



Processo: 01352004420085010034 – RO

ACÓRDÃO
4ª TURMA

SUCESSÃO TRABALHISTA. SUCESSÃO DE ARRENDATÁRIOS. A jurisprudência tem reconhecido a ocorrência de sucessão entre arrendatários que se substituem na exploração do mesmo serviço, haja vista que o contrato de trabalho é *intuitu personae* apenas em relação ao empregado.
DIFERENÇAS SALARIAIS. RATEIO DAS GORJETAS. NORMAS COLETIVAS. NULIDADE. NÃO-OCORRÊNCIA. O acordo coletivo do trabalho não reduziu garantia assegurada constitucionalmente aos empregados, tampouco a norma coletiva, que reserva percentual arrecadado a título de taxa de serviço (gorjeta) cobrada na conta dos clientes do hotel para seu custeio e administração, violou direitos revestidos de indisponibilidade absoluta, na medida em que a Constituição da República, no art. 7º, inciso IV, admite a possibilidade de as normas coletivas fixarem a redução salarial, o que abrange, por óbvio, permitir a estipulação da forma de rateio das gorjetas, parcela que integra a remuneração e não o salário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário em que são partes: **ANTÔNIO FIRMINO DOS SANTOS e NOLANDIS EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. - IBEROSTAR**, como recorrentes, e **NOLANDIS EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. - IBEROSTAR, ZOE DO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA. e ANTÔNIO FIRMINO DOS SANTOS**, como recorridos.

Recorrem a primeira reclamada (Nolandis Empreendimentos e Participações Ltda. - IBEROSTAR) e o reclamante, às fls. 585/609 e 612/641, respectivamente, inconformados com a sentença, de fls. 581/583v, proferida pela MMª Juíza Áurea Regina de Souza Sampaio, da 34ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, por meio da qual rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam da segunda reclamada (Zoe do Brasil Participações Ltda.) e, no mérito, julgou improcedente o pedido com referência a esta, em decorrência do reconhecimento da sucessão trabalhista havida entre as empregadoras e procedente em parte com relação à primeira ré, condenando-a ao pagamento de horas extraordinárias e reflexos.

Insurge-se o reclamante contra o indeferimento do pedido pertinente ao pagamento de diferenças salariais da remuneração variável.

Sustenta, para tanto, ser nulo o acordo coletivo de trabalho por meio do



Processo: 01352004420085010034 – RO

qual estabeleceu-se a retenção do percentual de 35% das gorjetas (taxa de serviço) cobradas nas notas da ré, aduzindo ser abusiva a norma e porque ultrapassado o prazo de vigência do instrumento coletivo.

Alega a primeira ré (Nolandis – Iberostar), por seu turno, não ter se caracterizado a sucessão trabalhista com referência à segunda (Zoe), na medida em que não ocorreu a transferência formal da unidade produtiva da atividade empresarial.

No que concerne à condenação ao pagamento de horas extraordinárias, afirma não haver o reclamante comprovado, pela prova testemunhal, as alegações constantes da peça inicial, ônus que lhe competia, inclusive no tocante à não concessão integral do intervalo para refeição e descanso.

Aduz não haver sido considerado pelo MM. Juízo de origem o fato de o reclamante ter laborado somente cinco dias da semana, não ultrapassando, assim, o módulo semanal de 44 horas.

Depósito recursal efetuado e custas recolhidas, comprovados às fls. 642/643.

Contrarrazões às fls. 646/652, da primeira reclamada (Nolandis-IBEROSTAR); às fls. 653/671, da segunda reclamada (Zoe) com referência ao recurso da primeira; às fls. 664/671, da segunda ré no que concerne ao recurso do reclamante e, às fls. 672/684, do reclamante, todos sem arguição de preliminares.

Interpôs o reclamante recurso adesivo (fls. 685/691), ao qual foi negado seguimento pelo MM. Juízo de origem, consoante despacho à fl. 692. O autor, regularmente intimado, para ciência (fl. 693), não o agravou, conforme certificado no verso da fl. 693.

