



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região

Recurso Ordinário Trabalhista 0021196-82.2022.5.04.0401

Relator: TÂNIA REGINA SILVA RECKZIEGEL

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 29/02/2024

Valor da causa: R\$ 79.209,18

Partes:

RECORRENTE: JAISSON SANTOS DE ALMEIDA

ADVOGADO: RAQUEL GEORGINA BETTINI CALEGARI

ADVOGADO: ALESSANDRA DEMOLINER

RECORRIDO: TIM S A

ADVOGADO: CARLOS FERNANDO DE SIQUEIRA CASTRO

ADVOGADO: GUSTAVO REZENDE MITNE

ADVOGADO: DIOGO LOPES VILELA BERBEL

TERCEIRO INTERESSADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

Identificação

PROCESSO nº 0021196-82.2022.5.04.0401 (ROT)
RECORRENTE: JAISSON SANTOS DE ALMEIDA
RECORRIDO: TIM S A
RELATOR: TÂNIA REGINA SILVA RECKZIEGEL

EMENTA

ASSÉDIO MORAL. LESÃO À LIBERDADE DE ORIENTAÇÃO SEXUAL. PRECONCEITO ESTRUTURAL. DISCRIMINAÇÃO RECREATIVA. Hipótese em que a conjuntura probatória revela a existência de gravíssima lesão ao direito à intimidade, à privacidade, à liberdade e à orientação sexual do reclamante, recaindo na prática de violência e assédio no ambiente de trabalho, disciplinados na Convenção 190 da OIT, sinalando-se que o humor também se constitui forma de exteriorização de atos discriminatórios que perpetuam o preconceito e a homofobia estrutural.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: preliminarmente, por unanimidade, não conhecer do recurso ordinário do reclamante quanto ao benefício da justiça gratuita e honorários advocatícios, por ausência de interesse recursal. Preliminarmente, por unanimidade, rejeitar a preliminar de inconstitucionalidade da Lei 13.467/2017 suscitada pelo reclamante. No mérito, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso ordinário do reclamante para condenar a reclamada ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R\$ 20.000,00, com juros e correção a serem fixados quando da liquidação da sentença e, em face à reversão do juízo de improcedência, condena-se a reclamada ao pagamento de honorários advocatícios em favor das advogadas do autor, em 15%, a ser calculado sobre o valor liquidado da condenação; remete-se à fase de liquidação a fixação dos critérios de apuração dos juros e da correção monetária. Determina-se a remessa do presente acórdão ao Ministério Público do Trabalho, para as providências cabíveis. Valor da condenação que ora se fixa em R\$20.000,00 e custas no valor de R\$400,00, pela reclamada.

Sustentação oral: Adv.: Luan Lemos da Silva (PARTE: Tim S/A) sustentou.

Intime-se.



Porto Alegre, 11 de julho de 2024 (quinta-feira).

RELATÓRIO

O reclamante recorre da sentença de improcedência de ID 7e26517.

Em suas razões de ID 9559c0d, o reclamante pugna pela reforma do julgado quanto aos itens: inconstitucionalidade e irretroatividade da Lei nº 13.467/2017; benefício da justiça gratuita; horas extras; intervalo intrajornada; indenização por dano moral; FGTS; recolhimentos previdenciários e fiscais; juros e correção monetária.

Com contrarrazões pela reclamada ao ID daa4744, vêm os autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE

PRELIMINARMENTE

Inconstitucionalidade da Lei nº 13.467/2017. Benefício da justiça gratuita

O reclamante alega que a Lei nº 13.467/2017 colide com os artigos 1º, 2º, 3º, 5º, XXXV, 60 e 93, IX e 114, da CF/88. Defende que a ele deve ser deferido o benefício da justiça gratuita, na forma do art. 5º, LXXIV, CF/88. Cita o julgado do STF na ADI 5766. Requer, ainda, "*seja declarada, por meio do controle difuso, inconstitucionalidade da Lei, bem como especialmente dos artigos 790, § 4º, 790-B, 840 e seus parágrafos, todos da CLT e que foram introduzidos ou alterados pela Lei nº 13.467 de 2017*". Sinala o caráter inconstitucional do artigo 791-A e seu parágrafo 4º da Lei 13.467/2017 em relação aos honorários sucumbenciais, por ofensa à garantia fundamental da gratuidade judiciária à parte que não pode arcar com despesas processuais sem comprometer seu sustento e de sua família, bem como ao direito ao amplo acesso à jurisdição (arts. 5º, XXXV, LXXIV, CF e art. 8º, 1, do Pacto de São José da Costa Rica).

Examino.



Inicialmente, observo que o autor carece de interesse recursal quanto ao deferimento do benefício da justiça gratuita, porquanto deferido o benefício na sentença. Igualmente carece de interesse em relação aos honorários advocatícios, porquanto assim constou na sentença:

Não há falar em condenação do reclamante ao pagamento de honorários advocatícios decorrentes da sucumbência, porque se encontra ele ao abrigo da justiça gratuita.

Outrossim, a declaração de inconstitucionalidade das alterações trazidas pela Lei nº 13.467/2017, na forma como vindicado pela parte, em caráter global, depende da adoção de instrumento processual próprio, a ser examinado por órgão judiciário com a competência para tanto. Não há falar, pois, em declaração de inconstitucionalidade de forma genérica, incidental e difusa.

Pelo exposto, não conheço do recurso ordinário do reclamante quanto ao benefício da justiça gratuita e honorários advocatícios, por ausência de interesse recursal e rejeito a preliminar de inconstitucionalidade da Lei 13.467/2017.

