



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

Ação Trabalhista - Rito Ordinário **0100238-44.2020.5.01.0205**

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 13/03/2020

Valor da causa: R\$ 43.056,04

Partes:

RECLAMANTE: WILLIANS MOURA DE OLIVEIRA

ADVOGADO: JOSE CARLOS MONTEIRO DUARTE FILHO

RECLAMADO: MSN LOGISTICA LTDA - ME

ADVOGADO: KELY SILVA DOS SANTOS

RECLAMADO: Via S.A

ADVOGADO: TATIANE DE CICCIO NASCIMBEM CHADID

ADVOGADO: LEONARDO SANTINI ECHENIQUE



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
5ª Vara do Trabalho de Duque de Caxias
ATOrd 0100238-44.2020.5.01.0205
RECLAMANTE: WILLIANS MOURA DE OLIVEIRA
RECLAMADO: MSN LOGISTICA LTDA - ME, Via S.A

SENTENÇA

1) RELATÓRIO

Trata-se de Reclamação Trabalhista ajuizada por **WILLIANS MOURA DE OLIVEIRA**, no dia 29/01/2021, em face das empresas **MSN LOGÍSTICA LTDA. - ME** e **VIA VAREJO S.A.**

Alega o Reclamante que foi admitido no dia 19/03/2018, para o exercício da função de ajudante interno, tendo sido dispensado por justa causa em 07/06/2019. Entre outros pedidos, postula a reversão da justa causa aplicada, com o pagamento das verbas rescisórias devidas, bem como horas extras, intervalo intrajornada suprimido e *ticket* refeição.

Com a inicial, vieram procuração e documentos.

Devidamente intimadas, as Reclamadas apresentaram contestações escritas, em peças apartadas, com documentos, suscitando preliminares e pugnando pela rejeição dos pedidos do autor.

O autor se manifestação sobre as defesas por escrito, conforme id. 2c3a453/ id. 561b627.

Na audiência de instrução designada, estiveram presentes o autor e a segunda Reclamada, ocasião em que, após rejeitada a proposta conciliatória, foi colhido o depoimento pessoal do autor e da 2ª ré, além de realizada a oitiva de uma testemunha.

Sem mais provas, encerrou-se a instrução.

Razões finais escritas.

Partes inconciliáveis.

É o relatório.

Decido.

2) FUNDAMENTAÇÃO

2.1) DA PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA

A análise da legitimidade das partes deve ser feita à luz da teoria da asserção, levando-se em consideração apenas as afirmações trazidas pelo Autor na petição inicial. Tendo o Autor apresentado causa de pedir suficiente para cada uma das pessoas inseridas no polo passivo, haverá pertinência subjetiva para a causa, não havendo que se falar em ilegitimidade *ad causam*.

No presente caso, a simples análise da petição inicial revela que o Autor foi claro ao afirmar que fora contratado pela 1ª Reclamada e sempre prestou serviços em favor da 2ª Reclamada, sendo clara a pertinência subjetiva de ambas as empresas para figurarem no polo passivo da lide.

Diferentemente do quanto sustentado pela segunda Reclamada, a questão relativa à sua efetiva responsabilidade pelos créditos perseguidos na demanda constitui matéria de mérito e será apreciada no momento oportuno.

Rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva da 2ª Reclamada.

2.2) DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

A Reclamada suscita preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, aduzindo que inexistente previsão legal para a responsabilização subsidiária da tomadora de serviço, não se podendo suscitar a Súmula n. 331, item IV, do TST como fundamento da condenação, pois não se trata de norma, mas somente entendimento jurisprudencial predominante, o qual não vincula os órgãos desta Justiça Especializada. Sustenta, portanto, se tratar de hipótese de impossibilidade jurídica do pedido.

A razão, porém, claramente não assiste à Reclamada.

Após o advento do Código de Processo Civil de 2015, a impossibilidade jurídica do pedido passou a constituir questão de mérito, não tendo o condão de resultar na extinção por carência de ação.

Ainda que assim não fosse, cumpre ressaltar que a responsabilização subsidiária dos tomadores de serviços possui expresso amparo legal, conforme estabelecido no art. 5º-A, §5º, da Lei n. 6.019/74.

Rejeito.

2.3) DA CONFISSÃO FICTA

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 confissão, 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.

2.4) DA REVERSÃO DE JUSTA CAUSA

Incontroverso nos autos que o Reclamante foi admitido no dia 19/03/2018, para desempenhar a função de AJUDANTE INTERNO, tendo sido dispensado, por justa causa, no dia 07/06/2019.

Sustenta o reclamante que não cometeu falta suficientemente grave capaz de ensejar sua dispensa por justa causa, requerendo, portanto, a reversão para dispensa imotivada e o pagamento de diferenças rescisórias pertinentes.

Defende-se a reclamada argumentando que o reclamante cometeu ato de improbidade, tendo fornecido o cartão RioCard para uso por terceiros. Como prova, trouxe o extrato de id. c02257e para demonstrar a existência de deslocamentos durante horários não relacionados à jornada cumprida pelo Autor.

Analisando a falta grave de improbidade, Maurício Godinho Delgado ensina que:

“o ato de improbidade previsto no CLT, art. 482, alínea “a” como conduta culposa obreira que provoque dano ao patrimônio empresarial ou de terceiro, em função de comportamento vinculado ao contrato de trabalho, com o objetivo de alcançar vantagem para si ou para outrem”.

Percebe-se, portanto, que a improbidade consiste em um comportamento culposo do empregado que implica a obtenção de vantagem para si ou para terceiros, às custas do patrimônio do empregador.

