



PROCESSO N° TST-RR-191-10.2010.5.09.0005

A C Ó R D ã O
2ª Turma
GMRLP/st/jl

RECURSO DE REVISTA. SALÁRIO *IN NATURA* - ALIMENTAÇÃO (violação ao artigo 458 da CLT; contrariedade à Súmula n° 241 desta Corte e divergência jurisprudencial). "A ajuda alimentação fornecida por empresa participante do programa de alimentação ao trabalhador, instituído pela Lei n° 6.321/76, não tem caráter salarial. Portanto, não integra o salário para nenhum efeito legal" (Orientação Jurisprudencial n° 133 da SBDI-1 desta Corte). Recurso de revista não conhecido.

HORAS EXTRAS - ÔNUS DA PROVA (violação aos artigos 5°, II da CF/88; 818 da CLT e divergência jurisprudencial). Não se conhece de recurso de revista fundamentado no artigo 896, "a" e "c", da CLT, quando constatado que o Tribunal Regional consignou expressamente que "*considerando que não foram demonstradas diferenças - válidas - relativas ao pagamento de horas extras e, mais, que as provas carreadas aos autos, pelo contrário, demonstram que a autora recebia pelas esporádicas horas extras que realizava e se beneficiava, sem contrapartida, dos acordos de compensação de jornada, irretocável, no ponto, o r. julgado*". Recurso de revista não conhecido.

INTERVALO DO ARTIGO 384 DA CLT (violação ao artigo 384 da CLT e divergência jurisprudencial). Esta Corte, em sua composição plena, ao apreciar o IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5, afastou a inconstitucionalidade do artigo 384, tendo por fundamento o princípio da isonomia real, segundo o qual devem ser tratados de forma igual os iguais, e desigual os desiguais, julgando, assim, que o referido dispositivo celetário é dirigido, exclusivamente, às



PROCESSO Nº TST-RR-191-10.2010.5.09.0005

trabalhadoras. Recurso de revista conhecido e provido

INTERVALO INTRAJORNADA - DIGITADOR

(violação a Portaria GM/MTPS nº 3.751/90). O inconformismo da recorrente, quanto ao tema, veio fundado apenas na alegação de violação à Portaria GM/MTPS nº 3.751/90. Todavia, a indicação de afronta à referida Portaria, não está inserida entre as possibilidades de conhecimento do recurso de revista, consoante o disposto no artigo 896, "c" da CLT. Recurso de revista não conhecido.

DESCONTOS SALARIAIS - DEVOLUÇÃO.

O recurso de revista quanto ao tema, encontra-se desfundamentado, vez que a recorrente não apontou, em suas razões de recurso de revista, qualquer violação à Constituição ou à lei federal, nem tampouco contrariedade a súmula desta Corte, bem como não trouxe arestos à comprovação de divergência jurisprudencial, não atendendo ao disposto no artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso de revista não conhecido.

DANO MORAL - ASSÉDIO MORAL (violação aos artigos 5º, V e X da CF/88, 927 do CC/02; contrariedade às Súmulas nº 37 do STJ e 341 do STF). Não demonstrada a violação direta e literal de preceito constitucional, à literalidade de dispositivo de lei federal, ou a existência de teses diversas na interpretação de um mesmo dispositivo legal, diante do conjunto fático probatório bem analisado pelo Tribunal Regional de origem, não há que se determinar o seguimento do recurso de revista com fundamento nas alíneas "a" e "c" do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Aplicação da Súmula nº 126 do TST. Recurso de revista não conhecido.



PROCESSO Nº TST-RR-191-10.2010.5.09.0005

MULTA DO ARTIGO 477 DA CLT - DIFERENÇAS DE VERBAS RESCISÓRIAS (violação ao artigo 477, §8º, da CLT). A melhor exegese a extrair-se do artigo 477 da Consolidação das Leis do Trabalho é de que a multa é devida, tão somente, considerando-se o fator tempo. Com efeito, o §8º refere-se expressamente à hipótese de ser imposta a sanção, quando o empregador deixa de observar os prazos estipulados pelo §6º daquele dispositivo. A mera consideração sobre a existência de diferenças de verbas rescisórias não se consubstancia em motivo determinante da cominação do artigo 477, §8º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso de revista não conhecido.

MULTA CONVENCIONAL. O recurso de revista quanto ao tema, encontra-se desfundamentado, vez que a recorrente não apontou, em suas razões de recurso de revista, qualquer violação à Constituição ou à lei federal, nem tampouco contrariedade a súmula desta Corte, bem como não trouxe arestos à comprovação de divergência jurisprudencial, não atendendo ao disposto no artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso de revista não conhecido.

DIFERENÇAS DO FGTS - ÔNUS DA PROVA (divergência jurisprudencial). Após exaustivos debates, este Colendo TST, levando em conta o princípio da aptidão para a prova, cancelou a Orientação Jurisprudencial nº 301, por meio da Resolução nº 175/2011 (DEJT de 30/05/2011), eis que o empregador, diferentemente do empregado, tem acesso imediato à toda a documentação referente aos depósitos fundiários de seus próprios funcionários. Portanto, deve a controvérsia ser dirimida com base na regra de que tratam os artigos 818 da CLT e 333 do CPC. Na hipótese, a



PROCESSO Nº TST-RR-191-10.2010.5.09.0005

autora alegou clara e expressamente na exordial a irregularidade quanto ao recolhimento total do FGTS, ou seja, em relação aos valores por todo o período em que trabalhou para a reclamada. Esta afirmação mostra-se suficiente para que a empresa conteste, parcial ou integralmente, a pretensão obreira, cabendo-lhe o ônus de comprovar suposto fato modificativo ou extintivo do direito do autor à totalidade dos recolhimentos do FGTS. Cabia-lhe, portanto, comprovar que efetuou regularmente os depósitos do FGTS relativos aos períodos em que lhe foram prestados serviços. Recurso de revista conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-191-10.2010.5.09.0005**, em que é Recorrente **DALVA RIBEIRO LEMOS** e Recorrida **RENNER HERRMANN S.A.**

O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, mediante o acórdão de págs.162/183 do seq.01, complementado às págs.194/202 do seq. 01, decidiu "*...por unanimidade de votos, ADMITIR O RECURSO ORDINÁRIO DA PARTE. No mérito, por igual votação, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DO AUTOR, nos termos da fundamentação.*".

Inconformada, a reclamante interpõe recurso de revista às págs. 204/223, do seq. 01. Postula a reforma do decidido quanto aos seguintes temas: **1.** Salário *in natura* - Alimentação, por violação ao artigo 458 da CLT; contrariedade à Súmula nº 241 desta Corte, e por divergência jurisprudencial; **2.** Horas Extras - Ônus da prova, por violação aos artigos 5º, II da CF/88 e 818, da CLT e por divergência jurisprudencial; **3.** Intervalo do artigo 384 da CLT, por violação ao artigo 384 da CLT e por divergência jurisprudencial; **4.** Intervalo intrajornada - Digitador, por violação a Portaria GM/MTPS nº 3.751/90; **5.** Descontos Salariais - Devolução; **6.** Dano Moral - Assédio Moral, por violação aos



PROCESSO Nº TST-RR-191-10.2010.5.09.0005

artigos 5º, V e X da CF/88; 927 do CC/02, contrariedade às Súmulas nº 37 do STJ e 341 do STF; **7.** Multa do artigo 477 da CLT - Diferenças de verbas rescisórias, por violação ao artigo 477, §8º, da CLT; **8.** Multa Convencional e **9.** Diferenças do FGTS - Ônus da prova, por divergência jurisprudencial.

O recurso foi admitido pelo despacho de págs. 224/226 do seq. 01.

Foram apresentadas contrarrazões às págs.228/244 do seq. 01.

Sem remessa dos autos à d. Procuradoria-Geral do Trabalho, nos termos do artigo 83, § 2º, II, do Regimento Interno do TST. É o relatório.

V O T O

Recurso tempestivo (acórdão publicado em 26/08/2011, conforme certidão de pág. 203 do seq. 01, e recurso de revista protocolizado em 30/08/2011 às págs. 204 do seq.01); representação regular (procuração às págs. 20 do seq. 01), dispensado o preparo, cabível e adequado, o que autoriza a apreciação dos seus pressupostos específicos de admissibilidade.

**1. SALÁRIO IN NATURA - ALIMENTAÇÃO
CONHECIMENTO**

A recorrente alega que "...o fornecimento de alimentação configura sim salário "in natura", tal como definido no artigo 458, da Consolidação das Leis do Trabalho, sob pena de concluir-se pela existência de verdadeiro absurdo e retrocesso no campo social."

Salienta que "...irrelevante a realização de desconto, pois o que configura a natureza salarial é a existência do plus salarial, ou seja, a obreira deixou de gastar parte de seu salário com alimentação."

Aponta violação ao artigo 458 da CLT; contrariedade à Súmula nº 241 desta Corte, e divergência jurisprudencial.



PROCESSO Nº TST-RR-191-10.2010.5.09.0005

O Tribunal Regional ao analisar o tema, deixou consignado. *In verbis* (págs. 164/167, do seq.01):

“SALÁRIO IN NATURA – INTEGRAÇÃO

O autor recorre, com fundamento no art. 458. da CLT. do indeferimento do pedido relativo ao reconhecimento da natureza salarial da refeição diária e ticket de mercado, que recebida da reclamada.

Sem razão.

O art. 458, da CLT, estabelece a regra geral quanto a natureza jurídica das parcelas in natura: Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação vestuário ou outras prestações "in natura" que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas".

Entretanto, no caso, a natureza jurídica das parcelas em apreço encontram-se excepcionadas porque a reclamada está devidamente inscrita no PAT, há ressalva expressa em CCT e parte do valor é descontado do empregado.

