



ACÓRDÃO
0000531-89.2012.5.04.0241 RO

Fl. 1

DESEMBARGADOR JURACI GALVÃO JÚNIOR
Órgão Julgador: 8ª Turma

Recorrente: DROGARIA MAIS ECONOMICA S.A. - Adv. Daniel
Martins Boulos
Recorrente: ELISÂNGELA DA SILVA BORGES - Adv. Lucas da
Silva Barbosa
Recorrido: OS MESMOS
Origem: Vara do Trabalho de Alvorada
**Prolator da
Sentença:** JUIZ ROBERTO TEIXEIRA SIEGMANN

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. RESCISÃO DO CONTRATO. ABANDONO DE EMPREGO. Não configurado o *animus abandonandi* da reclamante, tem-se que o rompimento do contrato se deu de forma imotivada. Apelo não provido. **HORAS EXTRAS. CARGO DE GESTÃO.** O conjunto probatório não demonstra a existência de *fidúcia especial*, nem de percepção de salário diferenciado, de modo a aplicar-se a hipótese do art. 62, inciso II, da CLT. Recurso não provido. **ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.** A exposição a produtos de limpeza como detergente, alvejante, desengraxante, sem o uso de EPI adequado, autoriza o enquadramento da atividade realizada dentre aquelas alcançadas pelo Anexo nº 13 da NR-15 da Portaria nº 3214/78 do MTb. Apelo negado. **RECURSO ADESIVO DA RECLAMANTE. DANO EXISTENCIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA.** O trabalho em jornadas extensas não é apto a ensejar a indenização por dano existencial, sendo devida, tão somente, a reparação patrimonial, consubstanciada no pagamento das horas extras realizadas. Recurso negado.



ACÓRDÃO
0000531-89.2012.5.04.0241 RO

Fl. 2

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: preliminarmente, por unanimidade, rejeitar o pedido de aplicação da pena de litigância de má-fé à reclamante, arguido em contrarrazões pela reclamada. No mérito, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário da reclamada. Por maioria, vencido em parte o Exmo. Des. João Paulo Lucena, negar provimento ao recurso adesivo da reclamante.

Intime-se.

Porto Alegre, 27 de março de 2014 (quinta-feira).

RELATÓRIO

Inconformadas com a sentença que julgou procedentes em parte os pedidos da inicial (fls. 268/276, complementada à fl. 288), a reclamada interpõe recurso ordinário às fls. 291/295 e a reclamante, recurso adesivo às fls. 313/319.

A reclamada volta-se contra os seguintes itens da condenação: nulidade da justa causa e indenizações correspondentes, horas extras, adicional de insalubridade, valores descontados e multa do art. 477 da CLT.

A reclamante requer o pagamento de indenização por danos morais e do adicional de quebra de caixa.



ACÓRDÃO
0000531-89.2012.5.04.0241 RO

Fl. 3

As partes apresentaram contrarrazões (fls. 301/311 e 322/324), nas quais a reclamada requer a aplicação da pena por litigância de má-fé à reclamante.

É o relatório.

V O T O

DESEMBARGADOR JURACI GALVÃO JÚNIOR (RELATOR):

1. PRELIMINARMENTE.

1.1. CONTRARRAZÕES DA RECLAMADA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.

Em suas contrarrazões, a reclamada requer a aplicação da pena por litigância de má-fé à reclamante.

Rejeita-se a arguição de litigância de má-fé formulada pela reclamada, em contrarrazões, pois a reclamante não se enquadra em qualquer das hipóteses do artigo 17 do CPC.

Veja-se que a reclamada confunde atuação no processo com má-fé com o regular exercício do direito de deduzir uma pretensão em juízo. De fato, a reclamante, em suas razões recursais, apenas insurge-se contra a sentença em pontos que considera equivocados, não havendo falar em má-fé.

Portanto, indefiro o requerimento da reclamada arguido em contrarrazões ao recurso adesivo da reclamante.

2. MÉRITO.

2.1. RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA.

2.1.1. DA JUSTA CAUSA E DAS INDENIZAÇÕES



ACÓRDÃO
0000531-89.2012.5.04.0241 RO

Fl. 4

CORRESPONDENTES.

A sentença julgou procedente o pedido da reclamante de reconhecimento da despedida imotivada e condenou a reclamada ao pagamento das verbas rescisórias correspondentes, sob o argumento de que o abandono de emprego alegado pela reclamada deveria ser comprovado pela empregadora de forma robusta, o que não ocorreu nos autos.

A reclamada, inconformada com a decisão de primeiro grau, alega que os documentos trazidos aos autos comprovam que a reclamante abandonou o emprego. Afirma que a falta grave decorreu da reiteração das faltas injustificadas. Pugna pela reforma da sentença, para que seja mantida a justa causa aplicada.

Analiso.