MÉRITO

Horas extras. Intervalo intrajornada

O reclamante não se conforma com a sentença que indeferiu o pleito de horas extras. Sustenta que, em sentido diverso da sentença, a testemunha por ele convidada prestou depoimento sem qualquer intenção de ajudá-lo. Sinala que alguns meses dos cartões de ponto contam com marcação predominantemente britânica e, em outros, os horários condizem com o depoimento da testemunha, de que quando chegava por volta das 08h30min, o autor já estava lá, que não era permitido a anotação correta das horas extras realizadas, que haviam reuniões de manhã e que o ponto era registrado mais tarde, ou seja, depois das 08h30min. Refere que "*as poucas horas extras que foram permitidas anotar, foram "jogadas" para o banco de horas, bem como, que há banco de horas negativo, o que não é aceito em nosso ordenamento jurídico*". Cita jurisprudência quanto à fraude de cartões de ponto. Requer o autor a reforma da sentença para que se confirme a jornada da inicial em todo o período contratual, com condenação da reclamada ao pagamento das horas extras que cumpriu a partir da oitava diária. Quanto ao intervalo intrajornada, o reclamante defende a irregular fruição e requer o pagamento de uma hora extra pela não concessão da pausa, nos termos do que determina o artigo 71 da CLT e Súmula 437 do TST, bem como que as horas de sobrejornada durante o intervalo intrajornada sejam compostas de todas as verbas salariais adimplidas com habitualidade.

Examino.



A reclamada acostou aos autos cartões de ponto (ID 2b2ea9a), que contam com pré-assinalação dos horários de intervalo, nos termos autorizados pelo art. 70, §2º, da CLT, gozando de presunção de veracidade (Súmula 338 do TST).

Quanto às marcações britânicas, observo que a uniformização dos registros correspondem ao período de pandemia e que o próprio autor refere no depoimento pessoal que, no início do pacto laboral, o labor consistiu em treinamento realizado "em casa".

No mais, no que diz respeito à validade dos registros de horário trazidos aos autos pela reclamada e aos horários de trabalho desenvolvidos pela reclamante durante a contratualidade, assim constou da prova oral colhida.

Depoimento pessoal do reclamante: *"que os horários registrados nos documentos e ponto quanto ao final do expediente correspondem à realidade ("está correto"); que os horários de início do expediente e os horários dos intervalos não espelham a realidade; que os dias efetivamente trabalhados são aqueles registrados nos documentos de ponto, exceto em um dia por semana (no Sábado) o depoente iniciava a prestação de trabalho sempre às 07h45min; que a loja abria às 09h00; que das 07h45min às 09h00 o depoente realizava as seguintes atividades: ligamento e desligamento de alarmes de aparelhos, organização da loja, acessar os sistema da empresa, relação de relatórios (de vendas de contrato), limpeza das mesas e aparelhos; que também havia uma reunião em todos esses dias, em torno de 30 minutos (das 08h30min às 09h00); que usufruía de, no máximo, 30 minutos de intervalo por dia, inclusive nos Sábados; que no Sábado o trabalho iniciava às 08h30min; que no Sábado também havia uma reunião das 08h30min às 09h00; que no final do expediente podia haver o registro de hora extra quando persistia atendendo algum cliente e o horário desse atendimento excedesse das 19h00; que no início do expediente e no intervalo não poderia registrar qualquer horas extras; que o ambiente de trabalho era bom "no início"; que isso aconteceu nos primeiros três meses do contrato, salientando o depoente que foi contratado durante o período da pandemia e o seu treinamento foi realizado "em casa"; que após esses três meses passou a atuar presencialmente na loja; (...) que as horas extras trabalhadas e não registradas não eram compensadas; que o depoente possuía acesso ao banco de horas onde verificava informações sobre horas positivas ou negativas; que não conferia os registro do ponto, confirmando que o acesso que possuía ao ponto era apenas essas anotações do banco de horas; que só havia o registro do ponto no início e no fim da jornada; no horário do intervalo não havia registro do ponto; que havia um pessoal que possuía turno de trabalho a partir das 08h00 e um outro pessoal, cujo turno de trabalho era a partir das 10h00, salientando que às 09h00 esse pessoal, cujo turno normal de trabalho era às 10h00, já estavam na loja no referido horário (às 09h00); que os empregados da loja atuavam semanalmente, ora no turno normal de trabalho das 08h00, ora no turno de trabalho normal das 10h00; que no período do contrato do depoente atuaram de sete a onze empregados; que em cada*



dia um empregado apresentava a "matinal" (aquela reunião anteriormente mencionada); que mesmo nas oportunidades em que o turno normal e trabalho do depoente era para ser cumprido a partir das 10h00, iniciava ele o seu horário naqueles horários anteriormente informados; que quando a reunião encerrava às 08h50min/08h55min era possível fazer o registro do ponto no horário contratual; que normalmente a reunião encerrava às 09h05min até às 09h20min; que nessas oportunidades quem fazia ao registro do ponto era Patrícia Madalena (o depoente não registrava o ponto no início do expediente e Patrícia Madalena fazia o registro posteriormente); que o depoente normalmente registrava o seu horário de início do expediente, ele próprio, umas duas vezes por semana; que normalmente a loja abria às 09h05min/09h07min; que todos os empregados da loja participavam da matinal; que Patrícia Madalena também participava dessas reuniões."