No presente caso, confessou o autor que se deslocava diariamente de bicicleta no trajeto casa-trabalho, bem como que seu cartão RioCard era utilizado por sua irmã. Tem-se, portanto, que o autor solicitou, injustificadamente, o recebimento do Vale Transporte (vide requerimento de ID. b935a53), tendo ainda permitido que terceiros fizessem uso do crédito fornecido pelo empregador, o que configura um ato de improbidade.

Não socorre ao Reclamante a tese de desconhecimento acerca da forma correta de uso do vale-transporte. Tal tese foi ventilada em seu depoimento, ao afirmar que “ninguém da empresa disse ao depoente que era proibido essa forma de utilização do vale- transporte” [fornecimento para uso de terceiro].

O art. 1º da Lei n. 7.418/85 é claro ao estabelecer que o vale-transporte serve para “utilização efetiva em despesas de deslocamento residência-trabalho e vice-versa, através do sistema de transporte coletivo público, urbano ou intermunicipal e/ou interestadual com características semelhantes aos urbanos, geridos diretamente ou mediante concessão ou permissão de linhas regulares e com tarifas fixadas pela autoridade competente, excluídos os serviços seletivos e os especiais”.

O Autor tinha claro conhecimento de tal previsão normativa, seja porque é pública e notória a finalidade do vale-transporte, seja porque assinou documento que claramente previa a utilização do vale para “DESLOCAMENTO NECESSÁRIO PARA PERCURSO RESIDÊNCIA/TRABALHO VICE VERSA” (ID. b935a53).

Ressalto que a improbidade apta a ensejar a justa causa, diferentemente do que ocorre com a desídia, pode facilmente se configurar por meio de um ato único, pois a obtenção de vantagem indevida é suficientemente gravosa e rompe definitivamente a fidúcia indispensável à relação de emprego. Assim, irrelevante, no presente caso, se houve aplicação de penalidade anterior ao Reclamante.

Sendo assim, diante das provas apresentadas, tenho que a reclamada se desincumbiu do seu ônus processual e comprovou ato grave justificador da dispensa por justa causa tipificada na alínea "a" do art. 482 da CLT (ato de improbidade).

Por todo o exposto, tenho por válida a justa causa aplicada à parte reclamante, pelo que **julgo improcedentes os pedidos de nulidade da justa causa e reversão em dispensa sem justa causa.**

Considerando que o acessório segue a sorte do principal (princípio da gravitação jurídica), **julgo improcedentes também os pedidos de pagamento de verbas rescisórias (aviso prévio, férias proporcionais mais 1/3, 13º salário proporcional, multa de 40% sobre FGTS), liberação de guias de FGTS e seguro desemprego.**

2.5) DA JORNADA DE TRABALHO. HORAS EXTRAS. INTERVALO INTRAJORNADA. ADICIONAL NOTURNO.

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, ponto 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 valora 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.**

2.6) DO TICKET ALIMENTAÇÃO

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.**

2.7) DA RESPONSABILIDADE DA SEGUNDA RECLAMADA

Ante a improcedência dos pedidos condenatórios de natureza pecuniária formulados em face da empregadora, **resta prejudicada a análise da responsabilidade subsidiária da 2ª Reclamada.**

2.8) DA JUSTIÇA GRATUITA

Considerando a declaração de hipossuficiência apresentada pela parte Reclamante na petição inicial (id. 0e364be), afirmando que não tem condições de arcar com as despesas inerentes ao processo sem prejuízo do sustento próprio e da família, **concedo-lhe os benefícios da justiça gratuita, nos termos do art. 790, §3º, da CLT.**

2.9) DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS

Considerando que a presente demanda foi ajuizada após a entrada em vigor da Lei n. 13.467/17, são devidos honorários advocatícios na forma do art. 791-A da CLT.

Diante da sucumbência total do Reclamante e à luz dos critérios estabelecidos no §2º do dispositivo celetista, **condeno-o ao pagamento de honorários advocatícios, no valor de R\$ 2.152,80, o que totaliza 5% sobre o valor da causa.**

Saliento, contudo, que tal valor devido pelo Reclamante a título de honorários sucumbenciais fica, por ora, com a exigibilidade suspensa, em virtude da

concessão dos benefícios da justiça gratuita e da inexistência de crédito suficiente apurado nesta ação (art. 791-A, §4º, CLT).

3) DISPOSITIVO

Ante o exposto, nos autos da Reclamação Trabalhista ajuizada por WILLIANS MOURA DE OLIVEIRA em face das empresas MSN LOGÍSTICA LTDA. – ME e VIA VAREJO S.A., julgo TOTALMENTE IMPROCEDENTES os pedidos formulados na petição inicial.

Concedo à parte Reclamante os benefícios da justiça gratuita.

Diante da sucumbência total do Reclamante e à luz dos critérios estabelecidos no §2º do dispositivo celetista, condeno-o ao pagamento de honorários advocatícios, no valor de R\$ 2.152,80, o que totaliza 5% sobre o valor da causa.

Saliento, contudo, que tal valor devido pelo Reclamante a título de honorários sucumbenciais fica, por ora, com a exigibilidade suspensa, em virtude da concessão dos benefícios da justiça gratuita e da inexistência de crédito suficiente apurado nesta ação (art. 791-A, §4º, CLT).

Custas processuais pelo RECLAMANTE, no importe de R\$ 861,12, equivalente a 2% sobre o valor dado à causa (art. 789, II, CLT), sendo o pagamento dispensado diante da gratuidade da justiça concedida.

Intimem-se as partes.

DUQUE DE CAXIAS/RJ, 25 de abril de 2022.

LUIZ FERNANDO LEITE DA SILVA FILHO
Juiz do Trabalho Substituto