Primeiramente, o art. 6º, do Decreto nº 5, de 14/01/91 - que regula a Lei 6.321/76, estabelece: "Nos Programas de Alimentação do Trabalhador (PAT), previamente aprovados pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, a parcela paga in-natura pela empresa não tem natureza salarial, não se incorpora a remuneração para quaisquer efeitos, não constitui base de incidência de contribuição previdenciária ou do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e nem se configura como rendimento tributável do trabalhador" (grifei).

Regulando a aplicação da citada disposição legal, a SDI-1 do C. TST, editou a OJ 133, que estabelece o seguinte: "A ajuda alimentação fornecida por empresa participante do programa de alimentação ao trabalhador, instituído pela Lei nº 6.321/76, não tem caráter salarial. Portanto, não integra o salário para nenhum efeito legal" (grifei).

Diante disso, nota-se que o reclamado, à fl. 223, fez prova da sua regular inscrição no PAT - pelo menos desde setembro de 2008 -, primeira exceção à natureza salarial da verba alimentar.

Salienta-se, também, que a CCT 2004/2005, em sua cláusula 14, caput e parágrafo único, às fls. 88/89, estabelece o seguinte:

14. AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO. As empresas fornecerão aos seus empregados e subsidiarão no mínimo 80% (oitenta por cento) o custo da alimentação fornecida a seus empregados, e quando não puderem manter serviços de alimentação em suas dependências, fornecerão vale-alimentação com a mesma subvenção. O desconto poderá ser diferenciado, porém, na média será no máximo de 20%, de forma que beneficie aquele empregados com salários menores. Recomenda-se para as



PROCESSO Nº TST-RR-191-10.2010.5.09.0005

empresas com maiores disponibilidades de recursos, que subsidiem em maiores percentuais este benefício.

Parágrafo Único. A concessão objeto dessa cláusula não terá natureza salarial, bem como, não implicará na (sic) na incidência de tributos e encargos trabalhistas, incluindo-se dentre eles, o FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço), a Contribuição Previdenciária e o Imposto de Renda, (gritei)

A referida disposição foi replicada nas CCTs subsequentes: CCT 2005/2006, cláusula 15, fls. 102/103; CCT 2006/2007, cláusula 16, fl. 118; CCT 2007/2008, cláusula 16, fl. 133, CCT 2008/2009, cláusula 16. fl. 153.

Ou seja, expressamente fixada a natureza indenizatória dos valores destinados à alimentação, prevalecem as disposições normativas, por força do artigo 7 , XXXVI, da Constituição Federal, que reconhece força a autonomia negocial.

De qualquer sorte, mesmo que não houvesse a referida ressalva nas normas coletivas aplicáveis, o fornecimento de alimentação de forma não gratuita descaracteriza a natureza salarial, sendo que, na hipótese, os recibos de pagamento (fls. 303/426) atestam a existência de descontos a título de vale-refeição.

Tal prática, por benéfica aos trabalhadores em geral, deve ser incentivada e não desestimulada com reconhecimento de natureza diversa daquela pretendida pelas partes e manifestada via norma coletiva, vale dizer, com a intervenção do Sindicato da categoria dos trabalhadores.

Nesse sentido já decidiu essa E. Turma:

AJUDA-ALIMENTAÇÃO - NATUREZA SALARIAL - ARTIGO 458 CAPUT DA CLT: A ajuda alimentação encontra-se expressamente elencada no rol do artigo 458, caput, da CLT. Logo, habitualmente concedida, detém, por força de lei, natureza tipicamente salarial, regra somente excepcionada diante em três situações: não gratuidade no fornecimento, inscrição do réu no PAT e, ainda, ajuste coletivo em sentido contrário. No caso, provado pela ré sua inscrição no PAT, bem como Juntados aos autos normas coletivas que afastam a natureza salarial da parcela, o valor concedido deve ter natureza indenizatória Recurso da ré ao qual se dá provimento.(04309-2009-025-09-00-2 Des. Rei. SUELI GIL EL-RAFIHI, 4ª Turma, 08/04/2011).

Portando, ante a regular inscrição da reclamada no PAT, o teor das CCTs aplicáveis e o fornecimento não gratuito da alimentação, nada há a reformar na r. sentença.

NEGO PROVIMENTO.”

E o Tribunal Regional, no julgamento dos embargos de declaração interpostos, ao analisar o tema deixou consignado. *In verbis* (pág. 195, do seq.01):



PROCESSO Nº TST-RR-191-10.2010.5.09.0005

“SALÁRIO IN NATURA - INTEGRAÇÃO

A embargante, “...com a finalidade de pré-questionar a matéria, requer seja esclarecido em relação a integração do salário 'in natura', com base no artigo 458 da CLT e Súmula nº 241 do C.-TST, face a omissão havida”(fl.. 656).

Não há omissão a ser sanada.

O V. acórdão reconhece expressamente a regra geral estabelecida pelo art. 458, da CLT, mas identifica que “... no caso, a natureza jurídica das parcelas em apreço encontram-se excepcionadas porque a reclamada esta devidamente inscrita no PAT, há ressalva expressa em CCT e parte do valor e descontado do empregado” (fl. 645). Houve fundamentação conforme o Decreto nº 5, de 14/01/91, a OJ 133, da SDI-1, do C. TST, e as CCTs aplicáveis ao caso.

Dessa forma. **NEGO PROVIMENTO.**”

Com efeito, a par dos contornos nitidamente fático-probatórios que envolvem a questão referente ao indeferimento da integração das verbas “refeição e ticket mercado” e que inviabilizam o seguimento do recurso de revista na forma preconizada pela Súmula nº 126 desta Corte, o Tribunal Regional consignou expressamente que “*a natureza jurídica das parcelas em apreço encontram-se excepcionadas porque a reclamada está devidamente inscrita no PAT, há ressalva expressa em CCT e parte do valor é descontado do empregado*”.

Assim, o decidido pelo Tribunal Regional foi proferido em perfeita consonância com a Orientação Jurisprudencial nº 133 da SBDI-1 desta Corte, a saber:

“AJUDA ALIMENTAÇÃO. PAT. LEI Nº 6.321/76. NÃO INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO (inserida em 27.11.1998). A ajuda alimentação fornecida por empresa participante do programa de alimentação ao trabalhador, instituído pela Lei nº 6.321/76, não tem caráter salarial. Portanto, não integra o salário para nenhum efeito legal.”

Portanto, não há que se falar em violação ao artigo 458 da CLT.

E estando a decisão recorrida em consonância com a iterativa, notória e atual jurisprudência desta Corte, consubstanciada na Orientação Jurisprudencial nº 133 da SBDI-1 acima transcrita, não há que se falar em divergência jurisprudencial, nem tampouco em contrariedade à Súmula nº 241 desta Corte, diante do óbice da Súmula/TST nº 333.

Não conheço.



PROCESSO Nº TST-RR-191-10.2010.5.09.0005

2. HORAS EXTRAS - ÔNUS DA PROVA CONHECIMENTO

A recorrente alega que "...é flagrante o pagamento a menor das horas extras pela empresa recorrida, como se infere dos controles de jornada em confronto com os recibos de pagamento."

Aduz que "Restou equivocado o fundamento do MM. Juízo em relação ao apontamento de diferenças no pagamento de horas extras, visto que a reclamante apresentou demonstrativo de diferenças de horas extras válido, como se observa na peça de razões finais por memoriais nas fls. dos autos."

Aponta violação aos artigos 5º, II da CF/88 e 818 da CLT e divergência jurisprudencial.

O Tribunal Regional ao analisar o tema, deixou consignado. *In verbis* (págs.167/169, do seq.01):

"HORAS EXTRAS REFLEXOS DEMONSTRATIVO DE DIFERENÇAS - VALIDADE

"O MM. Juízo a quo, entendeu que a recorrente não faz jus ao pagamento de horas extras, por entender que não foi realizado correto demonstrativo para a comprovação do trabalho em horas extras sem o respectivo pagamento" (fl. 603), afirmou o recorrente. Alega a demonstração das horas extras não pagas e requer a reforma da r. sentença.

Sem razão.

A reclamada apresentou cartões ponto às fls. 249/302 que considerados fidedignos pela parte autora - em audiência, fl. 549 -, serão tomados como referência na presente decisão.

Com objetivo de demonstrar a existência de horas extras não pagas, o reclamante apresenta demonstrativo à fl. 556. Cita a existência de jornada extraordinária nos meses de maio/2005, setembro/2006, março/2007, agosto/2008 e março/2009.

Entretanto, pelos controles de jornada (fls. 299, 282, 270 260 e 250) correspondentes, nota-se que em nenhum dos períodos citados houve extrapolamento da jornada de 6 horas diárias e 36 horas semanais, conforme previsto no contrato de trabalho de fl. 205. Pelo contrário, referidos documentos registrara apenas horas trabalhadas a menos, em razão de atrasos e faltas.

A ré, ainda, junta aos autos acordos de compensação de jornada, em que se prevê trabalho em dias normalmente destinados ao descanso para, em contrapartida, dispensar os empregados em datas especiais, como as próximas ao Natal Ano Novo e jogos de Copa do Mundo. Contudo, pelos



PROCESSO Nº TST-RR-191-10.2010.5.09.0005

cartões ponto, nota-se que a autora não laborou nos dias combinados e, mesmo assim, gozou do descanso nas datas comemorativas.

As poucas horas extras realizadas pela autora, como, por exemplo, em janeiro de 2007 (fl. 269) e março de 2008 (fl. 264), foram devidamente remuneradas com o adicional respectivo, como se verifica nos comprovantes de pagamento (fls. 398 e 415, respectivamente).

Ora, diante do que dispõem os arts. 818, da CLT, e 333, do CPC, é da parte autora ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito, do qual não se desincumbiu a contento, e que, no caso, consistiam em apontar detidamente as diferenças ou ausência no pagamento das horas extras laboradas.