Depoimento da preposta da reclamada: "que os horários efetivamente trabalhados pelo reclamante quanto ao início e fim do expediente eram registrados nos documentos de ponto; que os horário do intervalo eram pré-assinalados; que a loja onde o reclamante atuava possuía funcionamento para atendimento ao público das 09h00 às 18h00; que a loja não abria após às 09h00 (abria sempre às 09h00); que aos Sábados o expediente do reclamante se dava das 09h00 às 13h00, sendo esse o horário de funcionamento da loja no Sábado; que a loja onde o reclamante atuava não abria em Domingos e feriados; que o intervalo usufruído pelo reclamante, de Segunda a Sexta, era de uma hora e aos Sábados, de vinte minutos; (...) que o registro do ponto se dava por meio da utilização do crachá de cada empregado (no início da manhã passava o crachá no relógio ponto e, no final do expediente, também passava o crachá; que não havia ajuste do ponto por qualquer empregado da reclamada (as marcações realizadas pelo empregado espelham a realidade); que o sistema do ponto é independente do sistema utilizado para o desenvolvimento do trabalho; que em situações de esquecimento da marcação do ponto, é comunicado pelo empregado ao gerente e, então, realizava uma anotação manual no ponto, de acordo com o o horário informado pelo empregado; que neste caso, na folha ponto, constava a seguinte informação: "abono gestor"; que não havia controle dos horários de intervalo pré-assinalados, salientando a depoente que naqueles horários predeterminado os empregados usufruíam do intervalo; que a gerente que atuou na loja no período do contrato de trabalho do reclamante, chamava-se Patrícia; que pela intranet era dado acessos aos empregados quanto às folhas de registro de ponto, salientando a depoente que no final de cada mês os empregados davam o "aceite" nessa folha; que não havia o estabelecimento de limite para o registro de horas extras (todas as horas efetivamente trabalhadas eram registradas); que durante a pandemia os contratos ficaram suspensos, de acordo com a legislação".

Depoimento da 1ª testemunha, Patrick, ouvida a rogo do autor: "que trabalhou para a reclamada de Janeiro de 2019 a Maio de 2021; que exerceu a função de consultor de vendas; que o reclamante também exercia a função de consultor de vendas; que os horários lançados nos documentos de ponto não espelham a realidade; que a loja abria às 09h00; que todos os empregados da loja iniciavam às



08h30min, salientando que quando o depoente chegava às 08h30min, o reclamante já lá estava porque era orientado a colocar os aparelhos na loja, nos expositores; que havia também outras pessoas que realizavam essa atividade (Jonelson e Bruna); que o depoente chegava apenas às 08h30min; que a loja abria às 09h00, mas muitas vezes a reunião matinal, que era realizada das 08h30min às 09h00, se estendia e, então, a loja abria apenas às 09h15min ou 09h20min; que na maioria dos dias não era possível registrar o ponto porque essa reunião se estendia e, então, quem fazia o "ajuste do ponto" era a gerente Patrícia; que umas 18 ou 19 vezes por mês a reunião se estendia às 09h15 ou 09h20min; que nos demais dias os empregados registravam o ponto no horário contratual; que também eram orientados a não registrar o ponto no final do expediente quanto às horas efetivamente cumpridas; que os empregados não registravam o ponto no final do expediente; que quem "ajustava" o ponto, quanto ao horário do final do expediente, era a gerente; que não podia registrar qualquer hora extra nos cartões de ponto; que todos os dias a maioria dos empregados usufruía de apenas 15 a 30 minutos de intervalo para descanso e alimentação; que isso envolvia, inclusive, o depoente e o reclamante; que havia alta demanda de clientes no horário compreendido entre meio-dia e 14h00; que o pessoal do restaurante "trazia as marmitas" e almoçavam na loja; que não lembra o depoente das pessoas que usufruíam de uma hora para descanso e alimentação; que ao que lembra o reclamante sempre "estava lá atrás" (local onde comiam a refeição) durante o período do intervalo; que os dias trabalhados também não eram aqueles registrados nos cartões de ponto; que normalmente o trabalho desenvolvido em Sábados não era registrado nos cartões de ponto; que todos trabalhavam nos Sábados: das 08h30min às 17h00, com intervalo de 15 a 30 minutos, salientando que a demanda de clientes era maior (...) que não havia possibilidade de verificar os horários registrados nos documentos de ponto; que no final do mês não era lançado nenhum "aceite" nos documentos de ponto; que era possível verificar o banco de horas positivo e negativo; que no banco de horas era possível ver as horas extras lançadas nos documentos de ponto; que essas situações abrangiam todos os empregados; que não havia compensação de horas com folgas; que não havia controle do horário de intervalo usufruído pelos empregados da loja, salientando o depoente que a única situação que havia é que recebiam mensagens no celular, emitidas pela gerente, no sentido de que deveriam retornar do intervalo porque a loja estava cheia de clientes; que não recorda de ter informado, no processo que move contra a reclamada, sobre a efetiva fruição de intervalo para descanso e alimentação durante 45 minutos por dia; que o horário contratual do depoente era das 09h00min às 17h30min, de Segunda a Sábado, com intervalo de uma hora para descanso e alimentação; que não sabe informar o horário contratual do reclamante; que havia empregados que atuavam em outro turno contratual (das 10h00 às 19h00), com intervalo de uma hora para descanso e alimentação, de Segunda a Sábado; que não recorda se o reclamante atuou nesse horário contratual (das 10h00 às 19h00)."