Sem parecer do Ministério Público do Trabalho, nos termos do Ato nº 283/04, de 04.03.2004.

É o relatório.

V O T O

CONHECIMENTO

Conheço dos recursos, por preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

MÉRITO

SUCESSÃO TRABALHISTA (RECURSO DA PRIMEIRA RECLAMADA

- Nolandis-Iberostar)

Constou da sentença, quanto a esse aspecto (fls. 581/582):



Processo: 01352004420085010034 – RO

“Para o Direito do Trabalho, o contrato de trabalho está vinculado ao próprio empreendimento econômico e no prosseguimento normal deste é que reside a garantia do empregado de que os seus créditos trabalhistas serão satisfeitos, ex vi Art. 2º, 10º e 448 da CLT.

A 2ª reclamada não era proprietária do imóvel, como também jamais o foi a 1ª reclamada, assim sendo, a garantia da solvabilidade dos créditos dos empregados das duas empresas sempre foi o fundo de comércio, que foi transferido de uma para a outra sem solução de continuidade.

Pelos motivos expostos, declaro que a 1ª reclamada é sucessora da 2ª reclamada e, nesta condição, é a única responsável por eventuais créditos que venham a ser reconhecidos ao autor nesta ação.

Em razão do acima decidido, julgou improcedente o pedido em face da 2ª reclamada.

É importante esclarecer que não houve unicidade contratual e nem há pedido neste sentido. O autor manteve dois contratos de trabalho distintos e autônomos com as reclamadas nos períodos indicados na inicial.

Contudo, a 1ª reclamada é responsável por eventuais diferenças reclamadas, por ter sido declarada a sucessora desta última”.

Alega a primeira ré (Nolandis – Iberostar) não ter se caracterizado a sucessão trabalhista com referência à segunda (Zoe), na medida em que não ocorreu a transferência formal da unidade produtiva da atividade empresarial e, nem poderia, pois o fundo de comércio não pertencia à segunda reclamada, mas à PREVI, que o adquiriu do SISAL e iniciou o encadeamento dos arrendamentos – Meridien do Brasil Turismo Ltda. e Starman do Brasil Ltda.

Argumenta que, a partir do momento em que a Sisal Rio Hotéis Turismo S/A, ex-proprietária do prédio onde funcionava o hotel, alienou o imóvel à PREVI – Caixa de Previdência do Banco do Brasil, junto alienou, também, o fundo de comércio, surgindo após, como arrendatárias, Meridien do Brasil Turismo Ltda., que assumiu expressamente a sucessão trabalhista dos empregados remanescentes da Sisal, sendo que Starman do Brasil Turismo Ltda., que sucedeu Meridien do Brasil Turismo Ltda. e assumiu, também expressamente, a sucessão trabalhista dos empregados da sucedida, eis que ambas as empresas pertenciam ao grupo inglês Zoe Acquisition Company Limited.

Aduz que a simples leitura do contrato de arrendamento, realizado



Processo: 01352004420085010034 – RO

entre a PREVI e MERIDIEN, comprova ser daquela o fundo de comércio.

Afirma não ter assumido empresa alguma, segundo os termos constantes do art. 2º da CLT, não havendo, no presente caso, sequer, simples substituição de empresários de uma mesma empresa, mantendo-se a mesma estrutura jurídica da recorrente, que, como concorrente, passou a ocupar o mesmo espaço físico que anteriormente a segunda reclamada ocupava.

Sustenta não haver alegação de fraude, mas de caracterização de igual atividade (não da mesma atividade) no mesmo imóvel, que não poderia ter outro destino a não ser o de hotelaria.

Acrescenta ter a segunda ré encerrado suas atividades e dispensado seus empregados, havendo, com referência à primeira ré, ora recorrente, mera substituição de empregadores, que nada têm em comum, a não ser o fato de terem arrendado o mesmo imóvel de terceiro.

