



PROCESSO: 0113100-80.2008.5.01.0039 – RTOOrd

ACÓRDÃO

7ª TURMA

RECURSO ORDINÁRIO. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. JORNADA DE TRABALHO. ÔNUS DA PROVA. A teor do § 2º, do art. 74, da CLT, o *onus probandi* da jornada de trabalho cabe, via de regra, ao empregador, o que refoge à sistemática estabelecida pelos artigos 818, da CLT e 333, do CPC, salvo quando aquele demonstra empregar menos de dez trabalhadores.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Recurso Ordinário nº **TRT-RO-0113100-80.2008.5.01.0039**, em que são partes: **SENDAS DISTRIBUIDORA S.A.**, como Recorrente e **IGOR DA SILVA TRAJANO**, como Recorrido.

I - RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário interposto pela reclamada, às fls. 113/126, contra a r. sentença de fls. 101/105, da 39ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, proferida pelo MM. Juiz Evandro Lorega Guimarães, que julgou procedente em parte o pedido, complementada pela decisão dos embargos de declaração de fls. 131. Pretende a parte recorrente a reforma do julgado pelas razões de fato e de direito por ela articuladas.

Contrarrazões do reclamante às fls. 136/139, defendendo a manutenção do julgado.

Os autos não foram remetidos à d. Procuradoria do Trabalho, por não ser hipótese de intervenção legal (Lei Complementar nº 75/1993) e/ou das situações arroladas no Ofício PRT/1ª Região nº



PROCESSO: 0113100-80.2008.5.01.0039 – RTOrd

27/08-GAB, de 15/01/2008.

É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

II.1 - CONHECIMENTO.

Por preenchidos os requisitos legais de admissibilidade, conheço do recurso interposto.

II.2 - MÉRITO.

A. HORAS EXTRAORDINÁRIAS E REFLEXOS. DOMINGOS E FERIADOS.

Em resumo, alega a recorrente que: é do reclamante o ônus de provar suas alegações quanto à jornada de trabalho declinada na inicial; não é possível que a sentença venha presumir a jornada declinada na exordial por não ter a reclamada cumprido uma determinação de natureza administrativa (artigo 74, da CLT); o recorrido não apresentou qualquer prova apontando diferenças de horas extraordinárias; as normas coletivas aplicáveis às partes, a partir de 2000, permitem a utilização de regime de compensação horária; seja aplicada a Súmula nº 85, do c. TST.

A r. sentença julgou procedente em parte o pedido de pagamento de horas extraordinárias, considerando verdadeira a jornada indicada na inicial no período em que não foram trazidos os controles de frequência.

A teor do § 2º, do art. 74, da CLT, o *onus probandi* da jornada de trabalho cabe, via de regra, ao empregador, o que refoge à sistemática estabelecida pelos artigos 818, da CLT e 333, do CPC, salvo quando aquele demonstra empregar menos de dez trabalhadores.

Conforme a Súmula nº 338, do c. TST, a não juntada da totalidade dos controles de frequência pela empresa que conta com mais de 10 (dez) empregados enseja presunção de veracidade da



PROCESSO: 0113100-80.2008.5.01.0039 – RTOrd

jornada declinada pela parte autora nos períodos em que inexistiu o citado controle de frequência.

Acresce que, *in casu*, consta da notificação de fls. 24 (item “4”) expressa determinação para apresentação dos controles de frequência, sob as penas da lei (art. 355 c/c art. 359 e incisos, do CPC).

Com efeito, o art. 359, *caput* e seu inciso I, do CPC, são claros no sentido de que o juiz deve admitir como verdadeiros os fatos que, por meio dos documentos, a parte pretendia provar, se o requerido não efetuar a exibição, nem fizer qualquer declaração no prazo do art. 357, do CPC.

De acordo com a regra processual em vigor, quando não apresentada, em tempo hábil, justificativa para o não atendimento do comando de exibição do magistrado que preside a instrução, a consequência será a admissão de veracidade do fato que se pretendia provar por intermédio dos documentos omitidos (CPC, art. 359, I).

