praticada grave o suficiente para romper a confiança existente entre as partes, ela já justifica a dispensa por justa causa, independentemente de o empregado nunca ter sofrido advertência ou suspensão.

Deste modo, restou devidamente configurada a falta grave cometida pela parte autora, impondo-se a manutenção da sentença.

Nego provimento.

DAS HORAS EXTRAS E DO ADICIONAL NOTURNO

O Recorrente impugna os controles de jornada apresentados, mormente em razão da pena de confissão aplicada à 1ª Ré, que também não trouxe aos autos os controles de ponto da totalidade do contrato de trabalho. Sustenta ainda que a prova oral demonstrou o labor em sobrejornada, sem a devida contraprestação.

Consta da decisão recorrida:

"O Autor narra que laborava de segunda a sábado, das 12h00 às 00h00, sem intervalo intrajornada. Aduz, ainda, que, nos meses de janeiro e fevereiro, cumpria jornada de 07h00 às 00h00, também sem dispor de pausa alimentar. Afirma que, apesar de extrapolada a jornada, não recebia corretamente o pagamento das horas extras.

A Reclamada impugnou o pedido, aduzindo que o Reclamante laborava dentro do limite legal de 44 horas semanais, sempre com intervalo de uma hora, e uma folga semanal,



tendo anotado pessoalmente todos os dias e horários laborados em seus cartões de ponto. Afirma ainda que as horas extras eventualmente realizadas foram regularmente pagas e /ou compensadas. Como prova do alegado, anexou aos autos os controles de frequência relativos ao período do contrato de trabalho.

Em manifestação sobre a defesa, o reclamante impugnou os cartões de ponto, por incompletos e por não refletirem a real jornada.

Analisados os controles de frequência, verifico que, de fato os mesmos não contemplam todo o período laborado pelo Reclamante, estando ausentes aqueles relativos aos meses de março, abril, maio e junho.

No entanto, com relação aos controles de ponto anexados, verifico que os mesmos demonstram jornadas com horários de início e término significativamente variáveis, razão pela qual, apesar de não trazerem a assinatura do trabalho, não se verifica, a priori, qualquer indício de simulação nos mesmos. Ostentam, pois, presunção de veracidade.

Neste cenário, caberia ao reclamante o ônus de comprovar a inidoneidade dos controles de ponto, nos termos do que dispõe os artigos 373, I do CPC e 818 da CLT, ônus do qual não se desincumbiu a contento.

Primeiramente, pontuo que o Reclamante divergiu substancialmente da narrativa da inicial em seu depoimento, tendo confessado a fruição do intervalo intrajornada de forma integral, bem como deixando de mencionar o início da jornada às 07h00 nos meses de janeiro e fevereiro, como também informado na inicial.

Além disso, a declaração de que não podia registrar saída após 22h00 é facilmente contrariada pela análise das folhas de ponto. O controle de frequência demonstra, ao contrário do alegado pelo autor, que o mesmo dispunha de jornada variável, que ora se iniciava às 12h00 com término próximo de 22h00 (17/09 /2018), ou mesmo antes disso, como às 21h05 (05/02/2019), ora se iniciava mais tarde, às 14h10 (03/04/2019) e finalizando às 00h27, ou ainda se iniciava mais cedo, às 08h08 (16/05/19), sendo finalizada às 17h16. Não há, portanto, qualquer indício de jornada de trabalho uniforme, o que prejudica substancialmente a narrativa engessada trazida pelo autor e repetida pela testemunha.

Destaco que, pela gravidade da alegação, a declaração de suposta fraude nos cartões de ponto juntados aos autos requer prova cabal a respeito, situação esta não evidenciada, uma vez que a testemunha ouvida em juízo foi vaga e imprecisa em relação aos problemas enfrentados com a máquina de ponto, tendo informado ao final que "quando a máquina estava boa o lançamento era correto".

Como é certo, o juiz é livre para valorar a prova dos autos conforme sua qualidade e força probante. O contato direto com a testemunha/partes permite que o juiz valore o depoimento prestado, mediante a aplicação dos seus conhecimentos como magistrado, associado às regras de experiência (artigo 375 do CPC).

Assim, ante a validade dos cartões de ponto, cabia ao Autor indicar, em sede de réplica, ainda que por amostragem, as horas extras e noturnas efetivamente trabalhadas e não pagas ou compensadas. No entanto, em réplica, limitou-se o autor a questionar a fidedignidade dos registros, questão essa que restou superada.

Quanto ao período sem cartões de ponto nos autos, incide ao caso o entendimento consolidado na OJ n. 233 da SDI-1 do TST, segundo o qual "a decisão que defere horas extras com base em prova oral ou documental não ficará limitada ao tempo por ela abrangido, desde que o julgador fique convencido de que o procedimento questionado superou aquele período".