Nos termos do art. 482 da CLT, constitui justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador, dentre outros, o abandono de emprego. Não obstante, considerando o princípio da continuidade da relação de emprego, incumbe ao empregador a prova dos fatos que ensejaram a despedida por justa causa.

No caso do abandono de emprego, previsto na alínea 'i' do art. 482 da CLT, dois elementos devem ser comprovados para configuração da justa causa: o efetivo afastamento do trabalho e a intenção do empregado de romper o vínculo.

A Súmula nº 32 do TST prevê que o lapso temporal a ser considerado no elemento objetivo da falta em questão é de 30 dias, os quais devem ser contados a partir da notificação para comparecimento, a ser expedida pelo empregador ao empregado. Na hipótese dos autos, a reclamada sequer



ACÓRDÃO
0000531-89.2012.5.04.0241 RO

Fl. 5

expediu tal notificação para que a autora comparecesse ao emprego.

Da análise do depoimento do preposto da ré (fls. 225/226), verifica-se que tanto os superiores hierárquicos da reclamante, quanto o departamento de recursos humanos da recorrente tinham conhecimento acerca da ausência da reclamante ao trabalho, contudo, ainda assim, quedaram-se inertes, deixando, conforme referido em sentença, que a situação da reclamante se perpetrasse no tempo, sequer tendo providenciado a extinção do contrato de trabalho, ainda que por justa causa.

Além disso, não há elementos suficientes nos autos a comprovar a intenção da empregada de não mais retornar ao trabalho.

A reclamante, em depoimento pessoal (fls. 224/225), afirma que *"deixou de trabalhar na reclamada porque foi desligada pelo Sr. Gilquei, o qual era diretor da empresa, a quem o supervisor antes citado se reportava; que a depoente acredita que foi dispensada da reclamada porque o irmão da depoente também laborava na empresa, em cargo de direção, tendo sido dispensado; (...) que a depoente foi dispensada em um sexta-feira, viajou no sábado e começou a laborar no novo emprego no dia 16/04/2012; que a depoente não tinha tal proposta de emprego antes de ser dispensada pela reclamada, sendo que ao assumir o novo emprego inclusive teve que deixar de amamentar sua filha pequena"*.

O ônus de prova da despedida por justa causa é da empregadora, pois se trata de um caso impeditivo do direito do autor, nos termos do art. 333, inc. II, do CPC; entretanto, não logrou a reclamada comprovar suas alegações.

Apelo improvido.



ACÓRDÃO
0000531-89.2012.5.04.0241 RO

Fl. 6

2.1.2. DAS HORAS EXTRAS. ART. 62, II, CLT.

A reclamada insurge-se contra a sentença, alegando que restou incontroverso que a autora ocupou o cargo de gerente. Refere que a prova testemunhal demonstra que a reclamante não era equiparada aos demais empregados, sendo responsável por contratar, demitir, comandar equipe de trabalho a ela subordinada e determinar as atividades a serem cumpridas. Colaciona jurisprudência. Sustenta que inexistente qualquer controle ou fiscalização da jornada de trabalho da reclamante do período em que foi gerente, nos termos do art. 62, II, da CLT, configurando-a como exercente de cargo de confiança, não fazendo jus, portanto, à remuneração a título de jornada extraordinária.

Ao exame.

A exclusão da jornada de trabalho prevista no Capítulo II, Seção II, da CLT compreende *os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial*, conforme dispõe o inciso II do art. 62 do diploma consolidado.

Sendo assim, da leitura do artigo acima transcrito, possível aferir que os empregados em questão devem exercer cargos de gestão equiparados aos diretores e chefes da empresa, o que não corresponde ao cargo ocupado pela autora.

A reclamante, em depoimento pessoal, refere que *"se repostava, em todas as filiais em que laborou, ao supervisor; que o supervisor visitava cerca de 10 lojas que estavam sob sua supervisão; que a depoente entrevistava os candidatos à admissão e podia sugerir o desligamento de empregados da*



ACÓRDÃO
0000531-89.2012.5.04.0241 RO

Fl. 7

filial, mas quem decidia acerca da admissão e demissão de empregados era o supervisor" (fls. 224/225).

A primeira testemunha da reclamante afirmou que "a reclamante era gerente da loja; que as tarefas rotineiras da reclamante era dar assistência do balcão, abertura da loja, ser responsável pela loja e também dividir as tarefas quando não havia faxineira na loja; (...) que quando o depoente começou a trabalhar na reclamada, foi entrevistado pela reclamante, sendo que a reclamante comentou que teria que aguardar a autorização de seu superior hierárquico para a admissão do depoente; (...) que as demissões de empregados da loja vinham 'do superior', sendo apenas comunicadas ao empregado pela reclamante" (fls. 227/228).

