



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

Recurso Ordinário Trabalhista 0020982-20.2020.5.04.0221

Relator: RICARDO HOFMEISTER DE ALMEIDA MARTINS COSTA

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 15/03/2023

Valor da causa: R\$ 200.928,17

Partes:

RECORRENTE: TAILINE ELEN DA SILVA LAUX

ADVOGADO: JULIANA DOS REIS RITTER

RECORRIDO: ELSNER COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA - EPP

ADVOGADO: MARIA LUCIA PEREIRA BUJES

ADVOGADO: FILIPE PEREIRA MALLMANN

RECORRIDO: ISMALTINA FEIJO ELSNER

ADVOGADO: MARIA LUCIA PEREIRA BUJES

ADVOGADO: FILIPE PEREIRA MALLMANN

RECORRIDO: NAIRO WALDEMAR ELSNER

ADVOGADO: MARIA LUCIA PEREIRA BUJES

ADVOGADO: FILIPE PEREIRA MALLMANN

RECORRIDO: ELISTIELI FEIJO ELSNER FRANCO

ADVOGADO: MARIA LUCIA PEREIRA BUJES

ADVOGADO: FILIPE PEREIRA MALLMANN



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

Identificação

PROCESSO nº 0020982-20.2020.5.04.0221 (ROT)

RECORRENTE: TAILINE ELEN DA SILVA LAUX

RECORRIDO: ELSNER COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA - EPP, ISMALTINA FEIJO ELSNER, NAIRO WALDEMAR ELSNER, ELISTIEMI FEIJO ELSNER FRANCO

RELATOR: BEATRIZ RENCK

EMENTA

VÍNCULO DE EMPREGO. ÔNUS DA PROVA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. Negada a prestação de serviço, o ônus da prova quanto à existência de relação empregatícia recai sobre o trabalhador, nos termos do art. 818 da CLT, combinado com art. 373, I do CPC/2015. Ausente caracterização de subordinação, quando transparece relação de administração, como herdeiro e coproprietário, do negócio da família.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por unanimidade, **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE.**

Intime-se.

Porto Alegre, 26 de julho de 2023 (quarta-feira).

RELATÓRIO

Da sentença de improcedência da ação (ID. ddc1ec9), recorre a autora.



Assinado eletronicamente por: BEATRIZ RENCK - 27/07/2023 13:27:55 - 21d1481

<https://pje.trt4.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=23051717500234700000075101869>

Número do processo: 0020982-20.2020.5.04.0221

ID. 21d1481 - Pág. 1

Número do documento: 23051717500234700000075101869

A demandante pleiteia a reforma da decisão nos seguintes aspectos: cerceamento de defesa - desconsideração de declarações de testemunha -, confissão das réis quanto à matéria de fato e ao vínculo de emprego (ID. 6dfbef7).

Com contrarrazões (id. 8fe6e50), sobem os autos ao Tribunal para julgamento.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

1. RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE.

1.1 CERCEAMENTO DE DEFESA. DESCONSIDERAÇÃO DAS DECLARAÇÕES DA TESTEMUNHA ARROLADA PELA RECLAMANTE.

A parte autora não se conforma com a decisão do juízo *a quo* quanto à desconsideração das declarações da testemunha Lucélia Souza Galecki, afirmando que não houve falta com a verdade, tendo sido esclarecido, desde o princípio, pela própria testemunha, que possuía lancheria localizada no mesmo terreno do supermercado das reclamadas e que alugava o local da segunda reclamada para exploração da atividade econômica.

Relativamente ao depoimento de Lucélia Souza Galecki, assim decidiu a MM. Julgadora de origem:

*Inicialmente, desconsidero o depoimento da testemunha antes referida, ouvida a convite da reclamante, porque, embora devidamente compromissada com o dever de dizer a verdade, sob pena de praticar crime de falso testemunho, incorreu em inverdades, as quais depõem contra a credibilidade de seu depoimento, uma vez que **não trabalhava junto com a reclamante e, no mesmo horário de atendimento do mercado, ela atendia sua lancheria estabelecida em local diverso.***

Por fim, haja vista que a testemunha foi devidamente compromissada com o dever de dizer a verdade, determino que a Secretaria desta Unidade Judiciária extraia cópia da ata de audiência de instrução, da petição inicial e da presente decisão, encaminhando-se ao Ministério Público Federal para as providências que entender cabíveis, nos termos do art. 40 do Código de Processo Penal.