A sentença assim analisou a prova produzida:



1. A frágil prova oral produzida pelo autor (depoimento da testemunha Patrick - ata da audiência realizada em 30.08.2023 - id. 0578c5c) não se presta para desconstituir as anotações contempladas nos documentos de ponto presentes nos autos (id. 2b2ea9a, de 02.12.2022) e nem para corroborar as razões declinadas na inicial, acerca da prestação de trabalho extraordinário desprovido do respectivo registro nesses documentos, pois **rest a evidenciada a evidente inveracidade das informações prestadas pela referida testemunha, com o evidente intuito da testemunha em auxiliar o autor a lograr êxito na presente demanda.**

Relatou essa testemunha (Patrick) que "eram orientados a não registrar o ponto no final do expediente quanto às horas efetivamente cumpridas", que "os dias trabalhados também não eram aqueles registrados nos cartões de ponto" e que "não registravam o ponto no final do expediente", salientando, ainda, que "quem ajustava o ponto, quanto ao horário do final do expediente, era a gerente" e que "não podia registrar qualquer hora extra nos cartões de ponto" (grifos ausentes no original), informações que se chocam integralmente com aquelas prestadas pelo próprio reclamante, no seu depoimento pessoal, de que "os horários registrados nos documentos e ponto quanto ao final do expediente correspondem à realidade ("está correto")", de que "no final do expediente podia haver o registro de hora extra quando persistia atendendo algum cliente e o horário desse atendimento excedesse das 19h00" e de que "os dias efetivamente trabalhados são aqueles registrados nos documentos de ponto" (grifos ausentes no original), resultando evidenciado que não espelham a realidade, situação que impede a consideração desse depoimento, **na íntegra**.

O próprio reclamante reconheceu a idoneidade dos registros contemplados nos documentos de ponto, quanto aos dias trabalhados e quanto aos horários de encerramento do expediente (conforme se evidencia pelos relatos anteriormente transcritos), cumprindo salientar que a alegação exposta na inicial, de que o reclamante iniciava o seu expediente às 8h, de segunda a sexta-feira, e às 9h aos sábados, sequer coaduna com as informações apresentadas no seu depoimento pessoal, de que "exceto em um dia por semana (no Sábado) o depoente iniciava a prestação de trabalho sempre às 07h45min" e de que "no Sábado o trabalho iniciava às 08h30min" (grifei), situação que demonstra a inveracidade dessas alegações.

Aliás, os documentos de ponto anexados com a defesa contemplam inúmeros registros que antecedem ao horário contratual, quanto ao início do expediente (por exemplo, entre os dias 05 e 08 de abril/2021 - id. 2b2ea9a), refutando integralmente a informação prestada pelo reclamante, no seu depoimento pessoal, de que "no início do expediente e no intervalo não poderia registrar qualquer horas extras" (grifei), traduzindo-se impertinente o requerimento formulado pelo autor, na manifestação apresentada em 19.01.2023 (id. a45a40f), quanto à aplicação da Súmula 338/TST ao caso, pois o fato de haver registros de "pontos britânicos" (alegação que constitui substrato desse requerimento, a qual não corresponde à realidade) sequer se prestaria para afastar o seu ônus de provar a existência de trabalho desprovido do respectivo registro nessa documentação. A pretensão do reclamante, no particular, esbarra nas disposições do inciso I do art. 818 da CLT e constitui hipótese de enriquecimento sem causa, pois pretende o reconhecimento da prestação de trabalho extra não registrado. Além disso, o próprio autor pretende seja considerado horário "britânico" de início da jornada, afigurando-se, pois, incompreensível e contraditória sua impugnação invocando tal situação nos registros de ponto. Por qual motivo deveria ser desconsiderado o registro "britânico", mas adotá-lo para considerar o também horário "britânico" por ele indicado?



Assim, reconheço a veracidade dos horários e dos dias de trabalho ali mencionados, os quais constituem espelho da realidade, não havendo cogitar da prestação de trabalho desprovida do respectivo registro nesses documentos.

(...)

2. Os referidos documentos demonstram que reclamante desenvolvia suas atividades sob o sistema de "banco de horas", o qual se encontra devidamente acertado pelas partes, no contrato de trabalho (id. c72bfb2), e autorizado pelas normas coletivas pertinentes à sua categoria profissional (cláusula quadragésima primeira - id. 3487edf, de 02.12.2022; cláusula quinquagésima quinta - id. f25c182, de 02.12.2022), sendo reputado válido e eficaz, à vista das disposições contempladas no inciso XXVI do artigo 7º da Constituição Federal e no § 2º do art. 59 da CLT (Incluído pela Lei nº 13.467 de 2017), cumprindo salientar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1121633, com repercussão geral reconhecida (Tema 1.046), firmou a seguinte Tese: "São constitucionais os acordos e as convenções coletivos que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis".

Não há cogitar, portanto, de acolhimento da pretensão alusiva à declaração de nulidade desse regime, amparada na invocada "prestação habitual de horas extras", pois os regramentos coletivos pertinentes à sua categoria profissional não estabelecem qualquer restrição, no particular, merecendo salientar, ainda, que o art. 59-B da CLT (com vigência a partir de 11-11-2017), contempla previsão expressa no sentido de que "A prestação de horas extras habituais não descaracteriza o acordo de compensação de jornada e o banco de horas".

Desse modo, caracterizam-se como extras apenas as horas trabalhadas além de quarenta e quatro, por semana (equivalente à carga de duzentas e vinte horas mensais), quando não compensadas pelo banco de horas, na forma prevista pelo regramento coletivo.

Indefiro, portanto, o pedido do item "III" da inicial.

3. Efetuando-se a contagem das horas registradas nos documentos de ponto presentes nos autos, conforme critério preconizado no § 1º do art. 58 da CLT, evidencia-se que todas as horas extras prestadas pelo reclamante foram devidamente compensadas pelo banco de horas ou contraprestadas, com o respectivo adicional, não merecendo acolhimento o demonstrativo de diferenças apresentado em 19.01.2023 (id. abe49dc), tendo em vista que não foram consideradas as folgas compensatórias usufruídas pelo autor no curso do contrato.

Em vista disso, resultam indeferidos os pedidos declinados sob os itens "01" e "02" da inicial.