Nesse sentido já decidiu esta E. Turma:

HORAS EXTRAS - DEMONSTRATIVO DE DIFERENÇAS - ÔNUS DA PROVA DA PARTE AUTORA. Havendo alegação de horas trabalhadas sem o correspondente pagamento, é ônus da parte autora apresentar numericamente as diferenças que alega, máxime se os recibos de pagamento carreados aos autos pela Ré demonstram que durante a relação contratual houve o pagamento de horas extraordinárias. A omissão não pode ser suprida pelo julgador sob pena de se desequilibrar a relação processual. Também não se cogita de afronta a celeridade e instrumentalidade do processo, porque a decisão é amparada em uníssono entendimento acerca da aplicação do ônus da prova. Assim, deveria ter o Autor demonstrado que havia horas trabalhadas sem o correspondente pagamento. Não o fazendo, deve arcar com o ônus de sua inércia. Recurso obreiro a que se nega provimento. (03709-2009-965-09-00-3, Des. Rei. SUELI GIL EL-RAFIHI, 4ª Turma, 08/04/2011). (gritei)

Portanto, considerando que não foram demonstradas diferenças - válidas - relativas ao pagamento de horas extras e, mais, que as provas carreadas aos autos, pelo contrário, demonstram que a autora recebia pelas esporádicas horas extras que realizava e se beneficiava, sem contrapartida, dos acordos de compensação de jornada, irretocável, no ponto, o r. julgado. NEGÓCIO PROVIMENTO.

E o Tribunal Regional, na decisão dos embargos de declaração, ao analisar o tema deixou consignado. *In verbis* (págs. 195/197, do seq.01):

“HORAS EXTRAS - AUSÊNCIA DE DEMONSTRATIVO

A embargante não se conforma com o v. acórdão no ponto em que deixou de reconhecer o direito a horas extras em razão da ausência de planilha demonstrativa das alegadas diferenças. Invoca o artigo 5º, II, da CF/88, segundo o qual *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”



PROCESSO Nº TST-RR-191-10.2010.5.09.0005

Sem razão, no entanto.

Consoante citado na v. decisão, a fl. 647, conforme “... os arts. 818, da CLT, e 333, do CPC, é da parte autora ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito, do qual não se desincumbiu a contento, e que, no caso, consistiam em apontar detidamente as diferenças ou ausência no pagamento das horas extras laboradas ”.

Ademais, o entendimento desta E. Turma corre no sentido de que o MM. Juiz não é obrigado a "garimpar" diferenças de horas extras em favor da autora, em verdadeira atividade de advocacia, se ela própria, parte interessada no recebimento da verba, deixou de fazê-lo a contento. Proceder de modo inverso resultaria em afronta ao dever maior de imparcialidade do Julgador. Nesse sentido, o seguinte precedente:

DIFERENÇAS DE HORAS EXTRAS - ARTIGO 818 DA CLT NECESSIDADE DE DEMONSTRATIVO QNUS PROBATÓRIO CUMPRIDO PELO AUTOR: O provimento condenatório de pagamento de horas extras exige que o julgador tenha posse de fontes concretas de provas no sentido da existência de, ao menos, uma hora suplementar trabalhada e não remunerada. Basta uma hora extra apontada para se ter por atendido o ônus probatório que ao autor pertence, nos termos do artigo 818 da CLT. A única exigência que se faz é que tal demonstrativo venha acompanhado de uma planilha, construída a partir das informações constantes nos registros de ponto, em cotejo com os recibos de pagamento. Tal planilha, indispensável representa a materialização do caminho trilhado pela parte para obtenção das diferenças, sem o que quaisquer números que se apresentem ressoam meramente hipotéticos. Atendida, no caso, tal exigência, já que apresentado demonstrativo idôneo, ainda que por amostragem, a evidenciar as diferenças de horas extras não pagas, nem compensadas, devida condenação Sentença reformada (01777-2009-094-09-00-0, Des. Rei. SUELI GIL EL-RAFIHI, 4 Turma, 25/06/2010)

Portanto. NEGÓ PROVIMENTO.”

Destarte, não vislumbro violação literal do artigo 818 da CLT, como exige a alínea “c” do artigo 896 consolidado. É que, a par dos contornos nitidamente fático-probatórios que envolvem a questão e que inviabilizam o seguimento do recurso de revista na forma preconizada pela Súmula nº 126 desta Corte, o Tribunal Regional consignou expressamente que “diante do que dispõem os arts. 818, da CLT, e 333, do CPC, é da parte autora ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito, do qual não se desincumbiu a contento, e que, no caso, consistiam em apontar detidamente as diferenças ou ausência no pagamento das horas



PROCESSO Nº TST-RR-191-10.2010.5.09.0005

extras laboradas". E concluiu que "considerando que não foram demonstradas diferenças - válidas - relativas ao pagamento de horas extras e, mais, que as provas carreadas aos autos, pelo contrário, demonstram que a autora recebia pelas esporádicas horas extras que realizava e se beneficiava, sem contrapartida, dos acordos de compensação de jornada, irretocável, no ponto, o r. julgado". Assim, por se tratar da aplicação do ônus objetivo da prova, resta despicienda a discussão acerca do ônus subjetivo, pelo que não há que se falar em ofensa ao dispositivo legal supracitado.

Vale esclarecer que o Tribunal Regional decidiu em consonância com o disposto no artigo 131 do Código de Processo Civil, posto que a conclusão a que chegou decorreu da aplicação do princípio da persuasão racional. Cumpre observar que não mais vigora o sistema da prova legal, onde o valor das provas era tarifado. No sistema atual, é livre a apreciação e valoração das provas, bastando que o juiz atenda aos fatos e circunstâncias constantes dos autos e indique os motivos que lhe formaram o convencimento.

Outrossim, cumpre ainda observar, que o princípio da legalidade insculpido no inciso II do artigo 5º da Carta Magna, mostra-se como norma constitucional correspondente a princípio geral do nosso ordenamento jurídico, pelo que a violação ao preceito invocado não será direta e literal, como exige a alínea "c" do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, em face da subjetividade que cerca o seu conceito.

No particular, já decidiu o STF:

"É firme o entendimento desta Corte no sentido de que não cabe recurso extraordinário quando a alegada ofensa à Constituição é reflexa ou indireta, porquanto, a prevalecer o entendimento contrário, toda a alegação de negativa de vigência de lei ou até de má-interpretação desta passa a ser ofensa a princípios constitucionais genéricos como o da reserva legal, o do devido processo legal ou o da ampla defesa, tornando-se, assim, o recurso extraordinário - ao contrário do que pretende a Constituição - meio de ataque à aplicação da legislação infraconstitucional." (STF, Ag.-AI 146.611-2-RJ, Moreira Alves, Ac. 1ª T.)

Por fim, não restou demonstrada a alegada divergência jurisprudencial. O único aresto transcrito às págs. 209 do seq. 01 nas razões de revista é inespecífico, eis que não parte das mesmas premissas



PROCESSO Nº TST-RR-191-10.2010.5.09.0005

fáticas verificadas no presente caso, especialmente o fato de que a reclamante não demonstrou diferenças - válidas - relativas ao pagamento de horas extras. Aplicação da Súmula nº 296 desta Corte.

Não conheço.

3. INTERVALO DO ARTIGO 384 DA CLT CONHECIMENTO

A recorrente alega que "...laborou em jornada extraordinária, e teve suprimido seu intervalo previsto no artigo 384 da CLT, o qual não restou revogado, pelo que faz "jus" ao mesmo como horas extras."

Aponta violação ao artigo 384 da CLT e divergência jurisprudencial.

O Tribunal Regional ao analisar o tema, deixou consignado. *In verbis* (págs.169/171, do seq.01):

"INTERVALO DO ART. 384 DA CLT

Inconformada, a autora recorre da r. sentença que indeferiu o pleito de horas extras em razão da supressão do intervalo previsto no art. 384, da CLT. Sem razão.

O entendimento desta E. Turma, é no sentido de que o artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal, não recepcionou o intervalo diferenciado para a mulher - previsto no artigo 384, da CLT - ao estabelecer que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição".

Prevalece o entendimento de que o princípio da justiça distributiva (tratar igualmente os iguais e de forma desigual os desiguais), explicitado por Aristóteles, não é aplicável ao caso. A existência de desigualdades de ordem física e fisiológica entre homens e mulheres não é fundamento invalidador do princípio isonômico estabelecido na Carta Magna. Estas condições só garantem à trabalhadora diferenciação de tratamento no que se refere à própria condição de mulher, como, por exemplo, no que tange a maternidade.

Isso porque, segundo opinião de Jose Afonso da Silva, *não se trata aí de isonomia meramente formal. Não é igualdade perante a lei, mas igualdade em direitos e obrigações. Significa que existem dois termos concretos de comparação homens de um lado e mulheres de outro. Onde houver um homem e uma mulher, qualquer tratamento desigual entre eles, a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, constituirá uma infringência constitucional*". E, indo mais longe, o autor afirma que "só valem as discriminações feitas pela própria Constituição e sempre em favor da mulher".



PROCESSO Nº TST-RR-191-10.2010.5.09.0005

Ora, tratando a questão relativa à jornada de trabalho e intervalos pertinentes a ambos os sexos, a disposição contida no artigo 384, da CLT, não pode ter sido recepcionada pela Constituição Federal.

Esse é o entendimento desta E. Turma:

INTERVALO PREVISTO NO ART. 384. DA CLT - INAPLICÁVEL Não se aplica o art. 384, da CLT, haja vista não ter sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, ante o princípio da isonomia, sendo indevido o pagamento a título de horas extras e seus reflexos, por inobservância do artigo 384 da CLT. Recurso da parte autora a que se nega provimento, no particular. (09844-2009-008-09-00-4, Des. Rei SÉRGIO MURILO RODRIGUES LEMOS, 4ª Turma, 11/02/2011).

De outro modo, ainda que estivesse em vigor o disposto no artigo 384, sua violação compreende, apenas, infração de ordem administrativa. As normas que impõem sanção devem ser interpretadas restritivamente, e, no caso, o legislador não previu sanção alguma em caso de sua inobservância, descabendo interpretação extensiva aos ditames do citado artigo.