A segunda testemunha da autora disse que "as tarefas rotineiras da reclamante era auxiliar nas vendas, ajudar na organização e na limpeza da loja, fazer a abertura da loja e muitas vezes também o fechamento da loja; (...) que os gerentes de loja entrevistam candidatos à admissão, mas quem decide acerca do empregado a ser admitido é a coordenação, assim como na demissão, situação em que o gerente liga para a coordenação e esta decide acerca da demissão ou não do empregado; (...) que as chaves de cada loja ficavam com os gerentes; que na falta de um dos gerentes, o outro gerente da loja fazia a abertura da loja; que a praxe é de que houvesse, diariamente, 2 gerentes em cada loja" (fls. 228/230).

Desta forma, tem-se que, em que pese seja incontroverso o exercício do cargo de gerente pela reclamante, a reclamada não comprovou que tal se tratava de cargo de gestão, na forma referida pelo art. 62, II, da CLT, pois as testemunhas referem que a autora era subordinada ao supervisor,



ACÓRDÃO
0000531-89.2012.5.04.0241 RO

Fl. 8

sequer possuindo poderes para admitir e despedir empregados.

De outra sorte, outro requisito essencial para a não aplicação da jornada legal diz respeito à superioridade de remuneração, segundo previsão do parágrafo único do art. 62 da CLT: *O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento).* Todavia, tal requisito também não restou comprovado pela reclamada, consoante demonstrativos de pagamento de fls. 100/137.

Assim, não há que se falar em aplicação do art. 62, II, da CLT, sendo devido à obreira o pagamento das horas extras conforme determinado na origem.

No mesmo sentido, há outros julgados deste Tribunal, inclusive desta Turma julgadora, quanto ao tema:

CARGO DE CONFIANÇA. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO INC. II DO ART. 62 DA CLT. Inexistindo gratificação de função nos moldes do estatuído no parágrafo único do aludido dispositivo legal, não há falar em exercício de cargo de confiança que dispense a reclamada da observância das normas pertinentes à duração do trabalho contidas na CLT. (TRT da 4ª Região, 8a. Turma, 0000433-33.2011.5.04.0761 RO, em 08/11/2012, Desembargadora Lucia Ehrenbrink - Relatora. Participaram do julgamento: Desembargador Juraci Galvão Júnior, Juíza Convocada Angela Rosi Almeida Chapper)

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. HORAS EXTRAS.



ACÓRDÃO
0000531-89.2012.5.04.0241 RO

Fl. 9

CARGO DE CONFIANÇA. CHEFE DE SEÇÃO. ART. 62, II, DA CLT. Para a caracterização do cargo de confiança enquadrável na exceção do art. 62, II, da CLT, é indispensável que ao empregado sejam conferidos amplos poderes de mando e de gestão, pois se trata de dispositivo que deve ser interpretado da forma mais restritiva possível, sob pena de ofensa à garantia constitucional de limitação da duração do trabalho a todos os trabalhadores (CF, art. 7º, XIII). Não demonstrando a reclamada possuir o reclamante esses poderes, mantém-se a sentença que reputou inaplicável o referido dispositivo, deferindo o pagamento de horas extras. Recurso desprovido. (TRT da 4ª Região, 8a. Turma, 0000102-59.2010.5.04.0026 RO, em 04/08/2011, Juiz Convocado Wilson Carvalho Dias - Relator. Participaram do julgamento: Desembargador Denis Marcelo de Lima Molarinho, Juíza Convocada Maria Madalena Telesca)

Apelo negado.

2.1.3. DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.

A reclamada não se conforma com a condenação ao pagamento de adicional de insalubridade pelo contato com agentes insalubres do tipo álcalis cáusticos em razão do manuseio de produtos de limpeza. Alega se tratar de empresa varejista no ramo de vendas e revenda de remédios, de forma que o local de prestação de serviços sempre foi isento de agentes nocivos à saúde, nada sendo devido à autora a título de adicional de insalubridade.

Examino.



ACÓRDÃO

0000531-89.2012.5.04.0241 RO

Fl. 10

O Magistrado de origem condenou a reclamada ao pagamento de "adicional de insalubridade em grau médio, calculado sobre o salário mínimo, com reflexos em horas extras, décimo terceiro salários, férias com um terço, aviso prévio e FGTS com multa de 40%".

A prova pericial (fls. 177/182) constatou que a reclamante, conforme o rol de funções por ela informado, quando na função de Gerente, efetuava *"a faxina nas prateleiras, removendo os produtos, e do chão, utilizando sabonete líquido, q-boia, pano (atadura, jaleco velho, ou outro), bruxa, balde e água. Eventualmente realizou a limpeza de banheiro, esta atividade em alguns períodos, em que teve a auxiliar de limpeza, foi realizada pela auxiliar de limpeza e no restante pelos demais trabalhadores. Informou ainda a Autora que a loja tem três turnos (manhã, tarde e noite), que seu turno gerencial era diferenciado e de aproximadamente 10 horas, que recebia uma vez por mês um litro de clorofina e detergente minuano (pinho perfumado)"*.

