



**PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO**

Conciliar também é realizar justiça

PROCESSO nº 0000051-37.2015.5.09.0122 (RO)

RECORRENTE: ALEXANDRE FONSECA DA SILVA

RECORRIDA: ARCOS DOURADOS COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA

RELATORA: THEREZA CRISTINA GOSDAL

REVERSÃO DA JUSTA CAUSA. EMPRÉSTIMO DE ALIMENTOS A EMPRESA CONCORRENTE. GRAVIDADE INSUFICIENTE. DESPROPORCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE GRADAÇÃO DA PENA. A aplicação da justa causa é a pena mais grave que o empregador pode imputar ao empregado, razão pela qual exige prova robusta e incontestável de fato que impeça a continuidade da relação de emprego, bem como o preenchimento dos seguintes requisitos: enumeração da hipótese no artigo 482 da CLT, imediatidate na aplicação da penalidade após verificada a falta do empregado, gravidade do fato, nexo causal, proporcionalidade/razoabilidade da medida, ausência de *bis in idem* quanto à penalidade e, em regra, a gradação das penalidades a fim de se atender ao caráter pedagógico do exercício de seu poder disciplinar. Em não sendo comprovada a prática de ato grave o suficiente para ensejar a aplicação, de plano, da dispensa por justa causa, esta penalidade é nula, pois não foi observada a proporcionalidade e a razoabilidade que devem nortear o exercício do poder disciplinar do empregador, tampouco a função pedagógica inerente a tal prerrogativa. Recurso do autor provido.

RELATÓRIO

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO 0000051-37.2015.5.09.0122**, provenientes da **MM. 04ª VARA DO TRABALHO DE SÃO JOSÉ DOS PINHAIS**.

Inconformado com a r. sentença de fls. 411-416, proferida pela Exma. Juíza do Trabalho **CLAUDIA MARA PEREIRA GIOPPO**, que julgou parcialmente procedente os pedidos, o autor interpõe recurso ordinário às fls. 411-416, postulando a reforma da r. sentença quanto aos seguintes temas: a) reversão do motivo da demissão; e b) honorários advocatícios.

A ré apresentou contrarrazões às fls. 420-427.

Os autos não foram encaminhados ao Ministério Público do Trabalho, ante a desnecessidade de seu pronunciamento.

FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, **CONHEÇO** do Recurso Ordinário interposto pelo autor, assim como das respectivas contrarrazões.

MÉRITO

RECURSO ORDINÁRIO DE ALEXANDRE FONSECA DA SILVA

1. Reversão do motivo da demissão

Decidiu o juízo de origem (fls. 394-395):

"2.1. Da ruptura contratual

O reclamante alega que não praticou falta grave apta a ensejar o rompimento da relação de emprego por justo motivo. Requer a reversão para dispensa sem justa causa e o pagamento das verbas rescisórias devidas, assim como acesso ao FGTS.

A reclamada contesta as alegações da inicial aduzindo que em 13 de dezembro de 2014, pouco antes das 10h00min, enquanto os funcionários da loja procediam a limpeza do ambiente para a abertura do Shopping, de acordo com o que se observa no vídeo constante na mídia depositada em cartório, o Reclamante subtraiu da loja uma caixa contendo produtos da Reclamada e a entregou a um concorrente pelo balcão de frente da loja, situação esta que demonstra ter o Reclamante procedido indevidamente, contrariamente as políticas internas e procedimentos da Reclamada vez que a entrega de produtos, seja por expirado o prazo de validade ou qualquer outro motivo relevante, deve ser efetuado de forma apropriada, com autorização do Consultor de Operações, bem como não é admitida a subtração de produtos da loja, procedimentos estes que não foram observados pelo obreiro

O reclamante, inquirido, afirmou: "10) era prática comum no McDonalds do shopping São José o empréstimo de produtos ao Burger King; 11) demonstrado o vídeo no qual o depoente aparece entregando uma caixa a uma pessoa, disse que entregou pacotes de batata à empregado do Burger King e tomou a decisão sozinho pois no dia o gerente de restaurante não estava presente; 12) também era comum empregados do McDonalds emprestar produtos do Burger King; (...); 16) a foto retratando pacotes de batatas do Burger King diz respeito à devolução de mercadoria que havia sido emprestada pelo depoente; 17) as batatas do Burger King foram utilizadas na loja do McDonalds; 18) mostrado o documento de fls. 161 do arquivo pdf crescente, denominado "Práticas de trabalho e políticas de segurança", reconhece que assinou tal documento sem ler, e após a ré escondeu o livro, tática usava por ela; "

