



ACÓRDÃO
0000127-36.2013.5.04.0004 RO

Fl. 1

**DESEMBARGADOR RICARDO HOFMEISTER DE ALMEIDA MARTINS
COSTA**

Órgão Julgador: 11ª Turma

Recorrente: ATENTO BRASIL S.A. - Adv. Fábio Korenblum
Recorrente: PATRÍCIA FERREIRA SÁ - Adv. Carlos Roberto Nuncio
Recorrido: OS MESMOS

Origem: 4ª Vara do Trabalho de Porto Alegre
**Prolator da
Sentença:** JUIZ GIOVANI MARTINS DE OLIVEIRA

E M E N T A

HORAS EXTRAS. ART. 62, II, DA CLT. Ao enquadramento na exceção de exceção do art. 62, II, da CLT, é necessária a comprovação do exercício de atos de gestão pelo empregado, que o coloquem em natural superioridade em relação a seus colegas de trabalho, aproximando-o da figura do empregador. Hipótese em que não foi comprovado o efetivo exercício de poderes de gestão e de representação em grau mais alto do que a simples execução da relação empregatícia, não estando o contrato de trabalho enquadrado na exceção legal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 11ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por unanimidade de votos, dar parcial provimento ao recurso da reclamada para excluir da condenação o pagamento de PLR do ano de 2012, proporcional ao número de meses



ACÓRDÃO
0000127-36.2013.5.04.0004 RO

Fl. 2

trabalhados. Por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso da reclamante para determinar a integração do valor dos feriados trabalhados em repousos semanais remunerados. Valor da condenação inalterado.

Intime-se.

Porto Alegre, 12 de junho de 2014 (quinta-feira).

RELATÓRIO

Inconformadas com a sentença de parcial procedência dos pedidos, as partes recorrem.

A reclamada, pelas razões das fls. 316,v./320, busca ser absolvida da condenação ao pagamento de horas extras, feriados em dobro, intervalos intrajornada e participação nos lucros e resultados.

A reclamante recorre adesivamente, pretendendo que sejam deferidos os pedidos de reflexos dos feriados em repousos semanais remunerados e de férias em dobro.

Contrarrazões recíprocas, pela reclamante, às fls. 329/337, e pela reclamada, às fls. 345/346.

Regularmente processados, vêm os autos para julgamento.

É o relatório.

VOTO

**DESEMBARGADOR RICARDO HOFMEISTER DE ALMEIDA MARTINS
COSTA (RELATOR):**



ACÓRDÃO
0000127-36.2013.5.04.0004 RO

FI. 3

RECURSO DA RECLAMADA.

HORAS EXTRAS. FERIADOS EM DOBRO. INTERVALOS INTRAJORNADA.

A sentença, entendendo pela inaplicabilidade da exceção do art. 62, II, da CLT, arbitrou a jornada da reclamante como sendo: de segunda a sexta-feira das 9h às 21h, com 40 minutos de intervalo, inclusive nos feriados estaduais ou municipais que recaíram de segunda a sexta-feira (limitados a dois por ano), bem como em um sábado por mês das 9h à 16h, com 40 minutos de intervalo. Com base na jornada arbitrada, deferiu os pedidos de pagamento de horas extras, uma hora por dia de trabalho referente aos intervalos para repouso e alimentação não fruídos e remuneração em dobro dos feriados trabalhados.

A reclamada não se conforma. Alega ser incontroverso que a recorrida exerceu cargo de gestão no período imprescrito e, na condição de detentora de cargo de confiança, não estava sujeita ao controle de jornada, conforme previsão do art. 62, II, da CLT. Acrescenta que a trabalhadora auferia remuneração muito superior à de seus subordinados. Pugna pela reforma da decisão, inclusive com relação ao pagamento de feriados em dobro e de intervalos intrajornada, uma vez que a reclamante tinha total liberdade para fazer seus horários, fruindo da totalidade dos intervalos para descanso e alimentação. Em caso de manutenção da sentença, requer seja observada a Súmula 340 do TST, limitando-se a condenação, no tocante às comissões, ao pagamento do adicional extraordinário.