4. No que concerne aos intervalos, os documentos de ponto presentes nos autos evidenciam que o reclamante sempre usufruiu o intervalo de uma hora, por dia, para descanso e alimentação, conforme dispõe o caput do art. 71 da CLT, tratando-se, no caso, da hipótese de pré-assinalação do período de repouso, na forma preconizada pelo § 2º do art. 74 da CLT, a qual dispensa os registros dos horários de início e término do intervalo, não havendo falar, então, na existência de trabalho durante tal período, merecendo salientar que as alegações expostas na inicial, de que "o único intervalo usufruído pela parte reclamante foi de 15 min (quinze minutos) para refeição e descanso", sequer coadunam com as informações prestadas pelo reclamante, no seu



depoimento pessoal, de que "usufruí de, no máximo, 30 minutos de intervalo por dia, inclusive nos Sábados", resultando evidenciado que não espelham a realidade, cumprindo salientar que a testemunha Patrick relatou, no depoimento pessoal prestado no processo por ela movido contra a ré, que usufruí de "40 minutos a uma hora de intervalo", corroborando a inveracidade do depoimento por ela prestado, aqui, onde relatou que "todos os dias a maioria dos empregados usufruí de apenas 15 a 30 minutos de intervalo para descanso e alimentação; que isso envolvia, inclusive, o depoente e o reclamante".

Assim, indefiro o pedido do item "03" da inicial."

(destaques no original)

Coaduno com a esmiuçada análise da prova apresentada pelo Juízo *a quo*, porquanto se verifica que as alegações do reclamante e da única testemunha ouvida, além de divergirem entre si, colidem com o constante nos contracheques e registros elastecidos de horário.

Portanto, ante a fragilidade das alegações do reclamante e da prova por ele produzida, entendo por fidedignos os controles de horário trazidos aos autos pela ré, inclusive quanto aos intervalos intrajornadas.

Quanto ao banco de horas, este encontra autorização prevista nas convenções coletivas colacionadas, havendo confirmação do reclamante e da testemunha por ele convidada de que possuíam acesso ao controle do saldo relativo ao banco de horas. Incide, portanto, a tese fixada pelo STF no Tema 1046. Como bem lançado na sentença, por se tratar de contrato de trabalho firmado em período em que já vigente a Lei nº 13.467/2017, a prestação habitual de horas extras não descaracteriza, por si só, o banco de horas, nos termos do art. 59-B da CLT.

Registro não haver vedação legal para adoção de banco de horas negativo ao longo do pacto laboral. Ademais, consta na convenção coletiva autorização para cômputo do saldo negativo no banco de horas, o que entendo, inclusive, benéfico ao empregado, pois não tem descontados valores relativos a período não laborado.

Portanto, entendo que a sentença não comporta reforma.

Nego provimento.

Indenização por danos morais

O reclamante insurge-se em face da sentença que afastou a indenização por danos morais ao entendimento de que as horas de sobrejornada durante o intervalo intrajornada devem ser compostas de todas as verbas salariais adimplidas com habitualidade. Sustenta que a petição inicial trata de uma breve exposição dos fatos, bem como, que a reclamada não deixou de contestar o pedido, inexistindo prejuízo à defesa. Alega ser irrelevante o nome da pessoa que pratica os atos, na medida em que a



empresa tem o dever de zelar pelo ambiente de trabalho saudável. Ressalta como prova das alegações o seu próprio depoimento e o da testemunha por ele convidada. Requer indenização pelos danos morais decorrente do constrangimento sofrido pelo autor, no valor total de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), com juros e correção monetária até a data do efetivo pagamento ou outro valor considerado suficiente.

Examino.

A questão foi assim enfrentada na sentença:

"No caso sob análise, não há cogitar de acolhimento das genéricas razões expostas na inicial, que envolvem o invocado assédio moral, tendo em vista que a petição inicial (a qual estabelece os limites da lide, frente às disposições dos artigos 141 e 492 do CPC) sequer contempla o nome da "superiora" que teria praticado os atos que constituem substrato do pedido de pagamento da indenização perseguida pelo autor, situação que, de plano, impõe o indeferimento do pleito em questão, uma vez que se trata de alegações desprovidas de informações essenciais, com o inegável objetivo de prejudicar a defesa.

Tal omissão viola os princípios do contraditório e do devido processo legal, impedindo o reconhecimento da existência do dano, tendo em vista que a ausência de identificação, na petição inicial, de quem teria praticado as supostas lesões, causa incerteza quanto aos fatos que amparam o pedido.

Observe-se, por relevante, que, no depoimento pessoal do reclamante, informou ele que, no período do contrato mantido pela ré, os cargos de chefia eram ocupados por Patrícia Madalena (Gerente Geral) e por dois Gerentes de

Vendas (Flávia e João Vitor), situação que corrobora a impossibilidade de acolhimento das razões expostas na inicial que constituem substrato do pedido de indenização por dano moral, frente à ausência de identificação precisa sobre quem praticou os invocados atos lesivos lá mencionados. La é informado que tais atos foram praticados por sua "superiora", podendo, portanto, ser quaisquer dos Gerentes. É inegável a ampliação dos limites da lide (vedada pelas disposições do art. 141 do CPC) pela informações contempladas no seu depoimento pessoal, atribuindo tais atos lesivos a Patrícia.

(...)

Além do mais, não produziu o reclamante qualquer prova de que tenha sofrido qualquer lesão de natureza moral no curso do contrato de trabalho mantido pelas partes, ônus que lhe estava afeto, frente às disposições do inciso I do art. 818 da CLT, não se prestando para tal finalidade as informações prestadas pela testemunha Patrick (ata da audiência realizada em 30.08.2023 - id. 0578c5c), porque, conforme razões anteriormente expostas, o conteúdo do depoimento dessa testemunha é inegavelmente inveraz, não espelhando a realidade, não possuindo, portanto, qualquer eficácia de prova, frente ao reclamante.