A preposta da reclamada: "1) em caso de falta de produto no McDonalds, os empregados não podem solicitá-los no Burger King, bem como não é autorizado o empréstimo e produtos ao Burger King; 2) demonstrado o mesmo vídeo no qual consta o autor entregando caixa de batata, e indagado à depoente porque outras duas pessoas também

praticavam o mesmo ato, disse que não estava no restaurante para saber o que aconteceu; 3) não sabe dizer se os outros dois empregados foram punidos, mas entregaram as caixas porque provavelmente o autor deve ter mandado, pois era o gerente na época;"

Das afirmações acima transcritas concluo que o reclamante não só agiu indevidamente pois a proibição à prática do ato está clara no item 15 do manual de práticas de trabalho, fl. 175, como ignorou seu dever de lealdade ao empregador considerando que era gerente, assumindo conscientemente o risco punitivo do ato. Não se diga que era prática comum e, portanto, tacitamente permitida, pois ela devia ser coibida exatamente por quem detinha ascendência hierárquica, caso do reclamante, ou seja, ao invés de praticar, deveria encetar esforços para que atos semelhantes ao que praticou não ocorressem.

Nesse passo, a penalidade aplicada está adequada à realidade fática dos atos que a ensejaram e são proporcionais à falta praticada, grave à medida em que o reclamante tinha plena ciência da proibição.

Justa causa mantida. Rejeito os pedidos de pagamento de aviso prévio, férias + 1/3 proporcionais, indenização fundiária (40% sobre o montante da conta vinculada), de acesso ao FGTS e, por fim, de indenização por danos morais, este pela inexistência de prática de ato ilícito ou abuso de direito."

O autor alega que "*a penalidade aplicada pela reclamada foi desproporcional com o ato praticado pelo autor, visto que o mesmo por uma única vez emprestou uma caixa de batatas fritas para o concorrente Burg King, ao contrário do afirmado na sentença não houve subtração da mesma, e sim mero empréstimo com devolução posterior*". Afirma que "*O autor em momento algum agiu com má-fé, visto que essa prática era comum entre as empresas, mesmo que concorrentes*". Aduz que "*O autor praticou um único empréstimo de produtos para o Burg King, assim sendo foi um fato isolado passível de apenas advertência ou suspensão, a prática era autorizada pelo gerente de loja conforme relatou a testemunha da reclamada, outros funcionários também praticaram tal conduta inclusive com outros produtos*". Argumenta que "*não houve má-fé do autor com a prática do ato, pois nada ganhou em troca, o produto posteriormente foi devolvido, o mesmo apenas praticou um ato altruísta que em que pese contrário a normas internas da reclamada, não trouxe qualquer prejuízo a mesma ou vantagem financeira ao mesmo*". Pede a reforma "*para reverter o motivo da demissão para demissão sem justa causa, com o pagamento de todas as verbas rescisórias inerentes*" (fls. 413-415).

Analiso.

A aplicação da justa causa é a pena mais grave que o empregador pode imputar ao empregado, por gerar diversos transtornos à vida profissional, social e familiar do trabalhador. É penalidade aplicada em virtude da prática de ato grave o bastante para fazer desaparecer a confiança e a boa-fé na relação de trabalho. Por isso, exige prova apta de fato que impeça a continuidade da relação de emprego, por quebra da fidúcia inerente ao vínculo de emprego.

A configuração da justa causa exige o preenchimento dos seguintes requisitos: enumeração da hipótese no artigo 482 da CLT, imediatidade na aplicação da penalidade após verificada a falta do empregado, gravidade do fato, nexo causal, proporcionalidade/razoabilidade da medida e ausência de bis in idem quanto à penalidade. Além disso, em regra, deve ser observada pelo

empregador a gradação das penalidades a fim de se atender ao caráter pedagógico do exercício de seu poder disciplinar.

O ônus de comprovar a justa causa incumbe ao empregador, enquanto que o fato modificativo ou impedutivo do direito compete ao empregado, consoante se extrai dos artigos 818 da CLT e 373, II, do CPC/2015.