O expert refere que *"Analisando as informações da Autora, ao realizar as atividades de limpeza do chão da loja e prateleiras, sem proteção adequada, onde era empregado, sabonete líquido, detergente minuano (ácido dodecil benzeno sulfônico, nonil fenol etoxilado, alcalinizante, coadjuvante, butil glicol, álcool etílico, fragrância e água), q-boia (hipoclorito de sódio, hidróxido de sódio e água) e clorofina (hipoclorito de sódio, hidróxido de sódio e água), cáusticos que são, esteve a Autora exposta a agente potencialmente danoso a sua integridade física caracterizando as atividades como insalubres em grau médio conforme o exposto na NR-15 em seu Anexo Nº 13".* Por outro lado, esclarece que *"A limpeza do banheiro a Autora realizou eventualmente, assim não há*



ACÓRDÃO
0000531-89.2012.5.04.0241 RO

Fl. 11

caracterização de insalubridade por este agente, nos termos do exposto no Anexo N° 14 da NR-15. Da mesma forma não há caracterização de insalubridade em fechar o saquinho de lixo e colocá-lo na lixeira".

Em conclusão, o perito técnico assim se manifestou: "*Depois de avaliar as atividades e condições em que laborou A Sr.ª Elisangela da Silva Borges para o Reclamado é meu parecer que, prevalecendo as informações da Autora, há caracterização de insalubridade em grau médio (item 6.2), durante todo o período, com exceção do período de gestante".*

A prova oral produzida no feito confirmou as alegações da autora quanto às atividades de limpeza da loja, no seguinte sentido:

"que quando não havia funcionária específica para a limpeza, todos os funcionários da loja se revezavam para fazer a limpeza de diferentes partes da loja, inclusive do banheiro e da caixa de gordura; que não havia empregados que não participassem de tal revezamento; que a limpeza era feita quando da abertura da loja, a tarde e também a noite, antes de irem embora;"
(depoimento da primeira testemunha da reclamante)

"que mesmo quando havia auxiliar de limpeza, sempre tiveram que realizar tarefas de limpeza, já que ao final do dia deixavam tudo organizado para o dia seguinte, fazendo inclusive a limpeza da cozinha e do banheiro; que faziam uma 'escalinha' para a realização da limpeza, da qual participavam todos os empregados da loja, inclusive gerentes; (...) que na arrumação da loja, ao final do dia, retiravam o lixo; que não havia luvas para a realização da limpeza, ao que recorda a depoente; que para



ACÓRDÃO

0000531-89.2012.5.04.0241 RO

Fl. 12

fazer a limpeza, usavam detergente, álcool, pinho e alvex para limpar o banheiro; que, em média, a depoente fazia a limpeza uma vez por semana, no mínimo, o mesmo ocorrendo com a reclamante já que participavam de um rodízio para a realização da limpeza; que a escala para a limpeza era feita de comum acordo entre os empregados da loja" (depoimento da segunda testemunha da reclamante)

Assim, por decorrência do contido no Anexo 13 da NR-15 da Portaria 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, que considera insalubres em grau médio as atividades em que há manuseio de álcalis cáusticos, e inexistindo, nos autos, qualquer elemento probatório que relativize as conclusões do perito, tem-se por comprovada a existência de insalubridade, em grau médio, nas atividades laborais da autora, durante todo o contrato, à exceção do período de gestação.

No que respeita ao fornecimento de equipamentos de proteção, embora alegado pela reclamada, não há prova nos autos neste sentido, tendo o perito anotado literalmente o não fornecimento à trabalhadora de EPIs.

Pelas razões expendidas, considerando a análise de todas as circunstâncias que envolviam o trabalho, bem como a comprovação das atividades alegadas pela obreira, mantém-se a sentença de origem que conclui que a autora faz jus ao adicional de insalubridade em grau médio pelo contato com álcalis cáusticos em função de suas tarefas de limpeza.

Nego provimento.

2.1.4. DOS VALORES DESCONTADOS.

A reclamada não se conforma com a condenação à devolução dos



ACÓRDÃO
0000531-89.2012.5.04.0241 RO

Fl. 13

descontos efetivados sob a rubrica "adiantamentos especiais". Refere que a autora nunca sofreu descontos indevidos em seus rendimentos, pois os descontos efetuados referiam-se a adiantamentos de salário, expressamente autorizados por lei.

Sem razão.

O Magistrado de origem assim decidiu a questão:

A reclamante alega que a ré descontava indevidamente de seus salários valores decorrentes das faltas nos caixas da loja. Os descontos eram efetuados nos contracheques da reclamada sob a rubrica "adiantamento especial". Afirmo que já recebia adiantamento quinzenal o qual efetivamente trata-se de adiantamento salarial. Requer a devolução dos valores descontados a título de adiantamento especial. Postula, ainda, o pagamento do adicional de quebra de caixa previsto nas normas coletivas.