A designação da função como de confiança não enseja, por si só, enquadramento do trabalhador na exceção do artigo 62, II, da CLT, sendo necessária a comprovação do exercício de poder de mando, representação



ACÓRDÃO
0000127-36.2013.5.04.0004 RO

Fl. 4

e substituição do empregador.

Em sendo regra de exceção, é imprescindível, para sua aplicação, que esteja caracterizado o efetivo desempenho de função de confiança pelo empregado, por meio da exteriorização, em suas atividades, de algum dos poderes inerentes à figura do empregador que o coloquem em natural superioridade em relação a seus colegas de trabalho. O ônus de provar o enquadramento do trabalhador nessa regra é do empregador, conforme artigos 818, da CLT, e 333, II, do CPC, porque a alegação se consubstancia em fato impeditivo do direito vindicado. Desse encargo, porém, não se desincumbiu a reclamada.

A reclamante foi admitida pela reclamada em 23.05.2001, para exercer a função de teleoperador. A partir de maio de 2006, passou a exercer o cargo de "gestora de clientes" (ficha de registro, fl. 111), sendo o contrato de trabalho rescindido em 05.09.2012, sem justa causa, por iniciativa da reclamada (TRCT, fl. 18).

O contexto probatório não sugere a hipótese do art. 62, II, da CLT. Não há prova do exercício de qualquer poder superior pela autora e sequer são juntados documentos ou procurações que retratem a outorga de poderes para representar a empresa. A prova oral, igualmente, não corrobora a tese da empregadora. Vejamos.

Em seu depoimento pessoal, a reclamante afirmou que não podia se ausentar no horário de trabalho, sem autorização da gerente (fl. 305).

A preposta da reclamada, Carolina Dalsochio Dipp, confirmou que "*a reclamante não tinha procuração para atuar em nome da empresa*", esclarecendo que "*os gestores de clientes prestavam contas de suas*



ACÓRDÃO
0000127-36.2013.5.04.0004 RO

Fl. 5

atividades aos gerentes" (fl. 305, frente e verso) .

A testemunha da reclamante, Edson Maiquel Quoos, informou que "*a reclamante também tinha horário fixo a partir das 08h ou 09h; não havia controle escrito da jornada, nem por meio informatizado, mas o depoente e a reclamante precisavam pedir se fossem ausentar-se do trabalho por algum período; (...) a reclamante e o depoente participavam dos processos seletivos e podiam advertir empregados, sendo que esse ato era conjunto entre o gestor, o coordenador, o gerente e o RH; podiam fazer advertências verbais conforme a cartilha da reclamada; as advertências por escrito deveriam contar das referidas assinaturas para terem validade; quem resolvia sobre as admissões era o RH, mas o depoente e a reclamante também davam opinião; o depoente e a reclamante poderiam solicitar a penalização de empregados ao RH; os gerentes também participavam dessas decisões; (...)" (fl. 305, v.).*

Também ouvido a convite da reclamante, a testemunha Halisson dos Santos Gomes, embora tenha referido a ausência de controle da jornada, confirmou a **necessidade de autorização da gerência** no caso de a reclamante ausentar-se do trabalho durante o horário de expediente.

Os ocupantes de cargo de gestão possuem poderes para admitir ou dispensar funcionários, adverti-los, puni-los, suspendê-los, além de desempenharem funções que exijam maior responsabilidade nas atividades da empresa, e não atribuições meramente organizacionais, ainda que com algum grau de fidúcia diferenciada, como era o caso da reclamante. Nesse passo, como bem observado pela sentença, "*embora a reclamante exercesse função de gestão, ela esteve sujeita ao controle de horário, ainda que não de forma rígida, afastando a hipótese de aplicação*



ACÓRDÃO

0000127-36.2013.5.04.0004 RO

Fl. 6

do art. 62, II, da CLT. Não houve liberdade para a prestação de trabalho da forma como a reclamante entendesse mais adequado, tanto que precisava avisar ou pedir permissão a seu supervisor quando fosse alterar seu horário normal de trabalho." (fundamentação, fl. 310).