Nesse sentido, a seguinte ementa:

INTERVALO ART. 384 DA CLT. INDEVIDO. De leitura ao artigo 401 consolidado fica evidenciado que a supressão do intervalo em comento confira tão somente infração administrativa Ademais, conforme destacado em sentença, o artigo 384 da CLT restou revogado imposição inciso artigo da Constituição Federal Ressalta-se que a questão bio-social da mulher e contemplada pelo princípio da isonomia quando em situações peculiares condição feminina como caso licença maternidade tempo amamentação imites quanto trabalho continuo intermitente. No mais, iguais os direitos entre as partes, pois ausente amparo científico justifique tratamento diferenciado (TRT-PR-22469-2007-014-09-00-8-ACO-30481 -2009 4A. TURMA - Relator MÁRCIA DOM NGUES Publicado DIPR 18-09-2009).

Portanto, diante do exposto, inaplicável o art. 384, da CLT como pretendido.

NEGO PROVIMENTO.”

E o Tribunal Regional, na decisão dos embargos de declaração, ao analisar o tema deixou consignado. *In verbis* (pág. 197, do seq.01):

“INTERVALO DO ARTIGO 384, DA CLT

A reclamante questiona se: a) "a concessão de condições especiais ao trabalho da mulher fere o disposto no artigo 5º ad CF/88" e; b) o artigo 384 da CLT é considerado inconstitucional (fl. 657).

Neste ponto, também, o acórdão foi claro: O entendimento desta E. Turma, é no sentido de que o artigo 5, inciso I, da Constituição Federal, não



PROCESSO Nº TST-RR-191-10.2010.5.09.0005

recepcionou o intervalo diferenciado para a mulher - previsto no artigo 384, da CLT - ao estabelecer que 'homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição'" (fl. 647-verso).

NEGO PROVIMENTO."

O Tribunal Regional entendeu que o artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

E assim, manteve o já decidido pelo juízo de origem, que indeferiu o pagamento das horas extras referentes ao intervalo de 15 minutos previsto no artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Todavia, merece reforma o decidido a respeito.

Esta Corte, em sua composição plena, ao apreciar o IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5, afastou a inconstitucionalidade do artigo 384 da CLT, tendo por fundamento o princípio da isonomia real, segundo o qual devem ser tratados de forma igual os iguais, e desigual os desiguais, julgando, assim, que o referido dispositivo celetário é dirigido, exclusivamente, às trabalhadoras. Eis o inteiro teor da ementa:

"MULHER - INTERVALO DE 15 MINUTOS ANTES DE LABOR EM SOBREJORNADA - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 384 DA CLT EM FACE DO ART. 5º, I, DA CF. 1. O art. 384 da CLT impõe intervalo de 15 minutos antes de se começar a prestação de horas extras pela trabalhadora mulher. Pretende-se sua não-recepção pela Constituição Federal, dada a plena igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres decantada pela Carta Política de 1988 (art. 5º, I), como conquista feminina no campo jurídico. 2. A igualdade jurídica e intelectual entre homens e mulheres não afasta a natural diferenciação fisiológica e psicológica dos sexos, não escapando ao senso comum a patente diferença de compleição física entre homens e mulheres. Analisando o art. 384 da CLT em seu contexto, verifica-se que se trata de norma legal inserida no capítulo que cuida da proteção do trabalho da mulher e que, versando sobre intervalo intrajornada, possui natureza de norma afeta à medicina e segurança do trabalho, infensa à negociação coletiva, dada a sua indisponibilidade (cfr. Orientação Jurisprudencial 342 da SBDI-1 do TST). 3. O maior desgaste natural da mulher trabalhadora não foi desconsiderado pelo Constituinte de 1988, que garantiu diferentes condições para a obtenção da aposentadoria, com menos idade e tempo de contribuição previdenciária para as mulheres (CF, art. 201, § 7º, I e II). A própria diferenciação temporal da licença-maternidade e paternidade (CF, art. 7º, XVIII e XIX; ADCT, art. 10, § 1º) deixa claro que o desgaste físico efetivo é da maternidade. A praxe generalizada, ademais, é a de se postergar o gozo da licença-maternidade para depois do parto, o que leva a mulher, nos meses finais da gestação, a um



PROCESSO Nº TST-RR-191-10.2010.5.09.0005

desgaste físico cada vez maior, o que justifica o tratamento diferenciado em termos de jornada de trabalho e período de descanso. 4. Não é demais lembrar que as mulheres que trabalham fora do lar estão sujeitas a dupla jornada de trabalho, pois ainda realizam as atividades domésticas quando retornam à casa. Por mais que se dividam as tarefas domésticas entre o casal, o peso maior da administração da casa e da educação dos filhos acaba recaindo sobre a mulher. 5. Nesse diapasão, levando-se em consideração a máxima albergada pelo princípio da isonomia, de tratar desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades, ao ônus da dupla missão, familiar e profissional, que desempenha a mulher trabalhadora corresponde o bônus da jubilação antecipada e da concessão de vantagens específicas, em função de suas circunstâncias próprias, como é o caso do intervalo de 15 minutos antes de iniciar uma jornada extraordinária, sendo de se rejeitar a pretensa inconstitucionalidade do art. 384 da CLT. Incidente de inconstitucionalidade em recurso de revista rejeitado. (IIN-RR-1540/2005-046-12-00.5, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, Tribunal Pleno, DJ 13/02/2009)

Logo, é de se reconhecer que o artigo 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição de 1988, sendo aplicável exclusivamente às trabalhadoras, em atendimento ao princípio da isonomia real.

Nesse sentido, precedente de minha lavra:

“RECURSO DE REVISTA. PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER - PERÍODO DE DESCANSO - INTERVALO DO ARTIGO 384 DA CLT. Esta Corte, que em sua composição plena, ao apreciar o IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5, afastou a inconstitucionalidade do artigo 384, tendo por fundamento o princípio da isonomia real, segundo o qual devem ser tratados de forma igual, os iguais, e desigual, os desiguais, julgando, assim, que o referido dispositivo celetário é dirigido, exclusivamente, às trabalhadoras. (Processo: RR-57-75.2013.5.09.0005, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/12/2014).

E nem se alegue que a inobservância desse intervalo configuraria apenas infração administrativa, tendo em vista que a violação do artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho impõe a obrigatoriedade de se remunerar, como serviço extraordinário, o período de intervalo não concedido, uma vez que se trata de norma de segurança e medicina do trabalho, aplicando-se, analogicamente, o disposto no artigo 71, §4º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Conheço do recurso de revista, por violação ao artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho.

MÉRITO



PROCESSO Nº TST-RR-191-10.2010.5.09.0005

Como consequência lógica do conhecimento do recurso de revista, por violação ao artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho, dou-lhe provimento para, julgar procedente em parte a presente ação e condenar a reclamada ao pagamento das horas extras referentes ao intervalo de 15 minutos previsto no artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho, com acréscimo de 50% e respectivos reflexos, conforme se apurar em liquidação de sentença, observando-se a prescrição quinquenal já acolhida.

**4. INTERVALO INTRAJORNADA - DIGITADOR
CONHECIMENTO**

A recorrente alega que *"Durante todo o período contratual a autora labutou diariamente na digitação em microcomputador, posto que exercia a função telefonista."*

Diz que *"Ao verificar os documentos constantes dos autos, denota-se que a reclamada não concedia o intervalo para descanso e alimentação, não atendendo ao disposto na Portaria GM/MTPS nº 3.751 de 23/11/90, que determina a concessão de 10 minutos de intervalo a cada 50 minutos de trabalho consecutivo."*

Aponta violação à Portaria GM/MTPS nº 3.751/90.

O Tribunal Regional ao analisar o tema, deixou consignado. *In verbis* (págs.171/173, do seq.01):

"DIGITADOR - HORAS EXTRAS - PORTARIA 3.751/90

A recorrente, irrisignada com o indeferimento do pedido de horas extras com base no intervalo previsto na Portaria 3.751/90 (pausa de 10 minutos para cada 50 minutos trabalhados), pretende a reforma da r. sentença.

Sem razão.

Primeiramente, ha que se observar que a Portaria 3.751/90, cuja aplicação é suscitada pela reclamante, ao tratar do "processamento eletrônico de dados , estabelece que nas atividades de entrada de dados deve haver, no mínimo, uma pausa de 10 (dez) minutos para cada 50 (cinquenta) minutos trabalhados, não deduzidos da jornada normal de trabalho" (grifei).

Por outro lado, a reclamante esclarece, em seu depoimento pessoal, que "iniciou como telefonista" e "nos últimos 4 meses do contrato, trabalhou como auxiliar de vendas (fl. 549; grifei).

Isto é, só pela simples observância das funções exercidas pela autora já e possível notar incongruência entre a norma invocada e o caso concreto.



PROCESSO Nº TST-RR-191-10.2010.5.09.0005

Além disso, para que se possa aferir com precisão a atividade de entrada de dados, no sentido específico e necessário do termo, deve-se ter em mente um profissional diferenciado que, como tal, mereça tratamento também diferenciado. Exige-se o desempenho da atividade de inclusão de dados de modo exclusivo, envolto num âmbito específico de processamento de dados, a fim de justificar o tratamento especial a que quis conferir o legislador.

Ou, dito de outro modo, a atividade de inclusão de dados deve representar o fim em si mesmo. Caso contrário, todas as pessoas que tivessem no computador um objeto de uso profissional estariam abarcadas pelo conceito de digitador, por exemplo, numa amplitude conceitual tanto extensiva quanto equivocada.

É patente que as atividades da autora, como telefonista e auxiliar de vendas, não se restringiam à digitação. A própria autora, em audiência, tratou de esclarecer: "11.como auxiliar de vendas, a depoente tinha de digitar pedidos, atender o telefone, passar o pedido para a produção, fazer controle dos pedidos que ficassem prontos, arquivo; (...) 13.como telefonista, a depoente fazia recebimento e entrega de mercadorias, atividades que não realizava como auxiliar de vendas" (fl. 549).