Sem razão.

Restaram incontroversos os seguintes fatos:

1. O reclamante foi admitido em 01.4.1994, na função de “padeiro”, pela SISAL Rio Hotéis e Turismo S.A. (Hotel Meridien Copacabana), como se infere da ficha de registro de empregados (fl. 321) e da anotação da CTPS (fl. 32 – terceiro documento).

2. No ano de 1996, a PREVI – Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil adquiriu o prédio do Hotel Meridien, na cidade do Rio de Janeiro e, em 12.11.1996, celebrou contrato de arrendamento mercantil de hotel com aluguel em base variável com Meridien do Brasil Turismo LTDA, por 10 (dez) anos (fls. 477/520).

3. Em 01.12.1996, a SISAL foi sucedida pela Méridien do Brasil Turismo Ltda., conforme carimbo apostado na ficha de registro de empregado (fl. 320) e anotação da CTPS (fl. 32 – quarto documento).

4. Em 01.8.2006, a denominação da Méridien do Brasil Turismo Ltda. passou a ser STARMAN do Brasil Turismo Ltda., consoante anotação na CTPS do autor (fl. 32 – quarto documento) e carimbo apostado na ficha de registro do empregado (fl. 320).

5. Ao final do ano de 2006, próximo ao término do citado contrato, a PREVI abriu nova concorrência, objetivando receber propostas de operadoras hoteleiras e a Le Meridien/Starman, por meio da Starwood apresentou, uma proposta (fl. 33).

6. A PREVI, em 15.12.2006, escolheu a operadora Nolandis-Iberostar (fl. 33), constituída em 02.4.2003 (atos constitutivos – fl. 68 – cláusula 4ª), celebrando contrato de arrendamento em 09.01.2007, por 10 (dez) anos (fls. 124/179).

7. Em 29.01.2007, a Starman passou a denominar-se Zoe do Brasil



Processo: 01352004420085010034 – RO

Participações Ltda. (alteração contratual – fls. 235/248).

8. O reclamante foi dispensado, sem justa causa, em 31.01.2007.

9. A Nolandis-Iberostar passou a administrar o hotel a partir de 01.02.2007.

10. Em 01.02.2007, houve a admissão do reclamante pela Nolandis Empreendimentos e Participações Ltda. - Iberostar, para o exercício das mesmas funções, horário e local de trabalho.

11. Em 01.8.2007, houve a dispensa do autor, sem justa causa.

Notória a alteração subjetiva do contrato de trabalho no caso em tela, também denominada sucessão trabalhista.

Isto porque o reclamante foi contratado pela Sisal Rio Hotéis e Turismo S.A. em 01.4.1994, sucedida expressamente pela Méridien do Brasil Turismo Ltda. em 01.12.1996, cuja denominação passou a Startman do Brasil Turismo Ltda. em 01.8.2006 e, em 29.01.2007, passou a denominar-se Zoe do Brasil Participações Ltda.

Dispensado o autor, sem justa causa, em 31.01.2007 foi admitido em 01.02.2007 pela Nolandis Empreendimentos e Participações Ltda. - Iberostar, para o exercício das mesmas funções, horário e local de trabalho, desenvolvendo as reclamadas a mesma atividade empresarial – administração e gerenciamento de hotel.

Segundo os artigos 10 e 448 da CLT, a sucessão trabalhista pressupõe a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa, traduzindo uma substituição de empregadores, decorrente de compra e venda, fusão, cisão etc.

Para que seja caracterizada a sucessão de empregador, quando não decorra de compra e venda, cisão fusão, etc, é necessária a demonstração inequívoca da continuidade do negócio explorado pelo sucedido, ou do aproveitamento do maquinário e dos fatores de produção como um todo. Enfim, há que ser demonstrada a utilização, pelo sucessor, de uma fração empresarial significativa que, em seu conjunto, traduza a noção de unidade econômico-jurídica.