De qualquer sorte, ainda que se cogitasse da consideração das informações prestadas pela referida testemunha, não haveria cogitar de acolhimento da pretensão alusiva à indenização perseguida na inicial, por assédio moral, porque os relatos contemplados nesse depoimento (ata da audiência realizada em 30.08.2023 - id. 0578c5c) de que "lembra de uma oportunidade em que a gerente Patrícia fez piada com o reclamante, de cunho homossexual: "que os clientes mais afeminados que entrassem, tinha que passar para os viadinhos da loja"; que "a gente sabe" que era direcionado ao reclamante e a



Jonelson porque eram os empregados homossexuais da loja", salientando que "o depoente recorda apenas essa situação envolvendo o reclamante e Patrícia" (grifos ausentes no original), revelam mera suposição dessa testemunha, situação que excede dos limites da sua incumbência, de relatar os fatos por ela presenciados. Por outro lado, essas informações também demonstram a ocorrência de meras brincadeiras de Patrícia, das quais o reclamante sequer reclamava, dando a entender que possuíam intimidade para fazê-las, pois relatou a testemunha que "era "corriqueira" as brincadeiras realizadas por Patrícia em relação ao reclamante e Jonelson", salientando "Patrícia "achava que tinha uma relação de intimidade com Jonelson e com o Jaisson".

Observe-se que os aborrecimentos relativos à rotina e ao ambiente de trabalho constituem situações intrínsecas ao relacionamento entre colegas e entre empregados e empregador, às quais todos estão sujeitos, sendo notório o fato de que, em ambientes laborais, o convívio diário e o passar do tempo fazem nascer entre os empregados, inclusive com seus superiores, certo grau de afinidade ou de distanciamento, podendo resultar no surgimento de comentários e/ou brincadeiras (situações inatas à condição humana) que, apesar de desagradáveis (circunstância que, aqui, inexistiu, pois restou demonstrado que Patrícia, o autor e outro colega mantinham grau de intimidade, o que, de plano, refuta a caracterização de ato lesivo ao autor), não se prestam para ensejar reparação por dano moral, já que a insatisfação do empregado decorre da sua suscetibilidade, a qual é própria de cada indivíduo.

(...)

Por fim, cumpre destacar que o relato contido no depoimento pessoal do reclamante, de que "o ambiente de trabalho era bom "no início"; que isso aconteceu nos primeiros três meses do contrato, salientando o depoente que foi contratado durante o período da pandemia e o seu treinamento foi realizado "em casa"; que após esses três meses passou a atuar presencialmente na loja; que o tratamento que passou a receber era "grosseiro e hostil"; que essa forma de tratamento persistiu até o final do contrato", demonstra que as supostas ofensas que o reclamante agora invoca como atos causadores de lesão de natureza moral, se existiram, foram por ele toleradas ao longo de todo o contrato, restando refutada a caracterização como tal, pois se evidencia a hipótese de perdão, prevista no art. 223-G, X, da CLT. Se desconsiderou tais fatos, entendendo possível a continuidade do contrato, não há possibilidade, após a extinção do pacto, de invocá-los como lesão de natureza moral, pois, ante o perdão, restaram descaracterizados como tal.

Inviável, portanto, o reconhecimento do direito do reclamante à indenização perseguida, razão pela qual indefiro o pedido em questão, declinado sob o item "04" da inicial."

Inicialmente, destaco que o exame do presente pleito deve se dar com base no Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, e nos termos da Resolução nº 492/2023, recentemente instituída pelo CNJ com a finalidade de orientar a magistratura no julgamento de casos concretos, de modo que magistradas e magistrados julguem sob a lente de gênero (que abrange a identidade de gênero), avançando na efetivação da igualdade e nas políticas de equidade. Entendo necessária a atuação judicial com perspectiva de gênero, uma vez que a ocorrência da violência no ambiente de trabalho normalmente se dá de forma clandestina, o que enseja a consideração da relevância de prova indiciária ou indireta.

Ao se considerar que as políticas públicas de segurança são direcionadas à prevenção e à repressão qualificada da violação dos direitos humanos, com respeito à equidade e à dignidade da pessoa humana,



o julgamento com perspectiva de gênero leva ao sistema da justiça garantias às vítimas recorrentes de violência relativas ao gênero e à sexualidade e está de acordo com os objetivos da jurisdição e princípios constitucionais de proteção e defesa dos direitos fundamentais.

Na petição inicial, o reclamante refere que *"laborava sob extrema tensão, pois a reclamada através da superiora imediata do autor, durante a jornada de trabalho discriminava o autor com comentários referente a sua orientação sexual"*.

Nessa linha, entendo que a ausência de indicação específica na petição inicial da pessoa praticante do ato de violência não é de porte a afastar o direito pleiteado, em especial porque não prejudicado o direito de defesa da reclamada, conforme se observa dos termos de sua contestação.