Diante disso, em caso análogo, da seguinte forma j a decidiu esta E. Turma:

INTERVALO ESPECIAL ART. OPERADOR TELEMARKETING. INAPLICABILIDADE. O artigo 72 da CLT e a Súmula instituem chamado intervalo especial, aplicável, ante suas peculiaridades, apenas à determinada categoria de trabalhadores. No caso em análise autora desenvolvia atividades de operadora de telemarketing por sua vez, o artigo 72 da CLT se presta apenas aos serviços permanentes de mecanografia, aí incluídos a datilografia, escrituração calculo aplicada analogamente digitadores, ou seja, aos trabalhadores que apenas digitam, durante todo o período de trabalho, não executando quaisquer outras atividades motivo pelo qual fazem jus ao referido intervalo, a fim de abrandar a atividade ininterrupta do trabalho. Desta feita, não tem direito a autora aos intervalos de digitador desenvolvia exclusivamente atividades de digitação, pelo contrário, a digitação e que decorria das atividades de tele-atendimento, não obstante fosse realizada com certa frequência (06062-2009-892-09-00-6, SUELI EL-RAFIHL Turma, 04/02/2011).

Logo, evidenciado que as atividades exercidas pela reclamante, na prática, consistiam na execução de múltiplas tarefas, não se justifica, in concreto, o tratamento diferenciado que o legislador quis conceder às profissões de execução intensa e repetitiva, razão pela qual não há motivos para reforma da i sentença.

NEGO PROVIMENTO."



PROCESSO Nº TST-RR-191-10.2010.5.09.0005

E o Tribunal Regional, na decisão dos embargos de declaração, ao analisar o tema deixou consignado. *In verbis* (págs. 197/198, do seq.01):

“DIGITADOR HORAS EXTRAS PORTARIA 3.751/90

Consta nos embargos: "a reclamante conforme seu depoimento de que exercia a função de telefonista exceto por dois meses durante todo o contrato de trabalho não se enquadra no determinado pela portaria 3.751/90?" (fl. 657).

Sobre este tema, novamente o v. acórdão não deixa dúvidas ao explicar que a atividade de inclusão de dados deve representar o fim em si mesmo. Caso contrário, todas as pessoas que tivessem no computador um objeto de uso profissional estariam abarcadas pelo conceito de digitador, por exemplo, numa amplitude conceitual tanto extensiva quanto equivocada. É patente que as atividades da autora, como telefonista e auxiliar de vendas, não se restringiam à digitação. A própria autora, em audiência, tratou de esclarecer: "11.como auxiliar de vendas, a depoente tinha de digitar pedidos, atender o telefone, passar o pedido para a produção, fazer controle dos pedidos que ficassem prontos, arquivo; (...) 13.como telefonista, a depoente fazia recebimento e entrega de mercadorias, atividades que não realizava como auxiliar de vendas" (fl. 549)". (fl. 649).

Assim, **NEGO PROVIMENTO.**"

O inconformismo da recorrente, quanto ao tema, veio fundado apenas na alegação de violação à Portaria GM/MTPS nº 3.751/90.

Todavia, a indicação de afronta à referida Portaria, não está inserida entre as possibilidades de conhecimento do recurso de revista, consoante o disposto no artigo 896, "c" da CLT.

Não conheço.

**5. DESCONTOS SALARIAIS – DEVOLUÇÃO
CONHECIMENTO**

A recorrente alega, em síntese, que devida a devolução de descontos efetuados a título de "Grêmio".

De plano, verifica-se que o presente tema encontra-se desfundamentado, porquanto a recorrente não indicou, nas razões de recurso de revista, qualquer preceito constitucional ou infraconstitucional tido por violado, nem tampouco contrariedade a súmula desta Corte, bem como não trouxe arestos à comprovação de



PROCESSO Nº TST-RR-191-10.2010.5.09.0005

divergência jurisprudencial, em relação à matéria, desatendendo ao que dispõe o artigo 896, "a" e "c", da Consolidação das Leis do Trabalho.

Não conheço.

6. DANO MORAL – ASSÉDIO MORAL

CONHECIMENTO

A recorrente alega que "...durante o liame empregatício a reclamante sentia-se discriminado perante a reclamada, visto que não era corretamente tratada pela Sra. Renata (assistente de vendas)."

Diz que "*Frisa-se que o dano moral é aquele decorrente de ato capaz de provocar dor, sofrimento ou constrangimento no ofendido, fatores tais que, nem sempre, são visíveis externamente. A avaliação, nesse caso, passa pela verificação da potencialidade lesiva da conduta do agente, no sentido de ser aferido se a prática apontada seria capaz de causar tais efeitos no atingido. Com isso, tem-se que, para a caracterização do dano moral não é necessário prova concreta da ofensa, pois evidente que houve nexa causal, conforme comprovado pelo depoimento do próprio autor.*"

Salienta que "*O dano moral (extrapatrimonial) causado pela recorrida a recorrente decorreu de um prejuízo sofrido pelo mesmo nos seus valores íntimos e pessoais, que deve ser objeto de uma verba pecuniária.*"

Aponta violação aos artigos 5º, V e X da CF/88; 927, do CC/02; contrariedade às Súmulas nº 37 do STJ e 341 do STF.

O Tribunal Regional ao analisar o tema, deixou consignado. *In verbis* (págs. 176/179, do seq.01):

"DANO MORAL

Formulou, a reclamante, pedido de indenização por danos morais, sob o fundamento de que "... foi vítima dos mais diversos destratos e ataques pessoais. Era maltratada na frente dos cliente pela Sra. Renata (assistente de vendas), tendo que ouvir palavras de baixo calão na frente dos demais colegas de trabalho (fl.13). Pretende a reforma da r. sentença, que indeferiu o pedido por entender que os fatos articulados não foram confirmados.

Sem razão.



PROCESSO Nº TST-RR-191-10.2010.5.09.0005

O fundamento legal da indenização por dano moral é o princípio da responsabilidade civil, combinado com o artigo 5, X, da Carta Magna de 1988. Infraconstitucionalmente, encontra supedâneo no Código Civil Brasileiro, que, no artigo 186 dispõe que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. O artigo 927 do mesmo diploma, por sua vez, prevê que aquele que por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

O dano moral trabalhista consiste no “agravo ou constrangimento moral infligido quer ao empregado, quer ao empregador, mediante violação de direitos ínsitos à personalidade, como consequência da relação de emprego” (DALAZEN, João Oreste. Aspectos do dano moral trabalhista. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 65, nº 1, out/dez 1999).

Para configuração do dano moral preciso inequivocamente, a prova de três circunstâncias: a) o elemento objetivo, consistente na ocorrência efetiva de uma ação ou omissão; b) o elemento subjetivo, consistente nos efeitos produzidos por tais atos ou omissão (o dano); c) o nexo causal, de tal forma que se possa dizer extreme de dúvida que houve ação ou omissão culposa ou dolosa do empregador. Ou seja, o dano moral passível de reparação exige prova robusta da prática do ilícito, além da ampla demonstração do prejuízo sofrido.

A partir de tal definição, e de todo o mais exposto, para que se possa reconhecer direito ao ressarcimento com gênese em dano de natureza moral, devem estar presentes as seguintes condições: destruição efetiva (e não mera possibilidade ou receio de que venha a acontecer), parcial ou total, de um bem jurídico da parte demandante; ato ilícito culposos (em sentido lato de culpa ou dolo, sem que coexista causa excludente de responsabilização, como caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima) e relação de causa e efeito entre o ato e o prejuízo.

Ou, dito de outro modo, para a reparação de danos moral e material é imprescindível verificar no ato do empregador, além do possível dano material, seu caráter ilícito e o enquadramento dentro de um dos bens imateriais juridicamente tutelados, como, por exemplo, a intimidade, vida privada, honra e imagem.

No caso, r. julgado recusou o pedido afirmando que: “... não confirmados os fatos articulados na exordial, não há como deferir a indenização por danos morais postulada” (fl. 593).

De fato, analisando o conjunto probatório produzido verifica-se ausente prova de atitude ilícita da ré e, bem assim, do respectivo dano.

O autor sustenta que “... foi vítima dos mais diversos destratos e ataques pessoais. Era maltratada na frente dos cliente pela Sra. Renata (assistente de vendas), tendo que ouvir palavras de baixo calão na frente dos demais colegas de trabalho” (fl. 13).

No entanto, com prova nenhuma instruiu a inicial. Na audiência de instrução foi ouvida apenas uma testemunha, que afirmou o seguinte:



PROCESSO N° TST-RR-191-10.2010.5.09.0005

4.Renata era assistente de vendas; 5.no horário de almoço, a depoente sentia que Renata excluía a Autora; 6.almoçavam no refeitório; 7.Renata conversava com todos e dava gargalhadas, mas não conversava com a Autora; 8.a depoente tinha a impressão que Renata não deixava ninguém conversar com a Autora durante o almoço; 9.a depoente não almoçava no mesmo horário que a Autora, salvo, às vezes, em que coincidia de ficarem 5 min, ao mesmo tempo, no refeitório; 10.não presenciou outros incidentes entre a Autora e Renata; 11.perguntada se os clientes entram dentro da ré, respondeu que não, acrescentando, sem ser perguntada, que presenciava Renata ser grosseira com clientes ao telefone" (fl. 550; grifei).

Isto e, a testemunha desmentiu a alegação de que a assistente de vendas, Renata, destratava a autora na frente dos clientes, o que se conclui pelo fato de que estes não frequentavam o local em que aquela prestava seus serviços, no interior do estabelecimento. Além disso, a testemunha afirma que não presenciou nenhum episódio em que tenham ocorrido ofensas, mas apenas que tinha a ‘impressão’ de que a Renata proibia as outras pessoas de conversar com a autora. O que se nota, portanto, é, no máximo, a simples ausência de afinidade entre a autora e sua superior imediata.

Não há, evidentemente, prova contundente de que tenha a reclamada praticado algum ato ilícito, muito menos, capaz de ensejar o alegado dano cujo ônus, nos termos dos artigos 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC, a parte autora incumbia.