No caso em apreço, o autor alegou na inicial que *"foi dispensado, sob o fundamento de ter praticado falta grave"*, porém *"o fato motivador da demissão uma suposta improbidade não é verídico"* (fl. 3).

Na defesa (fls. 32-34), a ré alegou que *"na data de 13 de dezembro de 2014, pouco antes das 10h00min, enquanto os funcionários da loja procediam a limpeza do ambiente para a abertura do Shopping, de acordo com o que se observa no vídeo constante na mídia depositada em cartório, o Reclamante subtraiu da loja da Reclamada uma caixa contendo produtos da Reclamada e a entregou a um concorrente pelo balcão de frente da loja, situação esta que demonstra ter o Reclamante procedido indevidamente, contrariamente as políticas internas e procedimentos da Reclamada vez que a entrega de produtos, seja por expirado o prazo de validade ou qualquer outro motivo relevante, deve ser efetuado de forma apropriada, com autorização do Consultor de Operações, bem como não é admitida a subtração de produtos da loja, procedimentos estes que não foram observados pelo obreiro"*. Afirmou que a conduta do reclamante era proibida pelo *"Anexo Manual de Práticas de Trabalho e Política de Segurança, fls. 18 (devidamente assinado pelo Reclamante reconhecendo ter recebido, lido e concordado a se submeter às referidas práticas)"*, sendo considerada falta grave passível de dispensa por justa causa.

Aduziu que o reclamante era Gerente de Plantão e, como tal, sabia que *"não é admitido pela Reclamada a utilização de mercadorias que não sejam de fornecedores autorizados, muito menos ainda o empréstimo de tais mercadorias"*. Relatou que *"Posteriormente, foram encontrados dois pacotes de batata do concorrente da Reclamada "Burger King" e consequentemente a falta de produtos da Reclamada, sendo que a Reclamada ao diligenciar internamente qual o motivo daqueles pacotes ali se encontrarem e o que teria acontecido com os produtos faltantes, descobriu que o Reclamante teria emprestado as batatas da Reclamada ao referido concorrente, sendo informada por outros funcionários da própria empresa e do Shopping, que o Reclamante emprestou o produto (batatas) ao funcionário do Burger King, concorrente da Reclamada e que posteriormente o funcionário da concorrência teria devolvido sacos de batata para que o Reclamante repusesse o estoque (imagens das embalagens em mídia depositada em cartório)"*. Juntou comunicação da justa causa e (fl. 112) e Manual de práticas de trabalho e política de segurança (fls. 160-182).

Em audiência (fls. 191-193), foram ouvidos o autor, o preposto da ré e

quatro testemunhas, duas a convite do obreiro e duas a convite da ré. Vejamos:

"Depoimento pessoal do(a) autor(es): "1) não reconhece como verdadeiros os horários anotados nos controles-ponto; 2) após a promoção para coordenador, trabalhava das 8h às 18h, com uma folga semanal, sendo que uma vez por mês a folga coincidia com o domingo; 3) não era permitida a correta anotação da jornada de trabalho nos controles-ponto; 4) usufruia 15 minutos de intervalo; 5) como atendente registrou corretamente a jornada de trabalho em cartão-ponto; 6) demonstrado os controle-ponto dos meses de novembro de 2012, março de 2014, como exemplo, nos quais constam anotações de labor extraordinário, disse que às vezes anotava corretamente a jornada de trabalho em cartão-ponto; 7) declara que podia anotar corretamente a jornada de trabalho em cartão-ponto quando o gerente autorizava; 8) o depoente como gerente de área e gerente de plantão tinha subordinados, podia punir empregados, controlar horário de trabalho deles; 9) como gerente de área o depoente cuidava das estações de cozinha, balcão, quiosque de sorvete e estoque de produtos; 10) era prática comum no Mcdonalds do shopping São José o empréstimo de produtos ao Burger King; 11) demonstrado o vídeo no qual o depoente aparece entregando uma caixa a uma pessoa, disse que entregou pacotes de batata à empregado do Burger King e tomou a decisão sozinho pois no dia o gerente de restaurante não estava presente; 12) também era comum empregados do McDonalds emprestar produtos do Burger King; Reperguntas do réu: 13) em alguns períodos trabalhavam dois ou mais gerentes de área, e dependendo do movimento era possível usufruir 1h de intervalo, desde que o gerente de restaurante autorizasse; 14) em média usufruia intervalo de 1h, apenas 1 vez por semana, mas mesma assim não podia se ausentar do local de trabalho, sempre estando à disposição; 15) havia punição para o empregado que não anotasse corretamente o horário de trabalho, inclusive intervalo, mas em relação aos gerentes, não havia punição; 16) a foto retratando pacotes de batatas do Burger King diz respeito à devolução de mercadoria que havia sido emprestada pelo depoente; 17) as batatas do Burger King foram utilizadas na loja do Mcdonalds; 18) mostrado o documento de fls. 161 do arquivo pdf crescente, denominado "Práticas de trabalho e políticas de segurança", reconhece que assinou tal documento sem ler, e após a ré escondeu o livro, tática usava por ela; 19) após a rescisão contratual com a ré, deixou de realizar tratamento médico, em razão de condições financeiras, e atualmente obteve novo emprego, como assistente administrativo em uma contabilidade, e retomará o tratamento, pois aderiu a plano de saúde; Nada mais."