De acordo com a referida Orientação Jurisprudencial, os cartões de ponto juntados em relação a determinado período do contrato de trabalho podem ser utilizados como prova da jornada cumprida no período sem cartões nos autos, notadamente quando a própria petição inicial não aponta divergências significativas de jornada em determinados períodos.

Assim, no presente caso, como o Autor não indicou a existência de horas extras pendentes de pagamento no período coberto pelos cartões trazidos aos autos, pode-se



concluir que, no período não coberto pelos cartões, também inexistem horas extras não pagas ao trabalhador.

O afastamento da OJ n. 233, com o conseqüente acolhimento da jornada indicada na petição inicial, somente se viabiliza quando se verifica a possibilidade de supressão intencional de determinados cartões de ponto ou a alteração intencional de determinados registros, com o intuito de prejudicar o empregado, o que não é o caso dos autos.

O Autor não afirmou, na petição inicial, que houve jornada diferenciada nos meses de março a junho de 2018, o que afasta a conclusão de seleção intencional e maliciosa da empresa na juntada dos documentos. Além disso, a própria discrepância entre a jornada da exordial e os registros de jornada trazidos aos autos, reputados verdadeiros, impede que seja simplesmente reputada verdadeira a jornada indicada pelo Autor na peça de ingresso.

Por fim, no que se refere ao adicional noturno, observo que o pedido amparou-se unicamente na jornada declinada na petição inicial, já rechaçada neste tópico, o que resulta na improcedência do pedido.

Ante o exposto, julgo totalmente improcedentes os pedidos de pagamento de horas extras, intervalo intrajornada e adicional noturno."

Analiso.

Segundo a narrativa da inicial, o Autor laborava de segunda-feira a sábado, das 12:00h às 00:00h, sem intervalo intrajornada.

A Ré rechaçou a jornada apontada pelo trabalhador, juntou os cartões de ponto e alegou que na eventualidade de labor extraordinário, este era devidamente remunerado ou compensado.

A Demandada apresentou os comprovantes de frequência de fls. 294/300, que exibem marcações regulares e variáveis, com registro de horas extras. Noto, entretanto, que a empresa deixou de juntar os cartões de ponto de março a junho de 2018.

Nesse contexto é de se concluir que a Demandada desonerou-se parcialmente do ônus probatório que lhe cabia. Ao Autor incumbia, então, provar a irregularidade dos registros, o que não ocorreu no caso concreto. Vejamos.

O Autor afirmou em seu depoimento o seguinte:

"que trabalhava de segunda a sábado de 12:00 a 00:00; que o horário normal era de 12:00 às 22:00, mas que nunca saía neste horário; que tirava 1h para jantar; que jantava no



pátio de onde trabalhava, lá dentro; que o horário no sábado era das 07:00 às 12:00, mas sempre passava deste horário (14:00/15:00); que não tinha intervalo para almoço no sábado; que, no início, não havia controle de jornada, mas depois colocaram ponto digital; que não fazia o lançamento correto no ponto, pois sempre estava quebrado; que não registrava o ponto corretamente; que não poderia bater o ponto depois das 22:00."

Já a testemunha ouvida a rogo do obreiro afirmou:

"que o autor era ajudante; que o autor e depoente trabalhavam no mesmo horário; que trabalhavam de 12:00 até 00:00; que todo dia era esse mesmo horário, basicamente; que no sábado trabalhavam no mesmo horário; que o autor também fazia estes horários; que tiravam 1h para jantar; que tinham que sair do galpão para almoçar pois não era contratado diretamente da Via Varejo; que no início o controle de jornada era por folha de ponto e depois passou para digital; que o próprio empregado fazia esses registros; que os controles não eram muito corretos, pois, às vezes, a máquina estava quebrada, mas quando a máquina estava boa o lançamento era correto;"

Das narrativas acima não é possível concluir acerca da inidoneidade dos cartões de ponto, especialmente diante das versões distintas acerca dos fatos.

Inicialmente, noto algumas contradições na narrativa do Autor, nos seguintes aspectos: no libelo afirma que não usufruía de pausa para repouso e alimentação, enquanto no depoimento prestado em audiência afirmou que tirava uma hora para jantar; assevera ainda que não podia bater o ponto depois das 22:00h, contudo, depreende-se das folhas de ponto diversos registros após aquele horário, como por exemplo, os dias 16/07/2018, 19/07/2018, 30/07/2018, 26/09/2018, 02/10/2018, 04/12/2018, 17/01/2019, 12/02/2019, 12/03/2019, 04/06/2019, entre outros.