Vale destacar, por fim, que esta E. Turma já decidiu que meras alegações, destituídas de provas, não são suficientes à condenação por dano moral:

“DANO MORAL MERAS ALEGAÇÕES DESTITUÍDAS DE PROVA. Para a configuração do dano moral devem estar presentes os pressupostos necessários, quais sejam o ato ilícito nexa de causalidade e o dano. Não basta a impressão subjetiva do Autor para suscitar o direito à indenização por dano moral, ou a mera alegação de destruição íntima da parte obreira. Necessária a prova inequívoca da destruição aos bens incorpóreos do Autor, consubstanciados na auto-estima, na honra, na privacidade, na imagem, no nome, de tal sorte que o sofrimento íntimo, (como a "vergonha", a humilhação) provados, possam ser efetivamente atribuídos a Re. Alegações sem robustez probatória, principalmente em casos de danos morais, não possuem a força necessária para que o direito ora pleiteado seja consagrado. Fosse assim, o caos jurídico estaria estabelecido e restaria banalizado o dano moral. Recurso do Reclamante a que se nega provimento, (02785-2009-071-09-00-0, Des. Rei. SUELI GIL EL-RAFIHI, 4ª Turma, 26/11/2010)

Isto posto, a ausência de comprovação dos fatos alegados não permite a reforma do r. julgado.



PROCESSO Nº TST-RR-191-10.2010.5.09.0005

NEGO PROVIMENTO.”

E o Tribunal Regional, na decisão dos embargos de declaração, ao analisar o tema deixou consignado. *In verbis* (págs. 199/200, do seq.01):

“DANO MORAL

Na petição de embargos, requer-se esclarecimentos acerca do “... dano moral, com base no artigo 5º X, da CF, artigo 927 do CCB e Enunciado n 341 do C STF, face à omissão havida” (fl. 658).

Não há omissão.

O V. acórdão foi claro ao extrair dos artigos 5, X, da CF/88, 186 e 927 do CCB, os requisitos para configuração do dano moral, quais sejam: a) o elemento objetivo, consistente na ocorrência efetiva de uma ação ou omissão; b) o elemento subjetivo, consistente nos efeitos produzidos por tais atos ou omissão (o dano); c) o nexo causal, de tal forma que se possa dizer extreme de dúvida que houve ação ou omissão culposa ou dolosa do empregador” (fl. 651).

Foi expresso também ao mencionar: “analisando o conjunto probatório produzido, verifica-se ausente prova de atitude ilícita da ré e, bem assim, do respectivo dano” (fl. 652). Em seguida, concluiu que a “... ausência de comprovação dos fatos alegados não permite a reforma do r. julgado (fl. 652-verso).

Por fim, a invocada Súmula 341, do C. STF, não tem aplicação no caso concreto, pois menciona que é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposos do empregado ou preposto, isto é, inaplicável porque, no particular, não restou comprovado o alegado ato culposos por parte do preposto do empregador.

Dessa forma. NEGO PROVIMENTO.”

Com efeito, não vislumbro violação literal dos artigos 5º, V e X da CF/88 e 927 do CC/01, como exige a alínea “c” do artigo 896 consolidado. É que, a par dos contornos nitidamente fático-probatórios que envolvem a questão e que inviabilizam o seguimento do recurso de revista na forma preconizada pela Súmula nº 126 desta Corte, o Tribunal Regional consignou expressamente que “*Formulou, a reclamante, pedido de indenização por danos morais, sob o fundamento de que “...foi vítima dos mais diversos destratos e ataques pessoais. Era maltratada na frente dos clientes pela Sra. Renata (assistente de vendas), tendo que ouvir palavras de baixo calão na frente dos demais colegas de trabalho (fl.13).”*. Considerou que “*analisando o conjunto probatório produzido verifica-se ausente prova de atitude ilícita da ré e, bem assim, do respectivo dano*”. Acrescentou ainda que “*a testemunha desmentiu a*



PROCESSO Nº TST-RR-191-10.2010.5.09.0005

alegação de que a assistente de vendas, Renata, destratava a autora na frente dos clientes, o que se conclui pelo fato de que estes não frequentavam o local em que aquela prestava seus serviços, no interior do estabelecimento. Além disso, a testemunha afirma que não presenciou nenhum episódio em que tenham ocorrido ofensas, mas apenas que tinha a 'impressão' de que a Renata proibia as outras pessoas de conversar com a autora. O que se nota, portanto, é, no máximo, a simples ausência de afinidade entre a autora e sua superior imediata". E assim, concluiu que "Não há, evidentemente, prova contundente de que tenha a reclamada praticado algum ato ilícito, muito menos, capaz de ensejar o alegado dano cujo ônus, nos termos dos artigos 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC, a parte autora incumbia".

Portanto, note-se que o Tribunal Regional expressamente consignou que não restou comprovado que tenha a reclamada praticado qualquer ato ilícito, ou seja, sequer o alegado fato danoso foi devidamente demonstrado.

Por fim, a alegação de contrariedade às Súmulas do STJ e do STF não se presta a fundamentar o presente apelo extraordinário, diante dos termos da alínea "a" do artigo 896 da CLT.

Não conheço.

7. MULTA DO ARTIGO 477 DA CLT - DIFERENÇAS DE VERBAS

RESCISÓRIAS

CONHECIMENTO

A recorrente alega que *"a multa por atraso na quitação das verbas rescisórias também incide no caso de diferenças, pois a decisão neste sentido é meramente declaratória de situação jurídica já existente; não constitutiva da relação jurídica. Ademais, a controvérsia estabelecida não pode se constituir óbice para incidência da referida multa, que somente não é devida quando o atraso no pagamento das verbas rescisórias ocorrer por culpa do empregado (art. 477 §8º, da CLT)."*

Aponta violação ao artigo 477, § 8º, da CLT.

O Tribunal Regional ao analisar o tema, deixou consignado. *In verbis* (pág.180, do seq.01):

"MULTA DO ART. 477 DA CLT



PROCESSO Nº TST-RR-191-10.2010.5.09.0005

Pretende, a recorrente, a reforma da r. sentença que indeferiu a aplicação da multa prevista no art. 477, da CLT. Argumenta que o pagamento intempestivo das verbas rescisórias, reconhecidas em juízo, autorizam a condenação.

Sem razão.

O TRCT, de fl. 22, registra que o pagamento das verbas rescisórias ocorreu dentro do decêndio legal, já que o aviso prévio foi indenizado, tendo o afastamento ocorrido em 23/03/2009 e a quitação em 31/03/2009.

A pretensão relativa ao pagamento da multa do art. 477, da CLT, em razão das verbas reconhecidas em juízo, além de não autorizar a incidência da penalidade, resta prejudicada pela improcedência dos pedidos.

NEGO PROVIMENTO.”

E o Tribunal Regional, na decisão dos embargos de declaração, ao analisar o tema deixou consignado. *In verbis* (págs. 200/201, do seq.01):

“MULTA DO ART. 477, DA CLT

Questiona a reclamante: "a multa prevista no art. 477 da CLT só não é devida quando o atraso no pagamento das verbas rescisórias ocorrer por culpa do empregado?" (fl., 658-verso).

A multa do art. 477 é devida na situação prevista no seu § 6, isto é, quando o pagamento das parcelas constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação for efetuado fora do prazo legal.

No caso concreto, o v. acórdão foi enfático: "O TRCT, de fl. 22, registra que o pagamento das verbas rescisórias ocorreu dentro do decêndio legal, já que o aviso prévio foi indenizado, tendo o afastamento ocorrido em 23/03/2009 e a quitação em 31/03/2009. A pretensão relativa ao pagamento da multa do art. 477, da CLT, em razão das verbas reconhecidas em juízo, além de não autorizar a incidência da penalidade, resta prejudicada pela improcedência dos pedidos" (fl. 653).

NEGO PROVIMENTO.”

O Tribunal Regional entendeu ser inaplicável a multa prevista no artigo 477, § 8º da CLT, argumentando que “*em razão das verbas reconhecidas em juízo, além de não autorizar a incidência da penalidade, resta prejudicada pela improcedência dos pedidos*”.

Com efeito, dispõe o artigo 477, §§ 6º e 8º, da Consolidação das Leis do Trabalho:

“Art. 477 - É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja ele dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa.

(...)



PROCESSO Nº TST-RR-191-10.2010.5.09.0005

§ 6º - O pagamento das parcelas constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação deverá ser efetuado nos seguintes prazos:

- a) até o primeiro dia útil imediato ao término do contrato; ou
- b) até o décimo dia, contado da data da notificação da demissão, quando da ausência do aviso prévio, indenização do mesmo ou dispensa de seu cumprimento.

(...)

§ 8º - A inobservância do disposto no § 6º deste artigo sujeitará o infrator à multa de 160 BTN, por trabalhador, bem assim ao pagamento da multa a favor do empregado, em valor equivalente ao seu salário, devidamente corrigido pelo índice de variação do BTN, salvo quando, comprovadamente, o trabalhador der causa à mora.” (grifei)

E realmente, a melhor exegese a extrair-se do mencionado artigo é de que a multa é devida, tão somente, considerando-se o fator tempo. Com efeito, o §8º refere-se expressamente à hipótese de ser imposta a sanção, quando o empregador deixa de observar os prazos estipulados pelo §6º daquele dispositivo.

A mera consideração sobre a existência de diferenças de verbas rescisórias não se consubstancia em motivo determinante da cominação do artigo 477, §8º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Neste sentido, cito o seguinte precedente da SBDI-1, em decisão de minha lavra:

“RECURSO DE EMBARGOS. MULTA DO ARTIGO 477 DA CLT - DIFERENÇAS DE VERBAS RESCISÓRIAS. A mera consideração sobre a existência de diferenças de verbas rescisórias reconhecidas em juízo não se consubstancia em motivo determinante da cominação do artigo 477, parágrafo 8º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso de embargos conhecido e provido. (E-RR - 193700-42.2005.5.17.0009, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 29/11/2013).”