A reclamada alega que como empregada a reclamante tem o direito de comprar medicamentos a preços mais acessíveis. Afirmo que tais descontos são referentes as compras que são efetuadas pela reclamante na loja que trabalha sempre descontados com a sua autorização, feita a através de vale, nada sendo devido à reclamante. Quanto ao adicional de quebra de caixa aduz que a reclamante não tem direito uma vez que não exercia a função de caixa operadora.

Analiso.



ACÓRDÃO

0000531-89.2012.5.04.0241 RO

Fl. 14

Ao alegar a reclamada que os descontos realizados a título de adiantamentos especiais referem-se à compra de mercadorias, atraiu a ré para si o ônus de comprovar sua alegação, nos termos do artigo 818 da CLT, por ser fato modificativo do direito da reclamante.

Não verifico nos autos qualquer autorização, recibo ou mesmo vale assinado pela reclamante referente a compra de mercadoria alegadas pela reclamada. Dessa forma, não havendo autorização para os descontos efetuados a título de adiantamento especiais, em que pese a alegação da ré neste sentido, determino que a reclamada proceda no ressarcimento dos valores descontado a este título.

Da análise da decisão recorrida, verifica-se que a matéria objeto da demanda diz respeito tão somente aos adiantamentos especiais descontados do salário da obreira, sequer havendo pedido de ressarcimento de valores descontados a título de adiantamento salarial. Assim, a questão objeto de julgamento restringe-se aos adiantamentos especiais, conforme limites da lide fixados pela autora na exordial.

Conforme o disposto no art. 462 da CLT, são considerados lícitos os descontos salariais decorrentes de adiantamentos, de dispositivos de lei e de contrato coletivo. Ainda, sobre a matéria, refiro textualmente o entendimento contido na Súmula 342 do TST:

DESCONTOS SALARIAIS. ART. 462 DA CLT. Descontos salariais efetuados pelo empregador, com a autorização prévia e por escrito do empregado, para ser integrado em planos de



ACÓRDÃO
0000531-89.2012.5.04.0241 RO

Fl. 15

assistência odontológica, médico-hospitalar, de seguro, de previdência privada, ou de entidade cooperativa, cultural ou recreativo associativa de seus trabalhadores, em seu benefício e de seus dependentes, não afrontam o disposto no art. 462 da CLT, salvo se ficar demonstrada a existência de coação ou de outro defeito que vicie o ato jurídico.

Na hipótese presente, não vieram aos autos quaisquer autorizações de descontos salariais. Desta forma, a inexistência de autorização da reclamante para os descontos efetuados a título de "adiantamentos especiais" autoriza a manutenção da sentença, mormente quando considerada a inexistência de quaisquer provas acerca da compra de mercadorias pela reclamante.

Nego provimento.

2.1.5. DA MULTA DO ART. 477 DA CLT.

Refere a reclamada que a multa do art. 477 da CLT é inaplicável ao caso concreto, já que as verbas rescisórias somente foram reconhecidas em juízo, ante a reversão da justa causa aplicada.

Sem razão.

Consoante item precedente, a sentença que reverteu a justa causa aplicada pela ré foi mantida, razão pela qual devidas verbas rescisórias à reclamante, as quais não foram pagas no prazo do art. 477, § 6º da CLT, dando ensejo a aplicação da multa prevista no § 8º do mesmo dispositivo legal.

Nego provimento.



ACÓRDÃO

0000531-89.2012.5.04.0241 RO

Fl. 16

2.2. RECURSO ADESIVO DA RECLAMANTE.

2.2.1. DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.

A autora reitera o pedido de pagamento de indenização por dano moral existencial. Alega que exercia jornada de trabalho extensa, sem que a reclamada adimplisse corretamente as horas extras realizadas. Refere que laborava aproximadamente 10 horas diárias, durante 7 dias corridos, sem qualquer folga, fato este comprovado pela prova oral. Afirma que tal jornada ocasionou dano ao seu convívio familiar, à sua saúde, dignidade e aos seus projetos de vida. Colaciona jurisprudência. Requer a condenação da reclamada ao pagamento de indenização por danos morais em valor não inferior a R\$ 20.000,00.

A sentença rejeitou o pedido afirmando que "Não há nos autos qualquer indício que possa dar amparo à pretensão da reclamante. Não restou demonstrado pela autora ter sofrido qualquer abalo de ordem moral em face do trabalho realizado para a reclamada. Não há prova robusta da ocorrência do alegado comprometimento mental da reclamante. Friso que sequer há a alegação de ter sofrido humilhações ou situação vexatória ou mesmo que tenha sido coagida a realizar a jornada de trabalho reconhecida na presente decisão. No aspecto é importante referir que a pretensão de dano moral da reclamante está afeta à realização de horas extras, sendo esta já analisada no item 02 dos fundamentos".