Outrossim, a testemunha disse que todos os dias o labor ocorria no mesmo horário, sem fazer qualquer distinção quanto aos sábados, diferente do alegado pelo Autor. Por fim, a prova testemunhal afirmou "que os controles **não eram muito corretos**, pois **às vezes** a máquina estava quebrada, mas **quando a máquina estava boa o lançamento era correto.**" (grifamos)

Ora, não é crível que a Demandada seja condenada ao pagamento de uma jornada fixa e extensa apontada pelo trabalhador durante todo o contrato de trabalho, apenas porque a



testemunha afirma que algo acontecia eventualmente, especialmente se confrontarmos com as demais provas produzidas nos autos.

Nesse cenário, como muito bem observado pelo Juízo de 1º grau, a parte autora não produziu prova oral idônea do fato constitutivo de seu direito. Conforme demonstrado, o depoimento da testemunha ouvida carece de credibilidade, haja vista as divergências e contradições apontadas.

Vale dizer que nesta esfera recursal se valoriza a impressão pessoal do Juízo que colheu a prova oral, uma vez que ninguém melhor do que este para aferir sua credibilidade. Assim, não tendo a testemunha sido convincente ao Juízo de 1º grau, não transparece para esta Turma ter credibilidade para ser considerada como meio de prova.

Dito isso, por não ter o trabalhador se desincumbido do encargo processual que lhe competia, não há motivos para invalidar os controles de frequência apresentados pela empresa.

Nestes termos, deve ser considerada como jornada efetivamente cumprida aquela lançada nos controles de ponto, inclusive em relação aos documentos faltantes, já que não há provas nos autos de que houve alteração de sua jornada no curso do seu contrato de trabalho, inteligência da OJ 233 da SDI-I do c. TST, tal como sentenciado.

Assim, não sendo reconhecida a jornada apontada na exordial, rejeito os pedidos de horas extras e adicional noturno.

Nego provimento.



DO VALE ALIMENTAÇÃO

Requer o Recorrente a concessão do tíquete alimentação durante todo o contrato de trabalho, ao argumento de que não houve impugnação específica do pedido, pelo que é presumidamente verdadeira sua alegação inicial de tratamento discriminatório por parte da 2ª Ré que ofertava o benefício a seus empregados.

A sentença consignou o seguinte:

"Pugna o Reclamante que seja reconhecido o direito à isonomia de tratamento entre os empregados da 1ª e 2ª Reclamada para fins de recebimento do ticket alimentação.

Os arts. 5º e 7º, incisos XXXII e XXXIV, da ordem constitucional preveem a isonomia de tratamento e a não discriminação como princípios basilares, de forma que deve ser vedado o tratamento diferenciado a pessoas em igual situação, ou mesmo equivalentes. Nesse sentido também o art. 12, alínea "a", da Lei 6.019/74, aplicável aos casos de intermediação da mão de obra por uma empresa prestadora de serviços.

A isonomia para fins de concessão de benefícios, entretanto, exige a prova de que os empregados próprios e os da empresa tomadora, de fato, exerçam as mesmas funções, o que não restou evidenciado nos autos.

Quanto às normas coletivas, observo que o Autor sequer indicou as cláusulas das convenções que teriam sido violadas, não havendo suporte normativo para o pedido de pagamento de ticket alimentação.

Sendo assim, à mingua de prova da identidade de funções alegada pelo autor, julgo improcedente o pedido de ticket alimentação."

Analiso.

Na petição inicial o Autor alega que a 2ª Ré possui nos seus quadros o cargo de ajudante interno e fornece a eles tíquete alimentação. Assim, pleiteia a concessão do benefício em prol do princípio da isonomia.

A despeito da pena de confissão quanto à matéria de fato aplicado à 1ª Ré, fato é que era do Autor o ônus de comprovar suas alegações, na forma do artigo 818, I do texto consolidado, por se tratar de fato constitutivo do seu direito, do qual não se desincumbiu, porquanto não demonstrou que a 2ª Ré tinha em seus quadros empregados exercendo a mesma função que o Autor, além de sequer demonstrar o efetivo pagamento do benefício.



Destarte, impõe-se a manutenção da sentença por seus próprios fundamentos.

Nego provimento.

DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA 2ª RÉ

Considerando que não houve qualquer condenação em desfavor da 1ª Ré, não há que se falar em responsabilização subsidiária da 2ª Demandada.

Nego provimento.

ACÓRDÃO

ACORDAM os Desembargadores que compõem a 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, por unanimidade, **conhecer** do recurso e, no mérito, **negar-lhe provimento**, nos termos do voto da Exmo. Sr. Juiz Convocado Relator.

Rio de Janeiro, 18 de julho de 2022.

JOSE MONTEIRO LOPES

Relator

/iv

Votos