Depoimento pessoal do preposto do(s) réu(ré)s: "1) em caso de falta de produto no Mcdonalds, os empregados não podem solicitá-los no Burger King, bem como não é autorizado o empréstimo de produtos ao Burger King; 2) demonstrado o mesmo vídeo no qual consta o autor entregando caixa de batata, e indagado à depoente porque outras duas pessoas também praticavam o mesmo ato, disse que não estava no restaurante para saber o que aconteceu; 3) não sabe dizer se os outros dois empregados foram punidos, mas entregaram as caixas porque provavelmente o autor deve ter mandado, pois era o gerente na época; 4) é possível a correta anotação da jornada de trabalho em cartão-ponto biométrico, inclusive no intervalo; 5) durante o intervalo o empregado não necessita ficar no interior do restaurante; Sem reperguntas pelo autor. Nada mais."

Primeira testemunha do autor(es): Marcos Vinícius de Oliveira, identidade nº 10958642, solteiro(a), Operador de máquina, residente e domiciliado(a) na Rua Mauricio Scolari 73 - SJP. Contraditada a testemunha sob a alegação de ser amigo íntimo do autor. Inquirida, disse que se considera colega de trabalho, e não amigo íntimo, apesar de participar de rede social junto com o autor. A ré não pretende fazer prova da contradita. Rejeito a contradita, porque não configurada a hipótese de amizade íntima, uma vez que a participação em rede social não traz os laços de intimidade necessários para a configuração da suspeição. Move ação em face da ré. Advertida e compromissada.

Depoimento: "1) trabalhou para a ré no período de 29/10/2012 a 01/09/2014 como gerente de área; 2) como gerente de área o depoente dificilmente cobria o intervalo de outro gerente; 3) o depoente usufruia intervalo de 1h; 4) o autor raramente usufruia intervalo de 1h, pois o autor era gerente de plantão; 5) como gerente de área/coordenador o autor usufruia intervalo de 1h; 6) autor e depoente apontavam corretamente o horário de início da jornada de trabalho no ponto biométrico, mas o término era anotado em um caderno, na maioria das vezes; 7) não era possível anotação de jornada extraordinária com o ponto biométrico; 8) trabalhava em parte da jornada de trabalho em companhia do autor; 9) como gerente de área o depoente emprestava produtos ao pessoal do Burger

King com autorização do gerente de loja; 10) não era permitido o empréstimo sem autorização do gerente de loja; 11) quando o Burger King devolvia os produtos emprestados, estes com a marca do Burger King eram utilizados no McDonalds por primeiro; 12) caso o gerente de loja não estivesse no local quando o pessoal do Burger King solicitava empréstimo do produto, o gerente de área tinha que ligar para pedir autorização quanto ao empréstimo; Reperguntas do autor: 13) o fornecedor dos produtos do McDonalds é diferente do fornecedor do Burger King; 14) havia diferença no tamanho do corte das batatas; 15) não teve ciência a respeito do documento denominado "Práticas de trabalho e políticas de segurança"; 16) além do empréstimo de batatas, também havia empréstimo de tomate, alface, e dificilmente de mix de baunilha; 17) o procedimento de empréstimo era mútuo; Sem reperguntas pela ré. Nada mais. "