Em depoimento pessoal, o reclamante refere: *"que o tratamento que passou a receber era "grosseiro e hostil"; que essa forma de tratamento persistiu até o final do contrato; que esse tratamento grosseiro e hostil era realizado pela gerente geral da loja (Patrícia Madalena); que havia dois gerentes de vendas (Flávia e João Vitor), que não se tratavam da chefia imediata do depoente; que os "supervisores" eram esses gerentes de vendas; que não havia outros supervisores; que Patrícia Madalena não era supervisora; que os supervisores Flávia e João Vitor "tratavam bem" o depoente; que Patrícia Madalena tratava o depoente com "piadinhas" e "grosserias"; que Patrícia Madalena fazia piadinhas com o depoente em razão de o depoente se tratar de homossexual: que comentava sobre o corte de cabelo do depoente e a pintura platinada, que comentava sobre as roupas do depoente, que comentava sobre o fato de o depoente pintar as suas unhas; que quando ingressava algum cliente homem com um aspecto "mais afeminado", Patrícia Madalena encaminhava o depoente para que atendesse esse cliente; que Patrícia Madalena chamava o depoente, na frente dos outros empregados, de "bicha" e "viadinho"; que o depoente reclamava dessa situação para Patrícia Madalena; que Patrícia Madalena também realizava o mesmo tratamento a dois outros empregados que atuavam na loja (Leandro e Jonelson), que também eram "homossexuais assumidos"; que não se tratava de brincadeira entre todos; que esse tratamento era direcionado exclusivamente por Patrícia Madalena para o depoente e para esses dois empregados"*.

A testemunha Patrick, ouvida a convite do autor, refere: *"que o ambiente e trabalho era "bem pesado"; que "o clima passou a ficar bem pesado" um ano após a data de início do contrato de trabalho do depoente; que durante as reuniões matinais as "humilhações" eram constantes; que o depoente lembra de uma oportunidade em que a gerente Patrícia fez piada com o reclamante, de cunho homossexual: "que os clientes mais afeminados que entrassem, tinha que passar para os viadinhos da loja"; que "a gente sabe" que era direcionado ao reclamante e a Jonelson porque eram os empregados homossexuais da loja; que Patricia mencionou isso no salão de vendas; que Patrícia "achava que tinha uma relação de intimidade com Jonelson e com o Jaisson"; que Patrícia e Jonelson é que tinham mais esse tipo de intimidade; que o reclamante ficava mais "com o pé atrás"; que apenas Jonelson é que tinha um*



relacionamento de mais intimidade com Patrícia; que o depoente recorda apenas essa situação envolvendo o reclamante e Patrícia; que era "corriqueira" as brincadeiras realizadas por Patrícia em relação ao reclamante e Jonelson".

Esclareço que, não obstante a valoração do depoimento da testemunha relativamente às horas extras, em que se constatou a tendência de beneficiamento do reclamante, entendo que, para a situação em análise, as alegações minuciosas de fala dirigida ao reclamante pela supervisora Patricia em contexto público, referidas pela testemunha, devem ser consideradas à luz da denominada constelação de indícios.

Destaco que a Convenção 190 da OIT, que reúne igualdade e não discriminação com a segurança e saúde no trabalho, conceitua o termo "violência e assédio com base no gênero" no mundo do trabalho da seguinte forma:

(a) o termo "violência e assédio" no mundo do trabalho refere-se a um conjunto de comportamentos e práticas inaceitáveis, ou de suas ameaças, de ocorrência única ou repetida, que visem, causem, ou sejam susceptíveis de causar dano físico, psicológico, sexual ou econômico, e inclui a violência e o assédio com base no gênero;

(b) o termo "violência e assédio com base no gênero" significa violência e assédio dirigido às pessoas em virtude do seu sexo ou gênero, ou afetam de forma desproporcionada as pessoas de um determinado sexo ou gênero, e inclui o assédio sexual.

Com efeito, entendo que a conjuntura probatória revela a existência de gravíssima lesão ao direito à intimidade, privacidade e à liberdade sexual do reclamante, bem como retratam violência e assédio por ele narrado.

Sinalo que, diferentemente do que consta em sentença, entendo que o transcurso do tempo em que perpetuado o sofrimento não se confunde com perdão do ato de violência. Não se deve cobrar da vítima atuação de enfrentamento da violência vivenciada, uma vez que a prática de assédio dá-se em cenário de coação da pessoa ofendida, em especial em situação de superioridade hierárquica.

Ressalto, ademais, que o desamparo à vítima acarreta não só deficiência institucional, mas, sobretudo, facilita o cenário de revitimização. Forma-se um ciclo vicioso que deve ser evitado com procedimento efetivo.

Outrossim, não é dado considerar que a prática dos atos derivaram de supostas "brincadeiras" de iniciativa do autor, pois é atribuir à vítima a culpa pelo ato violento sofrido. Tampouco se faz possível afastar o preconceito acobertado por atos recreativos. É dizer, o humor também se constitui forma de exteriorização de atos discriminatórios que perpetuam o preconceito estrutural.



Ademais, demonstrado o assédio, o dano é *in re ipsa*, isto é, comprovada a ofensa à intimidade, privacidade e à liberdade sexual do trabalhador, presume-se a ocorrência do abalo moral.

Saliento que, forte no artigo 932, inciso III, do Código Civil, o empregador é objetivamente responsável pelos atos de seus empregados e prepostos. Assim, demonstrada a conduta ofensiva da preposta da reclamada, despicienda a perquirição da culpa.

Temos ainda no artigo 186 do Código Civil Brasileiro, a descrição de ato ilícito: "*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*"

E o artigo 927 do Código Civil Brasileiro estabelece que: "*Aquele que, por ato ilícito (arts. 186), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*"

Assim, mesmo à luz da teoria subjetiva, entendo configurada culpa da reclamada pelo abalo causado ao autor.

A fixação do valor devido a título de indenização por dano moral deve levar em conta a extensão do dano causado pelo ofensor e a capacidade patrimonial das partes, bem como objetivar a amenização do sofrimento experimentado pela vítima. Por outro lado, destina-se também a reprimir a conduta do empregador e desestimular a sua reincidência.

Ainda, registro que o Tribunal Pleno desta Corte declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 223-G da CLT, sendo inaplicáveis os limites e parâmetros nele contidos. Na mesma linha, o STF, na ADI 6050, entendeu que o tabelamento das indenizações referido na CLT serve como parâmetro orientativo, sem limitar a análise pelo julgador no caso concreto.