Analisa-se.

Com origem na doutrina civilista italiana, o dano existencial não se confunde com o dano moral, biológico, estético e material. Ilustra-se tal conceituação nas palavras de Hidemberg Alves da Frota e Fernanda Leite Bião:



ACÓRDÃO
0000531-89.2012.5.04.0241 RO

Fl. 17

"o dano existencial implica um não fazer concerne ao impedimento da pessoa natural "continuar a desenvolver uma atividade que lhe dava prazer e realização pessoal" (...)

Citando Flaviana Rampazzo Soares, os autores referem que:

"o dano existencial na qualidade de dano juridicamente relevante a respeito de ofensas - não enquadráveis em danos patrimoniais ou em danos biológicos, em sentido estrito - deságuam na renúncia involuntária às atividades cotidianas de qualquer gênero. (...) Influenciado tanto pela construção jurídica italiana do dano existencial quanto por precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos relativos a dano ao projeto de vida, Júlio César Bebber vê no cerne do dano existencial o dano ao projeto de vida. (...) Bebber situa na esfera do dano existencial as ofensas a bens jurídicos (ou seja, os danos injustos e, portanto, indenizáveis) suscetíveis de constatação objetiva, prejudiciais à liberdade de escolha e frustratórios ao projeto de vida que a pessoa elaborou para sua realização como ser humano (...) Enquanto os danos morais propriamente ditos dizem respeito à questão subjetiva do sofrimento psicológico de monta, o dano existencial se reporta ao aspecto objetivo, pertinente ao cerceamento da liberdade do indivíduo de exercitar atividade relevante à sua satisfação pessoal como ser-no-mundo-com-os-outros." (DA FROTA, Hidemberg Alves e BIÃO, Fernanda Leite. A Dimensão existencial da pessoa humana, o dano existencial e o dano ao projeto de vida: reflexões à luz do direito comparado. Revista Forense: Rio de Janeiro, v.106,



ACÓRDÃO
0000531-89.2012.5.04.0241 RO

Fl. 18

n.411, out 2010, p. 97-131.)

Alguns escassos julgados deste Tribunal têm albergado a tese da existência do chamado "dano existencial", notadamente em relação à realização pelo empregado de excessiva jornada de trabalho, em inobservância aos limites constitucionais impostos pelo art. 7º, inc. XVIII. Entretanto, o caso em tela não permite chegar à mesma conclusão.

Consoante decidido em primeiro grau, a jornada de trabalho da autora foi arbitrada *"como sendo das 8h até às 20h, de segunda-feira à sábado, com intervalo para descanso e alimentação de uma hora. Considero, ainda, que a reclamante trabalhava em dois domingos por mês, sem compensação e por três feridos por anos de trabalho. Quanto aos domingos e feriados arbitro a jornada com sendo das 8h às 16h com uma hora de intervalo"*.

Da situação fática, não se pode apreender que a autora tenha sofrido o dano existencial alegado. A jornada de trabalho arbitrada, ainda que superados os limites impostos pelo Direito, não é capaz de, por si só, frustrar os interesses e projetos de vida da empregada. Além disso, a reclamante não logrou êxito em comprovar ter sofrido dano da magnitude alegada, apto a ensejar reparação.

Desta feita, ante à ausência de elementos probatórios bastantes para a configuração do chamado "dano existencial", mantém-se a sentença e nega-se provimento ao recurso da autora.

2.2.2. DO ADICIONAL DE QUEBRA DE CAIXA.

A instância de origem indefere o pagamento da parcela quebra de caixa, ao fundamento de que ela é destinada exclusivamente aos empregados



ACÓRDÃO
0000531-89.2012.5.04.0241 RO

Fl. 19

exercentes desta função, hipótese não contemplada pela reclamante, que trabalhou como gerente.

A reclamante assevera que, entre outras tarefas, também era responsável pelo caixa, situação que lhe ampara o deferimento do pedido, principalmente porque comprovada a realização da tarefa pela prova oral produzida no feito.

Examino.

Dispõe a cláusula décima sexta da Convenção Coletiva de Trabalho 2010/2011 (fl. 09), repetida na CCT 2011/2012 (fls. 15v/16): *"Os empregados que exerçam a função de caixa ou equivalente, perceberão um adicional no valor de 10% (dez por cento) do salário efetivamente percebido a título de quebra-de-caixa, ficando ajustado que ditos valores não farão parte integrante do salário para qualquer efeito legal"*.

A leitura da norma coletiva revela que a intenção das partes foi beneficiar o empregado que exerce a função de caixa com a gratificação pretendida pela recorrente, em virtude de possíveis equívocos na contagem do numerário. Considerando-se que as normas coletivas instituem direitos trabalhistas não previstos em lei, sua interpretação tem que ser restritiva, conforme os termos do art. 114 do Código Civil, *in verbis*: *Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente*.