Do mencionado encargo processual não se desincumbiu, haja vista que a reclamada, ora recorrente, não trouxe aos autos os controles de ponto do reclamante, prevalecendo, portanto, a jornada afirmada na inicial.

Assim, correta a sentença que deferiu o pleito de horas extraordinárias.

Por habituais, as horas extraordinárias integram o salário para o cálculo do 13º salário; das férias acrescidas do terço constitucional; do FGTS + 40%; do repouso semanal remunerado e do aviso-prévio.

Registro, ainda, que a inexistência nos autos da norma coletiva que estabeleceu o acordo de compensação e do próprio acordo de compensação firmado pelo reclamante, afasta a aplicação da Súmula nº 85, do c. TST.

Por fim, diversamente do que afirma a ré, as horas



PROCESSO: 0113100-80.2008.5.01.0039 – RTOrd

extraordinárias geram reflexos em aviso-prévio, férias acrescidas de 1/3; 13º salário e no FGTS + 40%.

Inexiste qualquer violação ao artigo 5º, II, da CRFB.

Correta, portanto, a r. sentença que condenou a reclamada no pagamento de horas extraordinárias e reflexos.

B. MULTA DO ARTIGO 477, DA CLT.

Alega a recorrente, em suma, que: não deve prosperar a condenação e pagamento da multa prevista no artigo 477, da CLT; o recorrido foi quem deu causa à extinção do contrato, pedindo demissão.

A decisão guerreada julgou procedente a pretensão autoral, ao fundamento de que a reclamada não fez prova do pagamento das verbas resilitórias.

De fato, o pagamento da multa prevista no § 8º, do art. 477, da CLT, por ser uma penalidade, deve ser interpretado restritivamente. Portanto, o pagamento a menor de verbas trabalhistas não enseja a aplicação da multa em apreço.

Tendo em vista que a dispensa do reclamante se deu de forma imotivada e inexistindo, nos autos, prova de que o pagamento das verbas decorrentes do distrato se deu dentro do prazo previsto no artigo 477, da CLT, procede a pretensão autoral.

Destarte, afigura correta a conclusão exposta na origem que determinou o pagamento da multa em análise.

C. MULTA DO ARTIGO 467, DA CLT.

Sustenta a recorrente, em suma, que a multa prevista no artigo 467, da CLT, é indevida.

A decisão de origem julgou procedente em parte a pretensão autoral, sob o fundamento de que o acréscimo previsto no art. 467, da CLT, tem cabimento, *in casu*, em razão de as verbas resilitórias não terem sido quitadas, restritas, no entanto, às reconhecidas, sem a integração das horas extraordinárias, quais sejam: gratificação natalina



PROCESSO: 0113100-80.2008.5.01.0039 – RTOOrd

e férias indenizadas.

O reclamante sustenta, em sua peça de ingresso, que foi dispensado por justa causa (fls. 05), enquanto que a reclamada, em sua contestação (fls. 40), alega que o reclamante pediu demissão, fato reconhecido na sentença.

Desta forma, correto o julgado, quando restringe a incidência da sanção em exame aos direitos incontroversamente devidos, sendo certo que a mera negativa de débito relativo a pagamento de férias e 13º salário proporcionais não gera controvérsia jurídica, única apta a elidir a incidência do artigo 467, da CLT, da consolidação.

A iniciativa do distrato, por óbvio, não gera qualquer dúvida acerca do débito do ore recorrente.

Mantenho, pois, o julgado.

D. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Inexiste interesse recursal da reclamada, uma vez que o pleito de honorários advocatícios foi indeferido pelo julgador de origem, como se verifica nos parágrafos segundo e terceiro de fls. 104.

III - D I S P O S I T I V O

ACORDAM os Desembargadores que compõem a 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso interposto pela reclamada.

Rio de Janeiro, 9 de fevereiro de 2011.

Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha
Relator