Na espécie, considerando os fatores referidos supra e os parâmetros usualmente adotados por esta Corte em situações análogas, em atenção às peculiaridades do caso concreto, faz jus o autor à indenização por dano moral no valor de R\$ 20.000,00, com juros e correção a serem fixados quando da liquidação da sentença.

Dou provimento ao recurso ordinário do reclamante para condenar a reclamada ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R\$ 20.000,00, com juros e correção a serem fixados quando da liquidação da sentença.

FGTS



Alega o reclamante que, sendo reformada a decisão, haverá também que ser deferido o pedido de pagamento do FGTS mais a multa de 40% sobre as parcelas buscadas na presente ação.

Examino.

Mantida a sentença quanto às parcelas que repercutem no FGTS, a mesma sorte segue o acessório.

Assim, nego provimento ao apelo.

Recolhimentos previdenciários e fiscais

O reclamante defende que deve "*ser reformada a sentença para determinar que seja do reclamado a responsabilidade pelos encargos previdenciários e fiscais e, assim, não sejam tais valores deduzidos do empregado, eis que demonstrado nos autos que a recorrente se enquadra na categoria dos bancários*". Acresce que "*Quanto aos encargos previdenciários, o Banco é o responsável pelo inadimplemento desta obrigação social, foi ele quem não pagou quem não tomou as providências legais na época oportuna. A retenção salarial dos encargos previdenciários só é possível na época própria do recolhimento. Portanto, a falta de recolhimento oportuno alforria o empregado*". Refere que "*Quanto ao ônus do encargo do Imposto de Renda, aplica-se, claramente, a irredutibilidade salarial, assegura pela legislação do artigo 7º, inciso VI, da Constituição Federal, merecendo inclusive que seja determinado que a tributação do Imposto de Renda ocorra de forma mensal e individualizada, conforme determina Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 1127 de 07/02/2011, o que desde já parte autora requer que se determine a aplicação da referida norma*". Na cautela, sendo atribuída a responsabilidade de retenção de encargos fiscais ao recorrente, requer que o montante seja acrescido no valor final da condenação a título de indenização ou, ainda, sua incidência apenas em relação aos valores mensais, ou seja, individualizados, de sorte a corresponder ao *quantum* que deveria ter sido auferido mensalmente, responsabilizando-se os reclamados pelas diferenças que o acúmulo ocasionou.

Examino.

A pretensão beira ao não conhecimento por ausência de dialeticidade recursal, mormente considerando não se tratar o caso dos autos de bancário, como alega o reclamante.

Ainda, não incidem recolhimentos previdenciários e fiscais sobre a parcela indenizatória deferida.

Nego provimento.

Juros e correção monetária



O autor requer seja aplicado o IPCA-E para a correção dos créditos trabalhistas da presente ação pois entende-se ser este o índice que de fato recompõe a perda inflacionária, já que a ausência de correção monetária, ou correção ínfima é inconstitucional, afetando o direito de propriedade. Na cautela, requer seja utilizada a SELIC.

Examino.

A fixação dos critérios de cálculos dos juros e correção monetária é matéria afeta à fase de liquidação de sentença.

Dou parcial provimento ao recurso para relegar à fase de liquidação de sentença a fixação dos critérios de cálculos dos juros e correção monetária.

REVERSÃO DO JUÍZO DE IMPROCEDÊNCIA

Por força das disposições constantes do art. 1.013 e parágrafos do CPC, bem como em razão da reversão da sucumbência da ação, bem assim da pretensão recursal do autor à luz do efeito devolutivo em profundidade, conhece-se das demais questões deduzidas na inicial.

Honorários advocatícios

Sendo a presente reclamatória ajuizada após a entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017, aplicam-se os termos do art. 791-A da CLT (art. 6º IN 41/2018 TST e Tese Jurídica do Tema Repetitivo nº 3).

Havendo reversão da improcedência da ação, cabe à reclamada o pagamento de honorários advocatícios a favor dos patronos do autor.

Quanto ao percentual de honorários sucumbenciais devidos pela reclamada, considerando os parâmetros do art. 791-A, § 2º, da CLT e Súmula nº 37 deste Tribunal, bem como a praxe desta Justiça Especializada, notadamente o posicionamento desta Turma, fixo em 15%, a ser calculado sobre o valor liquidado da condenação.

Custas

Revertido o julgamento de improcedência da ação, é da reclamada o ônus de arcar com o pagamento das custas processuais, no importe de R\$ 400,00, calculadas sobre o valor da condenação que ora fixo em R\$ 20.000,00.

PREQUESTIONAMENTO



A matéria contida nas disposições legais e constitucionais invocadas pela parte foi devidamente apreciada na elaboração deste julgado.

Adoto o entendimento expresso na OJ nº 118 da SBDI-1 do TST:

PREQUESTIONAMENTO. TESE EXPLÍCITA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 297. Havendo tese explícita sobre a matéria, na decisão recorrida, desnecessário contenha nela referência expressa do dispositivo legal para ter-se como prequestionado este.

Ofício ao Ministério Público do Trabalho

Determino a expedição de ofício ao Ministério Público do Trabalho para as providências cabíveis, com cópia do presente acórdão, em face da gravidade dos fatos noticiados na presente ação, que devem ser firmemente combatidos pelo judiciário e por toda a sociedade.

TÂNIA REGINA SILVA RECKZIEGEL

Relator

VOTOS

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADORA TÂNIA REGINA SILVA RECKZIEGEL (RELATORA)

DESEMBARGADOR MARÇAL HENRI DOS SANTOS FIGUEIREDO

DESEMBARGADOR GILBERTO SOUZA DOS SANTOS