Desse modo, não há que se falar em violação ao artigo 477, § 8º da CLT.

Não conheço.

8. MULTA CONVENCIONAL CONHECIMENTO

A recorrente alega que “A recorrida descumpriu com cláusulas dos instrumentos normativos da categoria, em especial as relativas ao adicional de horas extras (cláusula 07ª), anotações na carteira profissional (cláusula 24ª), dentre outras. Assim, faz “jUS”



PROCESSO Nº TST-RR-191-10.2010.5.09.0005

a obreira a perceber em seu favor, multa no importe de 25% (vinte e cinco por cento) aplicada sobre o maior valor vigente a título de salário normativo da categoria profissional, conforme prevê a cláusula 60ª da CCT 2003/2003, a cláusula 62ª da CCT 2003/2004, a cláusula 57ª da CCT 2004/2005 e a cláusula 58ª da CCT 2005/2006, cláusula 59ª. da CCT 2006/2007, cláusula 59ª. da CCT 2007/2008 e cláusula 59ª. da CCT 2008/2009."

De plano, verifica-se que o presente tema encontra-se desfundamentado, porquanto a recorrente não indicou, nas razões de recurso de revista, qualquer preceito constitucional ou infraconstitucional tido por violado, nem tampouco contrariedade a súmula desta Corte, bem como não trouxe arestos à comprovação de divergência jurisprudencial, em relação à matéria, desatendendo ao que dispõe o artigo 896, "a" e "c", da Consolidação das Leis do Trabalho.

Não conheço.

**9. DIFERENÇAS DO FGTS - ÔNUS DA PROVA
CONHECIMENTO**

A recorrente alega que "A reclamada em defesa alegou fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da obreira, atraindo para si o ônus da prova de que efetuaram os recolhimentos fundiários, inclusive porque detentora dos meios de produção de prova, pois é esta quem efetua os depósitos, podendo o obreiro vir a demonstrar diferenças após a juntada pela reclamada de todos os comprovantes de recolhimento."

Aponta divergência jurisprudencial.

O Tribunal Regional ao analisar o tema, deixou consignado. *In verbis* (págs.181/182, do seq.01):

"RECOLHIMENTO DO FGTS - ÔNUS DA PROVA

Sobre o pedido de depósitos, a r. sentença decidiu: Não houve o deferimento de verbas que constituam base de incidência de FGTS. Quanto aos recolhimentos relativos ao contrato de trabalho, não foram apontadas diferenças, de maneira específica, pela reclamante. O pedido de comprovação de depósitos, sem que indicadas diferenças, não prospera. Rejeita-se" (fl. 594). Alegando que o ônus da prova incumbe à ré, o autor pede a reforma do r. julgado.



PROCESSO Nº TST-RR-191-10.2010.5.09.0005

Sem razão.

Não há reflexos em FGTS, visto que não foram defendas verbas de natureza salarial.

Quanto aos depósitos de FGTS, durante a contratualidade, supostamente inexistentes ou incorretos, a autora apenas formula pedido, sem apontar, sequer minimamente, quais os períodos em que houve irregularidade.

Deixando de demonstrar - mesmo que por amostragem - em que consistiria o déficit alegado no depósito das parcelas do FGTS, certo é que a reclamante não se desincumbiu no ônus probatório que, no caso, era seu (art. 818, da CLT, e 333, do CPC). A OJ 301, da SDI-1, do C. TST, atribui ao reclamado o ônus da prova apenas quando o reclamante adequadamente define o período das irregularidades:

TST OJ SBDI-1 Nº 301. FGTS. DIFERENÇAS. ÔNUS DA PROVA LEI Nº 8.036/90, ART. 17. DJ 11.08.03

Definido pelo reclamante o período no qual não houve depósito do FGTS, ou houve em valor inferior, alegada pela reclamada a inexistência de diferença nos recolhimentos de FGTS atrai para si ônus prova, incumbindo-lhe portanto apresentar guias respectivas fim de demonstrar o fato extintivo do direito do autor (art. 818 da CLT c/c art. 333, II, do CPC). (grifei).

Diante disso, já decidiu esta E. Turma:

DEPOSITO FGTS. DIFERENÇAS. ÔNUS PROVA. Constatando-se que o pedido inicial relativo aos depósitos do FGTS abrangeu todo período do contrato de trabalho, não tendo demandante indicado o mês ou os meses em que não teria havido depósito do FGTS, ou em que teria havido recolhimento a menor que o devido, o ônus de comprovar eventuais diferenças paira sobre o autor, ante a dicção do arts 88 da CLT I, do CPC, bem assim da pacífica jurisprudência sobre o tema (Orientação Jurisprudencial 301 da SBDI-I (00753-2010-654-09-00 SUELI GIL EL-RAFIHI Turma, 19/04/2011).

Não há, com isso, argumento forte o bastante que autorize a reforma da r. sentença.

Portanto, **NEGO PROVIMENTO.**”

Todavia, o entendimento adotado no acórdão recorrido discrepa daquele proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, publicado no DJU de 18/12/2006, colacionado às págs. 222 do seq. 01 das razões recursais. *In verbis*:

‘FGTS – DIFERENÇAS – ÔNUS DA PROVA. Alegando a reclamada inexistência de diferenças nos recolhimentos de FGTS, atrai para si o ônus da



PROCESSO Nº TST-RR-191-10.2010.5.09.0005

prova, incumbindo-lhe apresentar as guias respectivas, a fim de demonstrar o fato extintivo do direito do autor (art. 818 da CLT c/c art. 333, I do CPC)”.

Conheço do recurso de revista por divergência jurisprudencial.

MÉRITO

Insta observar-se, primeiramente, o disposto pelo art. 15 da Lei nº 8.036/90, em que está prevista a obrigação do empregador de depositar os valores devidos a título de FGTS, em conta bancária vinculada:

“Para os fins previstos nesta lei, todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o dia 7 (sete) de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a 8 (oito) por cento da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas na remuneração as parcelas de que tratam os arts. 457 e 458 da CLT e a gratificação de Natal a que se refere a Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, com as modificações da Lei nº 4.749, de 12 de agosto de 1965”.

Releva considerar que, após exaustivos debates, este Colendo TST, levando em conta o princípio da aptidão para a prova, resolveu cancelar a Orientação Jurisprudencial nº 301, por meio da Resolução nº 175/2011 (DEJT dos dias 27, 30 e 31/05/2011), eis que o empregador, mais do que o empregado, tem acesso fácil e imediato à toda a documentação referente aos depósitos fundiários de seus próprios funcionários.

Cancelada, portanto, a Orientação Jurisprudencial nº 301 da SBDI/1 do TST, deve a controvérsia ser dirimida com base na regra geral da distribuição do ônus da prova, de que tratam os artigos 818 da CLT e 333, do CPC.

Na hipótese dos autos, conforme referido, a autora alegou clara e expressamente na exordial a irregularidade quanto ao recolhimento total do FGTS, ou seja, em relação aos valores de todo o período em que trabalhou para a reclamada.

Esta afirmação revelou-se suficiente para que a empresa pudesse contestar, parcial ou integralmente, a pretensão obreira, cabendo-lhe o ônus de comprovar um suposto fato modificativo ou extintivo do direito do autor à totalidade dos recolhimentos do FGTS. Cabia-lhe, portanto, comprovar que efetuou regularmente os depósitos do FGTS relativos aos períodos em que lhe foram prestados serviços.



PROCESSO Nº TST-RR-191-10.2010.5.09.0005

Nesse sentido, recentes decisões desta Segunda Turma, inclusive de minha lavra:

“RECURSO DE REVISTA .DIFERENÇAS DE FGTS. ÔNUS DA PROVA. CANCELAMENTO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 301 DA SBDI-1 DO TST. Na 6ª Sessão Extraordinária do Tribunal Pleno dessa Corte, realizada no dia 24/5/2011, por maioria de votos, aprovou-se o cancelamento da Orientação Jurisprudencial nº 301 da SBDI-1, pela qual se entendia que, definido pelo reclamante o período no qual não houve depósito do FGTS, ou houve em valor inferior, e alegada pela reclamada a inexistência de diferença nos recolhimentos de FGTS, essa atraía para si o ônus da prova, incumbindo-lhe demonstrar o fato extintivo do direito do autor. A partir desse cancelamento, entende-se que, independentemente de especificação, pelo empregado do período da alegada falta ou diferença de recolhimento do FGTS, tratando-se de obrigação legal do empregador o depósito da aludida parcela, compete-lhe, mesmo quando genericamente alegada pelo reclamante qualquer irregularidade no cumprimento dessa obrigação legal pela parte contrária, a prova da regularidade desses recolhimentos, por todo o período laborado, seja por se tratar de fato extintivo do direito do autor, seja por força do princípio da aptidão para a prova, segundo o qual a prova deve ser feita pela parte que tiver melhores condições para produzi-la, que, no caso, é a empresa, por lhe ser exigível manter a documentação pertinente guardada. Recurso de revista **não conhecido.** (ARR - 660-69.2011.5.04.0002 , **Relator Ministro:** José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, 30/04/2015).

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. DEPÓSITOS DO FGTS - ÔNUS DA PROVA. Após exaustivos debates, este Colendo TST, levando em conta o princípio da aptidão para a prova, cancelou a Orientação Jurisprudencial 301, por meio da Resolução nº 175/2011 (DEJT de 30/05/2011), eis que o empregador, diferentemente do empregado, tem acesso imediato à toda a documentação referente aos depósitos fundiários de seus próprios funcionários. Portanto, deve a controvérsia ser dirimida com base na regra de que tratam os artigos 818 da CLT e 333, do CPC. Na hipótese, o autor alegou clara e expressamente na exordial a irregularidade quanto ao recolhimento total do FGTS, ou seja, em relação aos valores por todo o período em que trabalhou para a reclamada. Esta afirmação mostra-se suficiente para que a empresa conteste, parcial ou integralmente, a pretensão obreira, cabendo-lhe o ônus de comprovar suposto fato modificativo ou extintivo do direito do autor à totalidade dos recolhimentos do FGTS. Cabia-lhe, portanto, comprovar que efetuou regularmente os depósitos do FGTS relativos aos períodos em que lhe foram prestados serviços. Recurso de revista conhecido e desprovido. (ARR - 164500-58.2008.5.04.0231, **Relator Ministro:** Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, **DEJT** 24/04/2015)”.