Além disso, os recibos salariais colacionados aos autos (fls. 123 e seguintes) revelam que jamais foi paga à autora qualquer verba a título de salário de confiança e/ou gratificação de função, não demonstrando o preenchimento do requisito objetivo previsto no parágrafo único do art. 62 da CLT.

Diante da inaplicabilidade do art. 62 da CLT e da inexistência dos controles de horário no período, há presunção favorável à jornada alegada na petição inicial, com a inversão do ônus probatório à reclamada, nos termos do art. 74, § 2º, da CLT.

Considerando que a reclamada não apresenta insurgência específica quanto à jornada, mantenho o arbitramento realizado pela sentença, porque em consonância com a jornada indicada na petição inicial e a prova oral.

Ante a inexistência de prova de que a jornada cumprida nos feriados tenha sido compensada com folga, faz jus a reclamante ao pagamento em dobro do trabalho prestado em tais dias.

Do mesmo modo, demonstrada a fruição apenas parcial do período relativo aos intervalos intrajornada, é devido o pagamento integral do intervalo não fruído (item n.º I, da Súmula n.º 437, do TST), tal como deferido na sentença.

Por outro lado, não se cogita de hipótese de aplicação do entendimento jurisprudencial da Súmula n. 340 do TST, uma vez que a reclamante não era remunerada à base de comissões, recebendo apenas remuneração fixa



ACÓRDÃO

0000127-36.2013.5.04.0004 RO

Fl. 7

(demonstrativos de pagamento de fls. 123 e seguintes).

Não provejo.

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS.

A sentença deferiu o pedido de pagamento de diferenças de PLR quanto aos valores pagos e efetivamente devidos, bem como o pagamento de PLR do ano de 2012, proporcional ao número de meses trabalhados.

Inconformada, a reclamada afirma que os valores referentes à PLR foram corretamente pagos à reclamante, conforme as normas que regulamentam o adimplemento da parcela. Acrescenta que, em relação ao ano de 2012, não houve ajuste entre o sindicato e a empresa para pagamento da parcela, nada sendo devido à reclamante, sob tal rubrica.

A Lei nº 10.101/00 estabelece diretrizes para elaboração de um programa de participação dos trabalhadores nos lucros e resultados das empresas, dispondo que *"a participação nos lucros ou resultados será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados"*.

Relativamente ao ônus da prova, conforme dispõe a regra do art. 333, I, do CPC, de aplicação subsidiária, incumbe ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu a prova de fato impeditivo, modificativo e extintivo. Quando o réu admite o fato alegado pelo autor, mas lhe opõe outro que lhe impeça os efeitos, estamos diante de fato impeditivo, cujo ônus da prova é da reclamada (CLT, art. 818 c/c CPC art. 333, inc. II).

É incontroversa a existência de acordos coletivos para pagamento da parcela relativa à participação nos lucros aos empregados da reclamada, todavia, tais documentos não foram juntados aos autos. As normas coletivas das fls. 225 e seguintes apenas estabelecem, a exemplo da



ACÓRDÃO

0000127-36.2013.5.04.0004 RO

Fl. 8

cláusula sexta do ACT 2008/2009, que "*a EMPRESA se compromete a estabelecer, conjuntamente com o SINTTEL/RS, as metas necessárias ao alcance de valores de participação sobre lucros e resultados da EMPRESA, através de acordo específico*" (fl. 226).

Assim, ao alegar fato impeditivo do direito da autora quanto aos anos anteriores a 2012, cabia à reclamada o ônus da prova, mormente porque possui o ônus de guarda dos documentos relativos ao contrato de trabalho, encargo do qual não se desincumbiu a contento. Os recibos de pagamento das fls. 123 e seguintes demonstram o pagamento da parcela em valores consideráveis, a exemplo das competências de 03/2007 (R\$ 7.618,06, fl. 124) e 03/2008 (R\$ 8.787,13, fl. 137), porém, não há como verificar a correção dos pagamentos, ante a ausência dos regulamentos específicos.