A sucessão trabalhista se opera sempre que a pessoa do empregador é substituída na exploração do negócio, com transferência de bens, a qualquer título, e sem ruptura na continuidade da atividade empresarial

Dessa forma, configurada ficará a sucessão de empregadores na hipótese de manutenção da mesma atividade empresarial, no mesmo local, com o mesmo maquinário e empregados, sem solução de continuidade, como no presente caso.

A jurisprudência tem reconhecido a ocorrência de sucessão entre arrendatários que se substituem na exploração do mesmo serviço, haja vista que o contrato de trabalho é *intuitu personae* apenas em relação ao empregado. Afinal, tratando-se de norma de ordem pública (como é o caso dos arts. 10 e 448 da CLT) é



Processo: 01352004420085010034 – RO

irrelevante o instrumento jurídico do qual decorreu a transferência.

Nestes autos, a mudança de arrendatários na exploração econômica do hotel de propriedade da Previ faz operar a transferência de universalidades, mesmo que com caráter transitório, ensejando, pois, a responsabilização do sucessor pelos débitos do sucedido. Só desta forma é garantida a incidência dos princípios da despersonalização do empregador e da continuidade do contrato empregatício, que norteiam o Direito do Trabalho.

Consta do contrato de arrendamento, celebrado entre a PREVI (arrendadora) e a Norlandis (arrendatária) às fls. 124 e seguintes:

“CONSIDERANDO que a PREVI é proprietária do imóvel localizado na Av. Princesa Isabel, nº 10, devidamente montado, equipado e decorado, bem como das 73 (setenta e três) vagas de garagem localizadas no Edifício Garagem, situado na Rua Gustavo Sampaio, nº 620, Rio de Janeiro (RJ), doravante denominados coletivamente Hotel, e pretende arrendá-los à empresa de reconhecida capacidade em operações hoteleiras de alto padrão;

(...)

2.1.5. Para fins do presente, a Arrendatária declara que:

a) não alterará a destinação do Hotel, bem como manterá todas as licenças e seguros atualmente existentes, e obterá, se for o caso, as licenças e/ou seguros necessários para operá-lo, de acordo com a legislação tributária, previdenciária, trabalhista, de relações de consumo, entre outras, relativas às suas atividades;
(...)

e) agirá sempre da melhor maneira possível, a fim de preservar as características, os padrões e a qualidade do Hotel;”.

O que se verifica, portanto, é que o arrendamento foi da empresa e não do imóvel.

Consta, ainda, do contrato (fl. 144):

“4.1.7. A Arrendatária elaborará, antes de 31 de janeiro de 2007, um anexo contemplando (I) a lista de pessoas (dentre os funcionários do Hotel) que poderão ser contratadas como empregados do Hotel, (II) o cronograma de demissões de pessoas até 31 de junho de 2007, assegurando, em todo momento, a operação do Hotel, assim como a manutenção de seu standard de qualidade e realizando sempre seus melhores



Processo: 01352004420085010034 – RO
esforços para manter o máximo possível dos referidos funcionários”.

Peculiarmente a lista mencionada na cláusula supra sequer foi apresentada pela ré.

Nego provimento.

**DIFERENÇAS SALARIAIS – REMUNERAÇÃO VARIÁVEL
(GORJETAS/TAXA DE SERVIÇO) - NORMA COLETIVA – NULIDADE (RECURSO
DO RECLAMANTE)**

O MM. Juízo de origem, ao julgar improcedente o pedido relativo ao pagamento de diferenças salariais, o fez sob os seguintes fundamentos (fl. 582):

“Não houve nulidade no ajuste relativo ao rateio da taxa de serviço e nem em relação a sua base de cálculo, que foi estipulada livremente entre as partes acordantes.