Examino.

Em momento algum em seu depoimento a testemunha declarou que trabalhava com a autora, mas sim que trabalhava no mesmo prédio em que a autora:

[...] que a depoente tinha lancheria em cima do prédio do mercado; que as compras da lancheria da depoente eram feitas no mercado; que a reclamante trabalhava no mercado e era gerente fazendo de tudo um pouco, tanto fazendo entrega, atendendo ao público,



cuidando das prateleiras, etc; que a sra. Ismaltina era a proprietária do supermercado; que sempre soube que a dona do mercado durante todos estes anos era da sra. Ismaltina, que frequentava o mercado constantemente, sendo que mandava nos empregado; que via a sra. Ismaltina mandando os empregados arrumarem prateleiras e que ela comparecia com frequência no mercado; que a reclamante trabalhava diariamente, de segunda a domingo ao meio dia; que a reclamante trabalhava das 8h até fechar a noite; que a depoente via o que acontecia no mercado; que a depoente usava veículo próprio para fazer entrega de rancho do mercado; que ocorreu comentário que a reclamante saiu porque tinha roubado; que antes da reclamante administravam o mercado Daniel e Glórinha; que a sra. Ismaltina sempre teve apoio de pessoas para administrar o mercado, não tendo trabalhado sozinha nunca; que faz um ano e meio que saiu do local; que esclarece que saiu do local em 2020; que iniciou o trabalho no local em 2002; que a depoente comparecia no mercado sempre que necessário; que a depoente comprava muito no açougue e alguma vez lá que outro viu a sra. Ismaltina no local, dando ordens; que sabe que a reclamante era gerente do mercado e a sra. Ismaltina era a dona; que tem certeza que a sra. Ismaltina era a dona do mercado sendo que a reclamante atendia a depoente e era a gerente; que o roubo, em razão de empréstimo bancário, logo que a reclamante saiu do mercado, só soube por comentários da rua; que nada mais disse e nem lhe foi perguntado.

Assim, considerando que não há no depoimento as alegadas falsas, afasto o entendimento de que não há credibilidade nas suas declarações. Além disso, não demonstrado que a testemunha realmente tivesse interesse na solução do presente litígio, uma das hipóteses de suspeição previstas no artigo 447, § 3º, inciso II, do CPC, não há falar em desconsideração de seu depoimento, o que será observado no julgamento do mérito da pretensão.

1.2 VÍNCULO DE EMPREGO. AUSÊNCIA DE APLICAÇÃO DA PENA DE CONFISSÃO ÀS RECLAMADAS.

A autora sustenta que o desconhecimento dos prepostos sobre os fatos importa em confissão ficta sobre a matéria, com presunção de veracidade dos fatos alegados na petição inicial. Assevera que quando indagadas sobre o contrato de trabalho da reclamante, jornada de trabalho e atividades desenvolvidas, a primeira reclamada referiu que à época do reclamante " não encontrava-se no supermercado" e a terceira reclamada, proprietária anterior do supermercado na época da prestação laboral do reclamante, "que não sabia informar". Requerem a declaração da confissão das reclamadas, nos termos dos artigos, 843, §1º da CLT e 350 do CPC e o reconhecimento do pedido de vínculo de emprego declinado na petição inicial.

