PROCESSO Nº TST-ED-RR-865-36.2013.5.03.0009

A C Ó R D Ã O
(4ª Turma)
GMALR/RCA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO DE REVISTA. CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO. I. Omissão inexistente. **II. Embargos de declaração de que se conhece e a que se nega provimento.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº **TST-ED-RR-865-36.2013.5.03.0009**, em que é Embargante **LINCON INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.** e Embargada **ELISÂNGELA DE OLIVEIRA PEIXOTO.**

A Reclamada (*LINCON INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.*) opõe embargos de declaração, alegando a existência de omissão no julgado e a necessidade de prequestionamento.

É o relatório.

V O T O

1. CONHECIMENTO

Atendidos os pressupostos legais de admissibilidade, **conheço** dos embargos de declaração.

2. MÉRITO

A Reclamada alega haver **omissão** no acórdão embargado, em relação ao tema "*HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. REGISTROS DE JORNADA COM ANOTAÇÕES INVARIÁVEIS. ÔNUS DA PROVA ATRIBUÍDO AO EMPREGADOR*".

Quanto ao tema, consta do acórdão ora embargado:

"**1.2. HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. REGISTROS DE JORNADA COM ANOTAÇÕES INVARIÁVEIS. ÔNUS DA PROVA ATRIBUÍDO AO EMPREGADOR**

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1003A6F4AD76254A3D.

Firmado por assinatura digital em 18/03/2020 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

A Recorrente atendeu aos requisitos previstos no art. 896, § 1º-A, da CLT (redação da Lei nº 13.015/2014), quanto ao tema em destaque.

A Reclamada pretende o processamento do seu recurso de revista por violação dos arts. 74, §§ 1º, 2º e 3º, da CLT e por contrariedade à Súmula nº 338, I, do TST.

Argumenta que, '*embora se restrinjam aos períodos em que foram adotados, os relatórios de visitas e do sistema de palm top juntados, assim como as papeletas individuais dos primeiros meses de emprego, constituem amostragem da situação praticada pela reclamante no período contratual*' (fl. 622). Alega que, '*com base nesses documentos e na prova testemunhal, ficou demonstrado que as anotações da jornada normal britânica em várias das papeletas individuais eram feitas com encerramento do labor antes do horário normal em maior parte dos dias, em burla ao banco de horas*' (fl. 622).

Defende que, '*ao se basear em presunção relativa de invalidade das anotações feitas e assinadas pela reclamante em suas papeletas, por apresentarem horários britânicos em sua maioria, o v. acórdão recorrido o fez em detrimento do exame das provas documentais e orais que a elidem e sobre ela prevalecem*' (fl. 623).

Consta do acórdão recorrido:

> 'HORAS EXTRAS
>
> A reclamada se insurge contra a condenação ao pagamento das horas extras. Afirma que, conquanto o promotor de vendas exerça atividades externas, a empregadora implementou o controle de jornada desde que decisões judiciais passaram a afastar a aplicação do artigo 62, inciso I, da CLT a casos semelhantes ao presente.
>
> Alega que, quando admitida, a autora foi orientada a preencher os controles de jornada com os horários efetivamente trabalhados, conforme documento de f. 76. Afirma que, no início do contrato, as marcações da autora pareciam fidedignas, pois, mesmo quando apresentavam horários invariáveis, eram compatíveis com os relatórios de visitas, documentos que contam com o carimbo do supermercado visitado (a exemplo do de f. 88).
>
> Acrescenta, porém, que, com o avançar dos meses, notou que a reclamante passou a omitir os relatórios de visitas e a anotar nos registros de ponto jornadas mais extensas do que as efetivamente cumpridas. Aduz que, para coibir esse tipo de

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1003A6F4AD76254A3D.

Firmado por assinatura digital em 18/03/2020 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

conduta, a empregadora adotou o sistema de monitoramento pelo palm top, o qual, no entanto, a reclamante se negava a acionar com a regularidade necessária ao controle da ré.

Alega que a reclamante trabalhava por não mais do que 06 horas diárias, mas continuava a anotar nos controles de ponto, com horários britânicos, a jornada normal de 08 horas. Ressalta que a obreira, pelo palm top, chegou a anotar o horário de saída muito após encerrar a jornada de trabalho, já estando em local diverso do indicado como visitado, tudo com a intenção de forjar o cumprimento de horas extras.

Sem razão a recorrente.