De outra parte, considerando que a reclamada nega a existência de ajuste para pagamento da parcela no ano de 2012, cabia à reclamante a prova do fato constitutivo do direito, porquanto não existe prova de fato negativo. Desse encargo, todavia, não se desonerou a reclamante.

Dessa forma, provejo em parte o recurso da reclamada para excluir da condenação o pagamento de PLR do ano de 2012, proporcional ao número de meses trabalhados.

JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. PARCELAS ACESSÓRIAS.

Mantida a condenação principal, mantém-se, por corolário lógico, a condenação acessória ao pagamento de juros e correção monetária.

RECURSO ADESIVO DA RECLAMANTE.

REFLEXOS DOS FERIADOS DEFERIDOS EM REPOUSOS.



ACÓRDÃO
0000127-36.2013.5.04.0004 RO

Fl. 9

A autora pretende seja determinada a integração do valor do repouso semanal remunerado nos valores atinentes aos feriados habitualmente laborados e não compensados, conforme entendimentos das Súmulas 146 e 172 do TST.

Com razão.

O artigo 1º da Lei 605/49 garante o direito aos trabalhadores de gozar folga nos dias de feriados, independentemente do repouso semanal. Portanto, em relação a esses, é devido o pagamento em dobro, previsto em lei, acrescido dos adicionais normativos, salvo quando comprovada a concessão de folga compensatória específica, circunstância não demonstrada na hipótese.

Assim, é devida a integração do valor dos feriados trabalhados em repouso semanais remunerados, na medida em que, mesmo trabalhando nos feriados e recebendo o pagamento em dobro das horas trabalhadas, o trabalhador faz jus ao repouso. Tal situação não configura *bis in idem*, visto que o repouso não se confunde com os domingos ou feriados trabalhados.

Provejo o recurso da reclamante para determinar a integração do valor dos feriados trabalhados em repouso semanais remunerados.

FÉRIAS EM DOBRO.

A recorrente alega que gozava de férias em períodos fracionados de 10 dias, fato comprovado pela prova testemunhal, o que afronta a regra do § 1º do art. 134 da CLT, que autoriza o fracionamento do período concessivo de férias apenas na ocorrência de casos excepcionais.

Não prospera.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO

0000127-36.2013.5.04.0004 RO

Fl. 10

De acordo com o *caput* do artigo 134 da CLT, as férias deverão ser concedidas pelo empregador em um único período, sendo admitido o fracionamento em situações excepcionais, conforme permissivo do seu § 1º, desde que um dos períodos não seja inferior a dez dias.

No entanto, o § 1º do artigo 134 da CLT não exige prova da situação excepcional determinante do fracionamento das férias, razão pela qual a ausência de comprovação da excepcionalidade não autoriza o pagamento em dobro do período das férias concedidas.

Nesse sentido, o seguinte precedente deste Colegiado, em acórdão da lavra da Exma. Des^a. Flávia Lorena Pacheco cujo trecho ora transcrevo, *in verbis*:

Entendo que, nos termos do art. 134 da CLT, supra transcrito, as férias devem ser concedidas em um só período, podendo ser concedidas em dois períodos, um dos quais não poderá ser inferior a dez dias corridos, ainda que de tal fracionamento não haja comprovação da sua excepcionalidade, o que se entende por infração meramente administrativa, não tendo o condão de descaracterizar o instituto das férias a ponto de se deferir o pagamento em dobro. (RO nº 0000444-32.2011.5.04.0383, julgado em 27.06.2013).

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, no particular.

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

Documento digitalmente assinado, nos termos da Lei 11.419/2006, pelo Exmo. Desembargador Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa.
Confira a autenticidade do documento no endereço: www.trt4.jus.br. Identificador: E001.4291.6930.1732.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO
0000127-36.2013.5.04.0004 RO

Fl. 11

**DESEMBARGADOR RICARDO HOFMEISTER DE ALMEIDA MARTINS
COSTA (RELATOR)**

DESEMBARGADOR HERBERT PAULO BECK

DESEMBARGADORA FLÁVIA LORENA PACHECO