Desta forma, não encontra amparo a pretensão da autora, porque estava ela investida na função de gerente, cujo conteúdo ocupacional, incluída a prestação de serviço no caixa, é remunerada por gratificação diversa da pretendida.



ACÓRDÃO
0000531-89.2012.5.04.0241 RO

FI. 20

Provimento negado.

DESEMBARGADOR FRANCISCO ROSSAL DE ARAÚJO:

Acompanho o voto do Relator.

DESEMBARGADOR JOÃO PAULO LUCENA:

2.2. RECURSO ADESIVO DA RECLAMANTE.

2.2.1. DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.

Peço vênua ao Exmo. Relator para divergir.

O dano moral decorre de lesão à intimidade psíquica e moral do trabalhador no contexto do emprego, configurando agressão que acarreta o dever de indenizar por aquele que lhe deu causa.

Já o dano existencial é uma subespécie de lesão aos bens imateriais do indivíduo (Lorena de Melo Rezende Colnago, Sustentabilidade humana: limitação de jornada, direito à desconexão e o dano existencial. Direitos humanos e direito do trabalho. São Paulo, LTr, 2013. p. 170-184), que com o dano moral não se confunde, decorrendo de um prejuízo causado à própria existência da pessoa, à subtração do seu tempo livre e frustração de projetos de vida, independentemente da natureza, singeleza ou grandeza que estes venham a ter.

Configura o dano existencial o impedimento do trabalhador de usufruir o seu tempo e a sua vida da forma que melhor lhe aprouver em função de um ilícito cometido pelo empregador, qual seja a violação do ordenamento



ACÓRDÃO
0000531-89.2012.5.04.0241 RO

Fl. 21

jurídico laboral e do princípio da boa-fé objetiva no contrato de emprego, atentando contra os direitos subjetivos do empregado de ter cumprido o pacto laboral dentro dos limites da lei e do avençado entre as partes. É o direito ao ócio, ao fazer ou ao não fazer, a conviver socialmente ou a estar só ou, de outra banda, a praticar aquilo que, a seu exclusivo e subjetivo juízo, melhor proveito, satisfação, bem-estar e felicidade lhe traga, independente da natureza ou de qualquer juízo de valor. No caso de que tratam os autos, é o direito do trabalhador ao livre usufruir da sua vida fora dos limites e das obrigações da relação de emprego, muito especialmente aqueles relativos à extensão da jornada laboral.

Desta forma, o dano existencial subjacente à relação de emprego afronta os direitos fundamentais do trabalhador ao obstaculizar a sua plena integração à sociedade, à família e ao usufruto do seu descanso, podendo decorrer da não observância de diversos fatores por parte do empregador. Assim, v.g., a não concessão de férias no seu devido tempo, a desobediência às normas de saúde e segurança no trabalho, o estabelecimento de condições extenuantes na prestação dos serviços e o excesso ilegal da jornada laboral, são aspectos que podem ser considerados em conjunto ou isoladamente para a configuração do dano existencial. Atinge, portanto, conforme Eduardo Pastore, o conteúdo psicossocial da pessoa, relacionado à sua percepção de "existência" enquanto ser humano detentor de direitos relativos à sua dignidade, bem como os seus projetos pessoais, independente de sua natureza, e que são interrompidos por motivos alheios à sua vontade (in Dano existencial no trabalho. *Jornal Trabalhista Consulex*. Brasília, v. 30, n. 1493, p. 11, 02/09/2013).

E nesse mesmo sentido o magistério de Hidemberg Alves da Frota e



ACÓRDÃO
0000531-89.2012.5.04.0241 RO

Fl. 22

Fernanda Leite Bião (O fundamento filosófico do dano existencial. Prática Jurídica. Brasília, v. 10, n. 108, p. 18-26, 31/03/2011):

"O dano existencial concerne à privação de aspecto significativo da vida de relação e/ou do projeto de vida do ofendido.

Trata-se do conjunto de alterações não pecuniárias nas condições de existência da pessoa humana, mudanças relevantes no curso da sua história de vida e, por conseguinte, daqueles com quem compartilha a intimidade familiar.

Por projeto de vida entenda-se o destino escolhido pela pessoa, o que decidiu fazer com a sua vida. O ser humano, por natureza, busca sempre extrair o máximo das suas potencialidades. Por isso, as pessoas permanentemente projetam o futuro e realizam escolhas no sentido de conduzir sua existência à realização do projeto de vida. O fato injusto que frustra esse destino (impede a sua plena realização) e obriga a pessoa a resignar-se com o seu futuro é chamado de dano existencial.