Com relação ao vínculo de emprego, assevera que uma vez incontroversa a prestação de serviços pela parte autora, a reclamada atraiu para si o ônus de provar o fato impeditivo do seu direito (no caso, a eventualidade dos serviços prestados pela autora ou qualquer outra espécie de relação), a teor do que dispõem os artigos 818, II, da CLT e 373, II, do CPC, supletivamente aplicado, encargo este, contudo, do qual não se desincumbe. Afirma que pela prova testemunhal ficou amplamente demonstrado que a reclamante passou a laborar no supermercado como gerente de supermercado e não como proprietária, tanto que Ismaltina confessa que o acerto de transferência da empresa seria para o seu filho Sandro e não



para a reclamante, seu neta. Salaria que a reclamada confessa que a relação comercial ocorrida era com Sandro, e não com a reclamante, e mais, o desligamento da autora ocorreu pela própria proprietária à época, Ismaltina, fato este incontroverso, e que entende demonstrar a subordinação. Reforça que, uma vez comprovada a prestação de serviços, cabia à reclamada a prova inequívoca da ausência de pessoalidade, onerosidade, não eventualidade ou subordinação, encargo este, contudo, do qual não se desonera.

Examino.

Primeiramente, em relação ao requerimento de que seja reconhecida a confissão das reclamadas quanto à matéria de fato pelo desconhecimento das questões referentes ao alegado contrato de trabalho da autora, ressalto que não corresponde ao que efetivamente se conclui da leitura das declarações constantes na ata da audiência. A primeira ré, ISMALTINA FEIJO ELSNER, afirma que passou o supermercado para seu filho Sandro e que, portanto, não mais tinha conhecimento do que ocorria no supermercado:

[...] que passou o mercado para a reclamante e seu grupo; que eles nunca foram empregados da depoente; que depois que o mercado passou para o grupo a depoente nunca recebeu nenhum valor; que a depoente pediu emprestado da reclamante dois mil reais quando ocorreu desentendimento; que o grupo da reclamante não administrou o mercado direito, não pagavam as taxas, etc; que o sr. Sandro, filho da depoente, colocou Tailine e Germano para trabalhar, sendo que a depoente iria passar para eles o mercado; que a reclamante foi morar em Mariana Pimentel para colocar uma lancheria; que o neto da depoente que cuidava do mercado, resolveu sair e a depoente entregou para o seu filho Sandro, que colocou a reclamante e seu marido para cuidar e gerenciar o mercado, sendo que o estabelecimento seria transferido para eles; que não sabe o tempo que a reclamante ficou no local; que sabe que a reclamante tirou empréstimo bancário em nome do mercado, no valor de cento e cinquenta mil reais; que o grupo não pagou nada e nem fez os recolhimentos devidos; que Daniel e Glorinha trabalham lá antes do grupo da reclamante; que antes de Daniel era a própria depoente que cuidava do mercado; que Daniel era casado com sua filha Glorinha e depois passaram a administrar o mercado, isso antes do grupo da reclamante; que a depoente tinha que comprar os produtos que utilizava do mercado; que a própria reclamante disse aos demais empregadas, que a depoente não mandava nada lá; que o desentendimento se deu porque a depoente pediu um empréstimo a reclamante;

Do mesmo modo, Elistiele Franco informou que assumiu a propriedade do supermercado após a saída da reclamante e de seu grupo:

[...] que a reclamante entrou no mercado junto com Cintia, Germano e outro; que ela ingressou no local para administrar a empresa; que não estava neste período no mercado sendo que a reclamante é que administrativa, fazia pagamento dos funcionários e fazia compras de mercadorias; que Sandro permaneceu no local por volta de um ano ou um ano e meio; que antes da reclamante, Sandro, Germano; que antes era a mãe da depoente, sra. Ismaltina quem gerenciava o mercado, sendo que trabalhar lá Glorinha e Daniel; que a reclamante saiu do mercado porque ocorreu um desacordo; que a depoente não estava lá mas sabe que sua mãe foi pedir um empréstimo e a reclamante negou, dizendo para ela falar com Sandro; que Daniel, na sua época era comprador e Glorinha fazia a parte administrativa; que Glorinha administrava também os



pagamentos dos empregados; que pelo que sabe a sra. Ismaltina pagava os produtos que usava do mercado; que a depoente assumiu em agosto de 2020, como proprietária; que antes da depoente os proprietários eram Germano, Sandro, Tailine e Cíntia; que não sabe dizer os dias e horários que a reclamante trabalhava pois não estava lá; que atualmente o mercado entrega rancho; que acredita que o mesmo ocorresse na época de reclamante; que a entrega de ranchos é feita com o caminhão do mercado; que o mercado sempre teve um carro disponível para fazer entregas;

Como verifico, os depoimentos são esclarecedores de uma empresa administrada pela unidade familiar, tendo sido intercalada a administração pelos filhos da primeira reclamada. De todo o modo, efetivamente, se reconheceu no presente caso a prestação de serviços.