Ao contrário do que alega o autor, não houve redução ou supressão de direito e sim criação de um direito que não existia. Na verdade, o rateio da taxa de serviço beneficiou os empregados que nada recebiam a título de taxa de serviço. É importante salientar que não havia outra norma, legal ou normativa, obrigando as reclamadas a ratearem a taxa de serviço entre os empregados e, muito menos, o total arrecadado.

Considerando que as reclamadas cumpriram integralmente o ajuste relativo ao rateio da taxa de serviço, julgou improcedente o pedido de pagamento de diferenças a este título”.

Sustenta o reclamante ser nulo o acordo coletivo de trabalho por meio do qual estabeleceu-se a retenção do percentual de 35% das gorjetas (taxa de serviço) cobradas nas notas da ré, aduzindo ser abusiva a norma e porque ultrapassado o prazo de vigência do instrumento coletivo.

Invoca a aplicação da norma contida no art. 9º, da CLT.

Aduz ser nulo o acordo coletivo de trabalho colacionado aos autos, posto estabelecer apenas vantagens para o empregador em detrimento dos integrantes da respectiva categoria profissional.

Sem razão.

O autor foi admitido pela Sisal em 01.04.1994, para exercer a função de “padeiro”, com salário de 170,87 URV(s) e “nº de pontos: 10”, como consignado



Processo: 01352004420085010034 – RO

na ficha de registro à fl. 321.

Na CTPS do autor consta anotação, quando da admissão, de “*parte variável correspondente a (10) ponto (s)*” (fl. 32 – terceiro documento).

Em 01.12.1996, a empregadora Sisal foi sucedida pela Meridien do Brasil Turismo Ltda., conforme carimbo apostado na ficha de registro de empregado (fl. 320) e anotação da CTPS (fl. 32 – quarto documento), estando consignado, naquela, “*salário: R\$ 350,00*” e “*nº pontos: 10*”.

Em todas as anotações lançadas na CTPS, quanto à variação salarial do autor, desde outubro de 1999, consta a parte variável de sua remuneração como “*10 ponto(s)*”, como se verifica da fl. 31 (quarto documento).

Quando da celebração do contrato com a Nolandis, em 01.02.2007, vê-se a mesma anotação na CTPS (fl. 31 – quinto documento).

A parte variável da remuneração, denominada de “*pontos*”, corresponde às gorjetas que, a partir de outubro de 1993 (antes da admissão do reclamante), passaram a ser compulsoriamente incluídas nas notas de despesas do hotel, como taxa de serviço, no percentual adicional de 10%, nos termos do Acordo Coletivo de Trabalho celebrado em setembro de 1993, pela Sisal e o Sindicato dos Empregados no Comércio Hoteleiro e Similares do Município do Rio de Janeiro (fls. 43/45).

Restou convencionado, no aludido instrumento coletivo, que o acréscimo da taxa de serviço adicional de 10%, cobrada da clientela nas notas, seria recolhido ao caixa juntamente com o total da despesa e a parcela líquida da referida taxa seria distribuída proporcionalmente aos empregados, de acordo com o número de participantes e o número de pontos de cada um, levando-se em consideração as funções exercidas na SISAL, observada a gradação de responsabilidade (cláusulas 3, 4, e 5 – fls. 43/44).

Ficou estabelecido, ainda, que (cláusula 6 – fl. 44):

“6 – Caberá à SISAL a administração e controle da arrecadação e rateio das importâncias cobradas da clientela a título de taxa de serviço. Para atender ao custeio das despesas resultantes da aludida gestão da taxa de serviço, fica a SISAL autorizada a efetuar a retenção de parcela do montante arrecadado mensalmente, a qual, em hipótese alguma, poderá exceder o limite aprovado pelo SINDICADO DOS TRABALHADORES NO COMÉRCIO HOTELEIRO E SIMILARES DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO” (sublinhamos).

O artigo 457, § 3º, da CLT, ao mencionar a parcela em foco, não determina que seja ela integralmente repassada ao empregado, admitido, dessa



Processo: 01352004420085010034 – RO

forma, o seu rateio entre os empregados do estabelecimento.