E decisões dos demais órgãos desta Corte:



PROCESSO Nº TST-RR-191-10.2010.5.09.0005

“RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N.º 11.496/2007. DEPÓSITO DO FGTS. ÔNUS DA PROVA. RECURSO DE REVISTA NÃO CONHECIDO. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 896 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO NÃO CONFIGURADA. A Orientação Jurisprudencial n.º 301 da SBDI-1 desta Corte encontra-se cancelada, conforme Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31/05/2011; desse modo tal verbete não serve ao propósito de demonstrar a violação ao artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. De qualquer maneira, no caso, o TST, ao cancelar a referida diretriz, impôs o entendimento de que é do empregador o ônus da prova em relação à regularidade dos depósitos do FGTS, daí porque é cabível a condenação ao pagamento das respectivas diferenças, eis que, conforme descrito no acórdão regional, o reclamado não se desincumbiu do ônus processual que lhe cabia. Correta a decisão da Turma que não conheceu do recurso de revista da CORSAN. Recurso de embargos não conhecido.” (E-ED-RR-7828700-09.2003.5.04.0900, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 29/03/2012, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 13/04/2012.)

“RECURSO DE REVISTA - DIFERENÇAS DE DEPÓSITOS DE FGTS - ÔNUS DA PROVA. Conforme se depreende do art. 333, II, do CPC, compete ao empregador o ônus da prova em relação ao fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor. Todavia, o que reclama atenção e enfrentamento aqui é a particularidade alegada pela reclamada de ter o reclamante sustentado, na inicial, a ausência dos depósitos de forma genérica durante todo o período laborado, não definindo o período no qual não houve depósito do FGTS, ou houve em valor inferior. Cabe esclarecer que equivocada a alegação recursal, tendo em vista que claramente apontado na petição inicial os valores relativamente aos depósitos do FGTS que entendeu o reclamante faria jus. Cabe prosseguir na análise, todavia, quanto à questão do ônus probatório. Na hipótese, diante da exigência que se continha na primeira parte da Orientação Jurisprudencial n.º 301 da SBDI-1, a definição, pelo reclamante, do período no qual não houve depósito do FGTS, ou houve em valor inferior, em alguns precedentes análogos estava levando à extinção do pedido com julgamento de mérito, sob o argumento de que a pretensão deduzida em juízo não pode trazer mera alegação genérica de que o FGTS não fora recolhido corretamente. A referida Orientação Jurisprudencial foi cancelada no dia 24/5/2011 pelo Pleno deste Tribunal Superior (D.J. de 30/5/2011). Com efeito, o entendimento anterior, a meu ver equivocado, atribuía ao reclamante o encargo de formular a pretensão em termos objetivos, sob pena de extinção do pedido. Muito embora tenha externado esse entendimento em diversos precedentes, ousou agora trilhar outra linha de pensamento. Nos termos do art. 840, § 1º, da CLT, basta uma breve exposição dos fatos dos quais decorram os pedidos e o requerimento ao Poder Judiciário da providência jurisdicional que se entender cabível, para que a petição inicial seja considerada apta. Extraí-se, portanto, que dois são os requisitos essenciais da petição inicial trabalhista: a narração dos fatos de que resulte o dissídio e o pedido. Não se exige, na realidade, que figurem os fundamentos jurídicos do pedido como preconiza o Código de Processo Civil em seu art. 282. Nessa seara incide a aplicação do postulado da informalidade, tão caro ao Direito do Trabalho, em que se assegura, inclusive, o jus postulandi. Infere-se que, no caso dos autos, houve pedido expresso quanto aos depósitos de FGTS, não existindo dificuldade na



PROCESSO N° TST-RR-191-10.2010.5.09.0005

compreensão do pedido ou para a defesa da ré. Consigne-se, ainda, que os contornos da lide são estabelecidos pelo método dialético, não se esgotando, portanto, nas postulações lançadas pelo autor, mas também por meio das alegações e dos aspectos da contestação. Nas hipóteses em que se discute recolhimento de FGTS, jamais se nega o direito. Assim, diante das alegações do autor, apenas cabia à ré admitir ou negar a existência das mencionadas diferenças. Na primeira hipótese, haveria o expresso reconhecimento do pedido. Na segunda, da qual tratamos, devem ser observadas as normas pertinentes à distribuição do ônus da prova, cabendo ao empregador comprovar fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor, ou seja, a efetivação regular dos depósitos por todo o período laborado. Recurso de revista não conhecido.” (RR - 117800-10.1998.5.02.0464, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 9.3.2012).

“FGTS. DIFERENÇAS. ÔNUS DA PROVA. Conforme a atual e iterativa jurisprudência desta Corte, cabe ao empregador o ônus de comprovar a regular quitação das contribuições devidas ao FGTS, pois é ele quem detém as guias comprobatórias do recolhimento, e portanto melhores condições de demonstrar a regularidade do cumprimento da lei (princípio da aptidão para a prova), motivo este que ensejou o cancelamento da Orientação Jurisprudencial 301 da SBDI-1. Precedentes. Recurso de Revista não conhecido.” (RR - 1981900-89.2006.5.09.0029 Data de Julgamento: 06/06/2012, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/06/2012).

“RECURSO DE REVISTA. (...) DEPÓSITOS DE FGTS. DIFERENÇAS. ÔNUS DA PROVA. Esta c. Corte, em recente alteração jurisprudencial, procedeu ao cancelamento da OJ ° 301/SDI-1/TST. A mencionada alteração jurisprudencial leva à conclusão de que o ônus da prova, nos casos de diferenças de FGTS, será regulado pelo princípio da aptidão para a prova. O FGTS, cuja responsabilidade pelo recolhimento é do empregador no curso da relação de emprego, dá a ele a guarda, inclusive de documentos que seriam comuns, como, por exemplo, guias de recolhimento da parcela mensal e da relação completa de empregados (RE) correspondente e específica. Se assim é, à reclamada incumbe o ônus da prova quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, a teor dos arts. 818 da CLT e 333, II, do CPC. Não o fazendo, como no caso dos autos, deve ser condenada ao pagamento das diferenças dos depósitos do FGTS a serem apuradas em época própria. Recurso de revista não conhecido. (...)” (RR - 1114-51.2010.5.03.0151, 6ª Turma, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 9.3.2012).

“DIFERENÇAS DE DEPÓSITOS DO FGTS. GUIAS. ÔNUS DA PROVA. Esta Corte, recentemente, debateu exaustivamente o tema e concluiu que cabe ao empregador o ônus de comprovar os depósitos do FGTS. Por esse motivo, resultou cancelada a Orientação Jurisprudencial nº 301 da SBDI-I desta Corte. Precedentes. Conhecido e provido.” (RR - 177500-89.1995.5.09.0022 Data de Julgamento: 23/05/2012, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/06/2012).

“DIFERENÇAS DE FGTS - ÔNUS DA PROVA - CANCELAMENTO DA Orientação Jurisprudencial n. 301 DA SBDI-1 DESTA CORTE. 1. Em 24/05/11, o Tribunal Pleno do TST cancelou a Orientação Jurisprudencial n. da SBDI-1, que previa a necessidade de o reclamante definir o período no qual não houve depósito do FGTS, ou houve



PROCESSO Nº TST-RR-191-10.2010.5.09.0005

em valor inferior, para transferir ao empregador, que rechaçou eventuais diferenças, o ônus da prova quanto ao correto recolhimento dos depósitos fundiários. 2. Na verdade, o cancelamento da diretriz jurisprudencial sinaliza o entendimento de ser do empregador a obrigação de comprovar a regularidade dos referidos depósitos durante o período contratual, mormente porque a Reclamada detém fácil acesso à documentação relativa aos depósitos fundiários de seus funcionários. 3. Nesse contexto, na esteira dos precedentes desta Corte, não prospera a tentativa patronal de imputar ao Trabalhador o ônus da prova no particular, emergindo como obstáculo à revisão pretendida a Súmula 333 do TST. Recurso de revista não conhecido.” (RR- 357-09.2010.5.15.0156, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma, DEJT 02/12/2011).”

Ante o exposto, dou provimento ao recurso de revista, para condenar a reclamada no pagamento de diferenças entre os valores devidos e os efetivamente depositados referentes aos depósitos do FGTS e, consequentemente, da multa de 40% sobre eles incidente, a serem apurados em liquidação.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista quanto aos seguintes temas: **I.** “Intervalo do artigo 384 da CLT, por violação ao artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho, e, no mérito, dar-lhe provimento para, julgar procedente em parte a presente ação e condenar a reclamada ao pagamento das horas extras referentes ao intervalo de 15 minutos previsto no artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho, com acréscimo de 50% e respectivos reflexos, conforme se apurar em liquidação de sentença, observando-se a prescrição quinquenal já acolhida; e **II.** “Diferenças do FGTS – Ônus da prova”, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, dar-lhe provimento, para condenar a reclamada no pagamento de diferenças entre os valores devidos e os efetivamente depositados referentes aos depósitos do FGTS e, consequentemente, da multa de 40% sobre eles incidente, a serem apurados em liquidação de sentença. Juros e correção monetária na forma da lei. Contribuições previdenciárias e fiscais, consoante o disposto na Súmula



PROCESSO Nº TST-RR-191-10.2010.5.09.0005

nº 368 desta Corte. Custas pela reclamada, no importe de R\$ 20,00 (vinte reais), sobre o valor da condenação, ora arbitrado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Brasília, 24 de junho de 2015.

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

RENATO DE LACERDA PAIVA
Ministro Relator