Esclareço que nos processos em que o pedido é de reconhecimento de vínculo de emprego, a tese da defesa é que orienta o ônus da prova. A negação total de qualquer relação, impõe ao trabalhador o ônus de prova das suas alegações. Todavia, negado o vínculo de emprego, mas não negada a prestação de trabalho, é ônus da demandada a comprovação de que a relação entre as partes se dava de outra forma, que não de vínculo de emprego.

Refiro, por oportuno, que os requisitos essenciais do vínculo de emprego são subordinação, pessoalidade, não eventualidade na prestação de serviços e pagamento mediante salário.

Admitida a prestação de serviços, era ônus da defesa comprovar que a relação jurídica mantida com o autor não era de emprego, nos termos do arts. 818 da CLT e 333, II, do CPC, ônus do qual ela se desincumbiu a contento.

Em seu depoimento pessoal, a autora alega o seguinte:

*[...] que antes da depoente começar a trabalhar no mercado este pertencia a sra. Ismaltina e sr. Nairo; que depois passou a trabalhar, em 02 ou 03 de abril de 2019 ou 2018, começaram a trabalhar mais 4 pessoas, incluindo a depoente, sendo que Sandro foi quem os colocou lá; que iriam substituir Daniel e Glória; que Daniel e Glória saíram e a depoente e seus colegas ficaram no lugar deles, **inclusive gerenciando o mercado**; que recebiam três mil e quinhentos, mediante retirada do salário, por mês; que não pagavam aluguel, sendo o valor do aluguel retirado sob forma de compras, pela sra. Ismaltina; **que entraram para, futuramente, serem donos do mercado**, mas eram apenas empregados da Ismaltina; **que ela não fica trabalhando no local, não administrava e não pagava a depoente e seus colegas**; que as compras para o mercado eram feitas pela depoente e por Daniel; que as compras de mercadorias para o estabelecimento era feitas pela depoente e seus colegas, para que pudessem ter o que vender no supermercado; que a depoente chegava 9h e não tinha horário para sair; que os valores que entravam eram depositados na conta e CNPJ do supermercado, do Sicredi, sendo que os valores só cobriam os custos; que não pagavam aluguel da casa que o sr. Nairo lhes deu gratuitamente para sua utilização;**que o grupo de empregados é parente dos reclamados, sendo que todos tem vínculo familiar; que a depoente tinha a senha da conta do Sicredi e do Banrisul, fazendo movimentação pelo aplicativo; que também retiravam o valor dos seus salários saía do caixa do mercado**; que a movimentação bancária e do caixa do mercado não era informado a sra. Ismaltina, que as vezes aparecia no local; que uma ou duas vezes, no período, a sra. Ismaltina chamou a*



reclamante e seus colegas para uma reunião; que tiveram que fazer a retirada do telhado na casa do sr. Nairo, onde moravam, por problemas na rede elétrica e inclusive fizeram uma areazinha; que Maria anotava as retiradas no sistema, porque ela cuidava a parte das contas; (grifei)

A testemunha que a autora arrolou, Lucélia Souza Galecki, apenas traz informações externas quanto à relação de trabalho, porquanto não era empregada, sendo suas conclusões baseadas em suposições:

[...] que a depoente tinha lancheria em cima do prédio do mercado; que as compras da lancheria da depoente eram feitas no mercado; que a reclamante trabalhava no mercado e era gerente fazendo de tudo um pouco, tanto fazendo entrega, atendendo ao público, cuidando das prateleiras, etc; que a sra. Ismaltina era a proprietária do supermercado; que sempre soube que a dona do mercado durante todos estes anos era da sra. Ismaltina, que frequentava o mercado constantemente, sendo que mandava nos empregados; que via a sra. Ismaltina mandando os empregados arrumarem prateleiras e que ela comparecia com frequência no mercado; que a reclamante trabalhava diariamente, de segunda a domingo ao meio dia; que a reclamante trabalhava das 8h até fechar a noite; que a depoente via o que acontecia no mercado; que a depoente usava veículo próprio para fazer entrega de rancho do mercado; que ocorreu comentário que a reclamante saiu porque tinha roubado; que antes da reclamante administravam o mercado Daniel e Glórinha; que a sra. Ismaltina sempre teve apoio de pessoas para administrar o mercado, não tendo trabalhado sozinha nunca; que faz um ano e meio que saiu do local; que esclarece que saiu do local em 2020; que iniciou o trabalho no local em 2002; que a depoente comparecia no mercado sempre que necessário; que a depoente comprava muito no açougue e alguma vez lá que outro viu a sra. Ismaltina no local, dando ordens; que sabe que a reclamante era gerente do mercado e a sra. Ismaltina era a dona; que tem certeza que a sra. Ismaltina era a dona do mercado sendo que a reclamante atendia a depoente e era a gerente; que o roubo, em razão de empréstimo bancário, logo que a reclamante saiu do mercado, só soube por comentários da rua; que nada mais disse e nem lhe foi perguntado.

Destaco que quanto às declarações da testemunha acima referida de que via a Ismaltina dando ordens aos empregados é contraposta pelo próprio depoimento da autora que diz que Ismaltina não trabalhava no local, não administrava e não pagava as contas do supermercado. Assim, não verifico qualquer outro elemento destas declarações que comprovem subordinação da autora às rés.

Por outro lado, das declarações da testemunha convidada pela parte ré, Maria de Lourdes Kubiaki, verifico que é possível verificar a ausência de subordinação:

*[...] que trabalha no mercado faz 28 anos; que é auxiliar administrativa, trabalhando no escritório; que **a reclamante e seu grupo entraram para administrar o mercado e serem proprietários; que eles ingressaram e declararam isso**; que a sra. Ismaltina não estava presente nesta reunião; **que recebiam ordens a partir daquele momento, do grupo da reclamante e recebiam salário da reclamante**; que a reclamante chegava no mercado às 9h30min/10h; que a depoente é quem abrir o mercado; que quando o mercado fechava às 19h30min a reclamante saía com os empregados; **que a reclamante saía para fazer as coisas dela e não apresentava atestado para a depoente que era da parte administrativa; que a reclamante fazia os pagamentos aos empregados; que a reclamante e seu grupo não prestava contas a sra. Ismaltina**; que o somente a reclamante lidava com dinheiro; que o dinheiro do mercado ia para a conta da empresa; que os boletos eram pagos pela conta do mercado; que a depoente cuidava das notas fiscais; que a parte de bazar quem*