Nada impede, assim, que o empregador cobre 10% dos clientes e distribua 6% aos garçons e 4%, por exemplo, ao pessoal da cozinha, mormente quando exista norma coletiva expressamente assim dispondo, como no caso dos autos. A menos que haja cláusula contratual prevendo o pagamento integral da parcela, o que, como já dito, não há.

O acordo, ao contrário do alegado no recurso, não reduziu garantia assegurada constitucionalmente aos empregados, tampouco a norma coletiva, que reserva percentual arrecadado a título de taxa de serviço (gorjeta) cobrada na conta dos clientes do hotel para seu custeio e administração, violou direitos revestidos de indisponibilidade absoluta.

Isto porque a Constituição da República, no art. 7º, inciso IV, admite a possibilidade de as normas coletivas fixarem a redução salarial, o que abrange, por óbvio, permitir a estipulação da forma de rateio das gorjetas, parcela que integra a remuneração e não o salário.

Não se constata, ainda, afronta ao disposto no art. 444, da CLT, na medida em que citada norma coletiva não se contrapõe às disposições de proteção ao trabalho.

No que concerne ao prazo de vigência do acordo coletivo, não se configura a alegada nulidade e, como bem destacou o MM. Juízo de origem (fl. 582:

“A norma coletiva acima mencionada perdeu a sua eficácia dois anos depois, entretanto, a 2ª reclamada, mesmo não existindo norma legal ou normativa obrigando-a, continuou a respeitar as condições ajustadas e a ratear a taxa de serviço nas mesmas condições, o que, sem sobra de dúvidas, se tornou uma obrigação contratual.

A 1ª reclamada, por sua vez, ao assumir a administração do Hotel Meridien firmou acordo coletivo com o sindicato da categoria profissional, no qual foram mantidas as mesmas condições relativas ao rateio da taxa de serviços anteriores, com a expressa anuência de todos os empregados, inclusive o autor (fls. 227)”.

Diferentemente do que faz crer o reclamante, terminada a vigência da norma coletiva, não tinha mais a reclamada obrigação de acrescentar o percentual de 10% de taxa de serviço nas notas dos clientes. Mas assim o fez, mantendo o rateio na proporcionalidade negociada com o sindicato representativo da categoria profissional do autor.

O que pretende o reclamante, e não pode ser admitido, é que, extinta a



Processo: 01352004420085010034 – RO

vigência do acordo coletivo de trabalho, a reclamada continuasse a cobrar a taxa de serviço, repassando-a integralmente aos empregados. Ou bem se mantém todo o teor da norma, na forma como fora negociada (cobrança dos 10% e rateio de uma parte deste percentual) ou nada se mantém.

Nego provimento.

HORAS EXTRAORDINÁRIAS E INTERVALO PARA REFEIÇÃO E DESCANSO (RECURSO DA PRIMEIRA RECLAMADA - Nolandis-Iberostar)

Constou da sentença, no tocante à condenação da primeira ré ao pagamento de horas extraordinárias (fls. 582/583v):

“Os controles de ponto trazidos aos autos pelas reclamadas são britânicos, em razão disso, presumo verdadeiro o horário indicado na inicial porque não foram produzidas provas em contrário, pelas reclamadas (Súmula 338, III, do Colendo TST.

Assim sendo, faz jus o autor ao pagamento de horas extras que serão calculadas observando-se os seguintes parâmetros:

1) A apuração será feita com base no seguinte horário: 20h30min às 6 horas, de segunda a sexta-feira com 30 minutos de intervalo;

2) Serão extras as horas laboradas após a oitava diária e mais 30 minutos por dia trabalhado relativo à supressão do intervalo.