Ocasionado por motivos diversos - tais como uma prisão (processual ou penal) arbitrária, um acidente (de trânsito ou de trabalho) que suscita incapacidade (geral ou parcial) para os atos da vida civil, a orfandade, o abandono parental e o assédio moral laboral -, o dano existencial, de acordo com as peculiaridades de cada contexto, frustra a execução de metas, objetivos e ideais que dão sentido à vida, da pessoa (dano ao projeto de vida) e, ao mesmo tempo, prejudica, consideravelmente, a convivência com seus pares, nos mais



ACÓRDÃO
0000531-89.2012.5.04.0241 RO

Fl. 23

diversos campos da socialização humana (dano à vida de relações), tais quais as searas afetivo-familiares, sociais, profissionais, cívicas, políticas, recreativas, religiosas, intelectuais, educativas, científicas, artísticas, e culturais."

Uma vez que o próprio legislador limita a jornada de trabalho a oito horas e carga semanal de quarenta e quatro horas, admitindo o exercício de apenas duas horas extraordinárias além da oitava diária, ou de quatro horas em casos excepcionais, a desobediência a tais marcos do ordenamento, ainda que o empregado seja remunerado pelo labor prestado, configura violação expressa ao disposto nos artigos 7º, XIII da CF e 59 e seguintes da CLT.

Ao ultrapassar os limites legais da jornada no contrato de trabalho, desimportando o seu *quantum*, o empregador invade ilicitamente a esfera pessoal, a vida e o tempo livre do trabalhador, causando-lhe prejuízo *in re ipsa*. O dano existencial agride o ser humano em aspectos fundamentais da sua existência - o tempo livre já passado e a própria vida transcorrida - e que, além de intangíveis, são impossíveis de lhe serem restituídos.

Desta forma, a exigência de jornada de trabalho além dos limites legais por parte do empregador, independente da sua extensão, configura dano *ipso facto* ao trabalhador, o qual deve ser indenizado, não se confundindo e não sendo elidido de forma alguma pela remuneração e seus adicionais eventualmente alcançados ao empregado, os quais constituem unicamente a contraprestação do trabalho extraordinário entregue pelo obreiro e o ressarcimento de um direito seu de natureza material.

Segundo entendo, posta a limitação da jornada extraordinária pelo legislador constitucional e infraconstitucional nos artigos nos arts. 7º, XIII da CF e 59 e seguintes da CLT, a sua violação constitui ilícito objetivo a invadir



ACÓRDÃO

0000531-89.2012.5.04.0241 RO

FI. 24

o direito do trabalhador de não laborar além dos marcos estabelecidos pela lei e estabelecidos em proteção à sua saúde física e psíquica e em respeito ao seu intangível tempo de lazer e descanso, dando azo, portanto, ao dever de indenizar.

Entendo, por fim, que a configuração do ato ilícito se dá com a mera exacerbação, e em qualquer grau, do limite legal de extensão da jornada ordinária ou extraordinária do empregado, mais a sua prática reiterada, não sendo necessária prova de dano, o qual possui natureza extrapatrimonial e é reconhecido ipso facto, mas apenas do fato que o gerou. Da mesma forma, demonstrada a existência do pressuposto objetivo da violação da norma delimitadora da jornada, resta dispensável a comprovação por parte do trabalhador da existência de condições extenuantes de trabalho ou similares, dada à variabilidade, à subjetividade e à insegurança jurídica que revestem o preenchimento deste conceito pelo julgador.

No caso em questão, foi arbitrada a seguinte jornada de trabalho do autor, tal como referido em seu voto pelo Exmo. Relator:

"Consoante decidido em primeiro grau, a jornada de trabalho da autora foi arbitrada "como sendo das 8h até às 20h, de segunda-feira à sábado, com intervalo para descanso e alimentação de uma hora. Considero, ainda, que a reclamante trabalhava em dois domingos por mês, sem compensação e por três feridos por anos de trabalho. Quanto aos domingos e feriados arbitro a jornada com sendo das 8h às 16h com uma hora de intervalo"."

Assim, comprovada a prática reiterada de horas extras além do limite legal, objeto de condenação, e tendo-se em conta as circunstâncias do caso concreto, a natureza e a extensão do dano, o potencial econômico da ré e,



ACÓRDÃO
0000531-89.2012.5.04.0241 RO

Fl. 25

ainda, o tempo de vigência do contrato de trabalho (de 28/07/2009 a 13/04/2012), impõe-se o dever de indenizar, ressaltado especialmente o seu caráter pedagógico-punitivo, pelo que, em função do caso concreto, arbitro em R\$ 3.000,00 (três mil reais) o *quantum* indenizatório, acrescido de juros a partir do ajuizamento da ação e atualização monetária a contar da data deste julgamento.

Assim, dou provimento ao recurso para acrescer à condenação o pagamento de indenização por dano existencial no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais).

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADOR JURACI GALVÃO JÚNIOR (RELATOR)
DESEMBARGADOR FRANCISCO ROSSAL DE ARAÚJO
DESEMBARGADOR JOÃO PAULO LUCENA