*fazia as compras era a reclamante e Germano as demais mercadorias; **que a reclamante decidia o que e quando comprar e não prestava contas a ninguém**; que na reunião a reclamante e seu grupo falaram que a partir daquele momento os proprietários seriam a reclamante Sandro, Germano e Cintia; que eles comentaram que era o grupo quem iriam ser os proprietários do estabelecimento; que eles falaram que iriam gerenciar a partir daquele momento e tudo seria reportado para eles; que a sra. Ismaltina não estava na reunião e sequer foi mencionada na referida reunião; que Sandro ficou no local por um ano e meio; **que antes da reclamante e seu grupo, Glória e Daniel estavam no local como empregados, tendo inclusive contracheque**; **que a reclamante nunca teve contracheque, pois era proprietária**; que na época de Glória e Daniel a sra. Ismaltina comparecia no mercado, pois o mercado ainda era dela e eles eram empregados dela, conversando o que fariam e ela aprovava, naquela época; que a depoente trabalhava no caixa, notas fiscais e prateleiras e se reportava aos que trabalhavam no mercado, primeiro a Daniel e Glória e depois para Germano e a reclamante; que sempre recebeu autorização destes para o que iria fazer; que a sra. Ismaltina ia no mercado, na época da reclamante, pagava sua próprias compras, após fazer a transição, não anotando nada em caderno; que na época da Glória e se existia algum débito na época da reclamante, deveria coisa antiga, de época anterior a da reclamante; que a reclamante chegava às 9h30min até a hora de fechar; que ela trabalhava também aos domingos; que o mercado fechava às 19h30min e no horário do intervalo das 12h às 14h; que o mercado fazia entrega de ranchos, com caminhão da empresa, mas quando o caminhão ia para a CEASA, a reclamante entregava com veículo próprio; que o caminhão não estava lá uma ou duas vezes por semana, quando ia na CEASA; que então a reclamante usava o carro próprio para as entregas; que a entrega de rancho depende do volume de vendas; que não pode informar com precisão se a reclamante fazia uma ou quatro entregas por semana, pois tal variava; que quando ia para a CEASA faziam compras também para a padaria; que pode ter ocorrido uma vez da reclamante ter ido fazer compra com seu veículo; que ouviu falar que negociaram o mercado e a reclamante não pagou direito, sendo que a sra. Ismaltina foi pegar um empréstimo e a reclamante não atendeu, ocorrendo então um desentendimento, sendo que a reclamante deixou de ficar no local; que não ouviu falar nada de rouba na saída da reclamante; que nada mais disse e nem lhe foi perguntado.*

No caso de uma empresa administrada por um núcleo familiar, geralmente o trabalho se dá em colaboração, participando das atividades da empresa e sem contrato formal de trabalho ou mesmo de (co) propriedade. Assim, para verificar se há um vínculo de emprego, é necessário avaliar se esses membros da família exercem atividades semelhantes às de um empregado comum, com as mesmas condições de trabalho e remuneração, o que entendo não ocorre no caso nos autos. Analisando a estrutura organizacional da empresa se verifica que a autora tinha funções e responsabilidades claras de gestão sem a necessidade de prestação de contas. Além disso, embora refira que percebia mensalmente R\$ 3.500,00, confirma que ela mesma efetuava seu próprio pagamento e que tinha todas as senhas e controle das contas bancárias da empresa. Cumprindo referir que durante o período em que esteve ligada ao supermercado nunca teve contracheque. A autora confirma que não prestava contas à Ismaltina, sendo confessa quanto ao aspecto. Ademais, fica evidenciado pelo depoimento da testemunha arrolada pela ré que a autora tinha liberdade para se ausentar do trabalho, sem qualquer restrição.

Assim, entendo que os depoimentos colhidos afastam a presença dos elementos caracterizadores do vínculo de emprego, diante da demonstrada ausência de subordinação, bem como da evidenciada relação



de cooperação familiar - destaca-se que a reclamante é companheira de Germano Benicio Elsner, filho de Sandro Feijó Elsner, neto dos Reclamados Ismaltina e Nairo e sobrinho da Reclamada Elistieli.

A prova documental, ainda, não traz nenhum outro elemento que evidencie subordinação.

Nego provimento ao recurso ordinário da autora.

PREQUESTIONAMENTO.

Tenho por prequestionados para todos os fins os dispositivos legais e constitucionais mencionados no recurso, nos termos do entendimento consagrado na Súmula nº 297 do TST, na medida em que, na apreciação do presente recurso, foi adotada tese implícita ou explícita em relação aos argumentos fáticos e jurídicos invocados nas razões recursais. Ademais, não cabe ao Julgador afastar todos os argumentos expendidos pelas partes, mas aplicar o direito, fundamentando as decisões proferidas, de forma a esgotar a prestação jurisdicional, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal.

BEATRIZ RENCK

Relator

VOTOS

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADORA BEATRIZ RENCK (RELATORA)

DESEMBARGADORA MARIA CRISTINA SCHAAN FERREIRA

DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ DE MOURA CASSAL