3) As horas extras serão remuneradas com o percentual de 50%;

4) As horas extras integram o salário pelo valor de cada mês, para o cálculo das seguintes parcelas: RSR, FGTS e indenização de 40% do FGTS;

5) As horas extras e o RSR integram o salário, pela média dos doze meses anteriores ou de duração do contrato, para cálculo das seguintes parcelas: férias + 1/3, 13ºs salários, aviso prévio;

6) Deverão ser excluídos os dias em que o autor não prestou serviços;

7) Deverão ser deduzidos os valores pagos aos mesmos títulos deferidos, desde que a comprovação já conste dos autos”.



Processo: 01352004420085010034 – RO

Insurge-se a primeira reclamada (Nolandis-Iberostar) contra a condenação, alegando não haver o reclamante comprovado, pela prova testemunhal, as alegações constantes da peça inicial, ônus que lhe competia, inclusive no tocante à não concessão integral do intervalo para refeição e descanso.

Sustenta não ter sido possível o autor iniciar seu trabalho às 20h30min pois estariam em plena atividade os empregados do segundo turno, não existindo, assim, necessidade de sua mão-de-obra.

Destaca que não poderia a testemunha afirmar que o autor não usufruía do horário integral para refeição e descanso na medida em que não o via nessas oportunidades.

Aduz haver o reclamante atraído para si o ônus da prova ao requerer a oitiva da testemunha por ele indicada, o que foi ignorado pelo MM. Juízo de origem ao adotar o entendimento contido no item III, da Súmula 338, do C. TST.

Ressalta não haver sido considerado pelo MM. Juízo de origem o fato de o reclamante ter laborado somente cinco dias da semana, não ultrapassando, assim, o módulo semanal de 44 horas.

Com razão, em parte.

À exordial, sustentou o reclamante haver cumprido, de fato, horário de trabalho das 20h30min às 6 horas, em média, com pausa alimentar de, no máximo 30 minutos, de segunda a sexta-feira (fl. 17).

Impugnou o controle de frequência adotado pela reclamada, alegando (fl. 17):

*“O demandante, portanto, era obrigado a consignar nos cartões de ponto a jornada normal (22:00 h às 05:20 h) e, desta forma, ficam, desde já, **IMPUGNADOS**, por não refletirem a verdadeira jornada de trabalho desenvolvida pelo demandante e, ainda, por afrontarem diretamente a Súmula nº 338, III do Colendo TST, verbis (...)”.*

Postulou o pagamento das horas extraordinárias, por não haverem sido remuneradas no curso do contrato de trabalho, deixando de integrá-las no cálculo do RSR, não repercutindo, ainda, nas parcelas contratuais, resilitórias e FGTS (fls. 17 e 28 – itens 9 e 10).

Pleiteou, também, o pagamento, como extra, de 1 hora diária, pela não concessão integral do intervalo para refeição e descanso, bem como os mesmos reflexos (fls. 17 e 28 – itens 11 e 12).

As reclamadas, em contestações autônomas, negaram a prática de labor extraordinário, impugnaram a jornada de trabalho declinada na inicial e sustentaram a idoneidade dos controles de frequência e o horário de trabalho das 22



Processo: 01352004420085010034 – RO

às 5h20min, com intervalo de 1 hora, de segunda a sexta-feira, em escala de 5 x 1 (fls. 92 e 267/271).

Ao reclamante competia o ônus de provar, diante da impugnação aos controles de frequência, não lhe ser permitida a correta marcação do horário de trabalho, por se tratar de fato constitutivo do direito postulado, ex vi da norma inserta no art. 818, da CLT c/c 333, I, do CPC, do qual se desincumbiu.

Apesar de o autor haver impugnado os controles de frequência desde a inicial, o que tornaria desnecessária sua juntada, estes vieram aos autos às fls. 191/204 e 409/467, relativos a todo o período durante o qual perdurou o contrato de trabalho com as rés.

Verifica-se das folhas de ponto, adunadas ao processo, a marcação uniforme, sem exceção, da jornada de trabalho, como alegado desde a inicial, o que os tornaria inválidos como meio de prova, consoante entendimento jurisprudencial predominante no TST, consubstanciado na Súmula 338, III.