Afastada a hipótese do artigo 62, inciso I, da CLT, a prova dos dias e horários efetivamente trabalhados compete à empregadora, pois é sua a obrigação de adotar meio de anotação das jornadas laboradas por seus empregados, a teor do artigo 74, parágrafo 2.º, da CLT. No plano processual, o descumprimento dessa obrigação implica a inversão do ônus da prova em desfavor da ré, na forma da Súmula 338 do TST:

'SUM-338 JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA

I – É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2.º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II – A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ nº 234 da SBDI-1 – inserida em 20.06.2001)

III – Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir.'

Com efeito, os controles de ponto que, em sua maioria, apresentam horários britânicos (f. 77/185) não são dignos de fé e, diante deles, prevalece a presunção de veracidade dos horários de trabalho indicados na petição inicial.

Aliás, se é a própria reclamada quem reconhece que os controles de ponto não consignam os horários verdadeiramente trabalhados pela reclamante, competia à defesa apresentar outros meios idôneos à comprovação das jornadas laboradas, como os relatórios de visitas de todo o contrato e os registros feitos por meio do palm top.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1003A6F4AD76254A3D.

Firmado por assinatura digital em 18/03/2020 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Desse ônus, porém, a ré não se desincumbiu. Note-se que, com base no cotejo entre os registros do palm top e a localização do GPS, a reclamada aponta irregularidades na marcação do ponto no período de outubro/2011 a abril/2012 (f. 208/223). No entanto, a correspondente advertência escrita somente veio a ser aplicada em 22/08/2012 (f. 227).

Ademais, a ré não demonstrou ter sequer questionado a obreira sobre os relatórios de visitas supostamente omitidos.

Diante do exposto, deve ser mantida a condenação, porquanto decorrente da aplicação razoável e adequada do princípio da aptidão para a prova.

Nego provimento'.

Ao julgar os embargos de declaração opostos pela Reclamada, o Tribunal de origem assim se manifestou:

'MÉRITO

A reclamada opõe embargos de declaração (f. 435/437). Afirma que, mantida decisão que reconheceu a demissão voluntária como forma de extinção do contrato de trabalho havido entre as partes, a d. Turma não se pronunciou sobre o pedido de dedução do aviso prévio não dado pela reclamante, tampouco sobre a alegação de não incidência do FGTS sobre as férias vencidas e proporcionais.

Outrossim, alega que, tendo negado validade aos controles de ponto, a d. Turma não examinou os demais documentos e provas que, produzidos pela defesa, informam sobre as jornadas cumpridas pela autora. Por fim, argumenta que o julgado não se pronuncia sobre a autorização para a compensação de jornada, autorizada pelo artigo 59, parágrafo 2.º, da CLT e pelas normas coletivas da categoria.

Foi dada vista à reclamante que se manifestou às f. 441.

Não assiste razão à reclamada.

A sentença não contempla condenação ao pagamento de férias vencidas, mas, tão somente, de férias integrais (12 dias do período aquisitivo 2011/2012) e férias proporcionais (período aquisitivo 2012/2013), acrescidas do terço constitucional. Com efeito, ao aplicar o termo 'férias vencidas', a sentença, na verdade, refere-se às férias integrais do período aquisitivo 2011/2012.

Mesmo diante do exposto, é preciso reconhecer que as férias integrais e proporcionais, quando indenizadas, não integram a base de cálculo do FGTS, a qual, na forma do artigo 15 da Lei 8.036/90, está restrita às verbas de natureza remuneratória. Desse modo, sob esse aspecto especificamente, merecem provimento os presentes embargos de declaração.

Quanto ao restante, a embargante não tem a mesma sorte.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1003A6F4AD76254A3D.

Firmado por assinatura digital em 18/03/2020 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

> A dedução do aviso prévio foi negada quando se reafirmou a possibilidade que tinha a reclamante de, ao ajuizar o pedido de rescisão indireta, deixar o trabalho ou não. Quanto à invalidade dos cartões de ponto e à fixação da jornada de trabalho, a decisão está devidamente fundamentada na esteira do conjunto probatório. Por fim, negada a validade dos cartões de ponto, não se pode cogitar apurar banco de horas.
>
> Provimento parcial' .

Como se observa, a Corte Regional asseverou que '*os controles de ponto que, em sua maioria, apresentam horários britânicos (f. 77/185) não são dignos de fé e, diante deles, prevalece a presunção de veracidade dos horários de trabalho indicados na petição inicial*'. Adicionou que, '*se é a própria reclamada quem reconhece que os controles de ponto não consignam os horários verdadeiramente trabalhados pela reclamante, competia à defesa apresentar outros meios idôneos à comprovação das jornadas laboradas, como os relatórios de visitas de todo o contrato e os registros feitos por meio do palm top*'. Contudo, entendeu que a Reclamada não se desincumbiu desse encargo, uma vez que '*aponta irregularidades na marcação do ponto no período de outubro/2011 a abril/2012*', mas que '*a correspondente advertência escrita somente veio a ser aplicada em 22/08/2012*'.