No entanto, ao ver desta relatora, a uniformidade dos registros de ponto não levaria, necessariamente, à inversão do ônus da prova.

Para assim se concluir, faz toda diferença serem os registros de ponto marcados mecânica (ou eletronicamente) ou manualmente.

Na primeira hipótese, não haveria dúvida quanto à presunção de inidoneidade dos registros.

Já quando os registros são manuais, como no presente caso, tal não se colocaria, visto não ser da cultura do homem médio brasileiro o registro de mais dois ou menos três minutos. Apenas as raras pessoas de temperamento muito minucioso fariam registro com esse grau de detalhamento (ou, então, empregado que esteja em início de litígio com o empregador).

No presente caso, os registros são manuais e, por conseguinte, há que se considerar que a presunção de veracidade da jornada alegada pelo autor, gerada pela inidoneidade das folhas de ponto, é relativa e encontra limites na verossimilhança das alegações.

Além de verossímil a jornada de trabalho sustentada pelo reclamante, na exordial, quanto ao horário de saída e intervalo intrajornada (saída às 6 horas, em média, com intervalo de 30 minutos), à vista do horário de trabalho contratualmente fixado (saída às 5h20min e intervalo de 1 hora), a testemunha restou por confirmar inidoneidade dos controles de frequência e, bem como no tocante ao elástico da jornada do autor quanto ao seu término (depoimento reduzido a termo às fls. 578/579):

“... que não sabe que horas o reclamante começava a trabalhar, mas quando chegava ainda o encontrava e ele saía por volta de 7:15/7:20h; que não poderia anotar [anotar] corretamente o



Processo: 01352004420085010034 – RO
horário de saída na folha de frequência, que era obrigado a anotar a saída às 15:20h; ...”.

O mesmo não se pode concluir quanto ao horário de entrada.

Alegou o reclamante, na exordial, iniciar sua jornada às 20h30min e terminar às 6 horas e, em depoimento pessoal, declarou o mesmo horário de entrada e saída às 7 horas.

Declarou a testemunha anotar corretamente seu horário de entrada (7 horas) e não presenciar o início da jornada de trabalho do autor.

O horário de entrada do autor, portanto, não pode ser mantido como na sentença, ou seja, às 20h30min. Se correta a anotação do início da jornada e não presenciando a testemunha o horário de entrada do reclamante, o início da jornada do autor deve ser aquele fixado contratualmente, às 22 horas.

Não prospera, por fim, a alegação recursal no sentido de não haver sido considerado pelo MM. Juízo de origem o fato de o reclamante ter laborado somente cinco dias da semana, não ultrapassando, assim, o módulo semanal de 44 horas.

Isto porque não resta demonstrado nos autos haverem as partes celebrado acordo de compensação, para a hipótese de elástico da jornada de segunda a sexta-feira para compensar a ausência de labor em um dia do fim-de-semana, além da folga semanal.

Ademais, as rés, em defesa, sustentaram haver laborado o autor em escala de 5 x 1, não se cogitando, dessa forma, do módulo semanal de 44 horas.

Dou parcial provimento, para reformar a sentença e fixar o horário de entrada às 22 horas.

CONCLUSÃO

Conheço dos recursos e, no mérito, nego provimento ao do reclamante e dou parcial provimento ao da reclamada, para reformar a sentença e fixar o horário de entrada às 22 horas.

A C O R D A M os Desembargadores que compõem a Quarta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, por maioria, conhecer dos recursos e, no mérito, negar provimento ao do reclamante e dar parcial provimento ao da reclamada, para reformar a sentença e fixar o horário de entrada às 22 horas. Vencido o Desembargador Damir Vrcibradic.

Rio de Janeiro, 18 de janeiro de 2011.

ANGELA FIORENCIO SOARES DA CUNHA
Juíza Relatora