Nesse contexto, a decisão regional está de acordo com o item III da Súmula nº 338 do TST:

> 'JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005
>
> III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (ex-OJ nº 306 da SBDI-1- DJ 11.08.2003)'.

A Corte Regional examinou a prova e constatou que as provas apresentadas pela Reclamada não foram suficientes para elidir a presunção de veracidade da jornada descrita na petição inicial, sobretudo porque os registros de jornada da Reclamante apresentavam horários invariáveis.

Ademais, segundo consta do acórdão regional, foi a própria Reclamada quem alegou que os registros firmados pela Reclamante não refletem a jornada verdadeira da Autora, mas que a Recorrente não apresentou outros

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1003A6F4AD76254A3D.

Firmado por assinatura digital em 18/03/2020 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

meios de prova capazes de infirmar a jornada de trabalho alegada na reclamação trabalhista.

Nesse contexto, não se divisa violação dos arts. 74, §§ 1º, 2º e 3º, da CLT.

Ante o exposto, **não conheço** do recurso de revista" (fls. 10/14 do documento sequencial eletrônico n° 11).

A indicação de **omissão** está fundamentada na alegação de que, "*embora tenha mencionado o 'trabalho externo' no título do tema sob exame, o v. acórdão embargado não considerou nem se pronunciou sobre a situação específica da reclamante, que é a do § 3º do artigo 74 da CLT, à qual se vincula o exame da questão jurídica e requisitos de admissibilidade que realmente constam das razões recursais (violação ao § 3º do art. 74/CLT e contrariedade à ressalva do inciso II da Súmula 338/TST)*" (fl. 05 do documento sequencial eletrônico n° 13).

Como se observa do acórdão anteriormente transcrito, esta Turma se pronunciou expressamente a esse respeito, ao adotar tese explícita de que, "*segundo consta do acórdão regional, foi a própria Reclamada quem alegou que os registros firmados pela Reclamante não refletem a jornada verdadeira da Autora, mas que a Recorrente não apresentou outros meios de prova capazes de infirmar a jornada de trabalho alegada na reclamação trabalhista*" (fl. 14 do documento sequencial eletrônico n° 11). Por essa razão, esta Turma concluiu que a decisão regional não apresentava violação do art. 74, § 3°, da CLT.

Esta Quarta Turma explicitou que a Reclamada não demonstrou a veracidade de suas alegações, razão pela qual considerou correta a decisão regional, em que se considerou verdadeira a jornada indicada na petição inicial. Assim, concluiu pela incolumidade do art. 74, § 3°, da CLT.

Logo, houve manifestação expressa acerca da matéria, o que afasta a alegação de omissão no julgamento.

Em seguida, a Embargante aduz que esta Turma não se manifestou acerca da "*contrariedade verificada no acórdão regional à ressalva prevista no inciso II da Súmula 338 do TST*" (fl. 05 do documento sequencial eletrônico n° 13).

Firmado por assinatura digital em 18/03/2020 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1003A6F4AD76254A3D.

PROCESSO Nº TST-ED-RR-865-36.2013.5.03.0009

Contudo, todas as alegações trazidas agora nos embargos de declaração, especialmente quanto à indicação de contrariedade ao item II da Súmula nº 338 do TST, não constam das razões de recurso de revista e, portanto, são inovatórias. O recurso foi julgado tal qual interposto e esta Turma não estava obrigada a se manifestar sobre questão não suscitada oportunamente pela parte ora embargante, sem que disso decorra omissão ou qualquer vício no julgamento.

Além disso, o pedido de emissão de tese explícita sobre determinada matéria para o fim de prequestionamento tem como pressuposto a existência de omissão no julgado embargado (nos termos da Súmula nº 297 deste Tribunal), o que não se verifica no presente caso.

Diante do exposto, **nego provimento** aos embargos de declaração.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quarta Turma da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, à unanimidade, **conhecer** dos embargos de declaração e, no mérito, **negar-lhes provimento**.

Brasília, 18 de março de 2020.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)
ALEXANDRE LUIZ RAMOS
Ministro Relator

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1003A6F4AD76254A3D.

Firmado por assinatura digital em 18/03/2020 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.