Segunda testemunha do autor(es): Marivaine do Nascimento Serena, identidade nº 128796100, solteiro(a), Fiscal de Caixa, residente e domiciliado(a) na Rua Jose Dorneles 1306 - SJP. **Testemunha contraditada** ao argumento de ser amigo íntimo do(a) autor(es). Contraditada a testemunha sob a alegação de ser amigo íntimo do autor. Inquirida, disse que se considera colega de trabalho, e não amigo íntimo, apesar de participar de rede social junto com o autor. A ré não pretende fazer prova da contradita. Rejeito a contradita, porque não configurada a hipótese de amizade íntima, uma vez que a participação em rede social não traz os laços de intimidade necessários para a configuração da suspeição. Advertida e compromissada. **Depoimento:** "1) trabalhou para a ré no período de 2010 até junho de 2013, como gerente de plantão, de dezembro de 2012 até 2013; 2) trabalhou na mesma escala do autor por 3 meses e após passou a trabalhar a noite; 3) a depoente usufruia 10 minutos de intervalo, o mesmo ocorrendo em relação ao autor; 4) a depoente como gerente de plantão era responsável pela limpeza e organização da loja, e organização financeira; 5) a depoente não cobria o horário de intervalo do autor pois não havia funcionários suficientes; 6) a depoente emprestou produtos da ré ao Burger King com autorização do gerente de loja, Sr. Marcos; 7) sem autorização não pode haver empréstimo; 8) quando o Burger King devolve os produtos emprestados, são utilizados os produtos da marca Burger King na loja do McDonalds; 9) quando trabalhou em companhia do autor cumpria jornada de trabalho das 7h às 15h e indagada quanto ao horário do autor, disse que ele não tinha horário fixo, podendo chegar às 9h ou 10h, e não sabe dizer o horário que ele saía; 10) não era possível anotação de jornada extraordinária em ponto biométrico; 11) a depoente não recebia horas extras; Reperguntas do autor: 12) os empregados da ré também emprestavam produtos do Burger King, como alface, pepino e batata; Reperguntas do réu: 13) quando trabalhou em companhia do autor ele era gerente de área/coordenador, subordinado à depoente; 14) a depoente era responsável pelo intervalo dos atendentes, e os gerentes apenas usufruiam quando dava; 15) nos 3 meses em que trabalhou em companhia do autor, em nenhum dia ele usufruiu intervalo de 1h. Nada mais. "

Primeira testemunha do réu(ré): Adner Marcos Garcia Lemos, identidade nº 24774210, casado(a), Comerciario, residente e domiciliado(a) na Rua About Khalil 254 - Curitiba. Advertida e compromissada. **Depoimento:** " 1) trabalha para a ré desde 01/10/1990, atualmente como consultor de operações, prestando serviços nas lojas, responsável por 7 restaurantes; 2) o depoente percorre os restaurantes durante a semana, às vezes um por dia, às vezes 3 na semana, dependendo da necessidade de serviço; 3) não é permitida a prática de empréstimo de produtos do Burger King ou para o Burger King; 4) o Sr. Marcos, gerente de loja, não tinha autorização para emprestar produtos da ré ao Burger King; 5) a ré tomou ciência da prática de empréstimos e respectiva devolução, quando o depoente em uma das visitas na loja, avistou o pacote de batatas do Burger King no freezer do McDonalds; Reperguntas do réu: 6) soube que foi o autor quem autorizou a entrega dos produtos, pois naquele dia ele era o gerente de plantão responsável pela loja; 7) foi a primeira vez que o depoente se deparou com tal situação; 8) de imediato o depoente descartou o produto que não pertencia à rede McDonalds e entrou em contato com o departamento de segurança e de RH para que tomassem as medidas necessárias; 9) antes do depoente se deparar com o pacote de batatas do Burger King, os produtos foram utilizados; 10) os gerentes recebem orientação quanto à política de práticas e procedimentos; 11) todos os materiais fornecidos pela ré, especialmente o de práticas e segurança ficam disponíveis aos empregados; 12) caso o autor tivesse que punir algum empregado, ele deveria consultar o manual para enquadrar a prática nas hipóteses lá previstas; Reperguntas do autor: 13) quando o depoente se deparou com o pacote de batata do Burger King, conversou com o pessoal da loja e o autor disse que era o produto

devolvido pelo Burger King, que antes ele havia emprestado; 14) nesse período o Sr. Marcos não era mais gerente de loja; 15) não sabe dizer se tal prática ocorria antes do depoente avistar o pacote de batatas do Burger King no freezer. Nada mais."

Segunda testemunha do réu(ré): Daiane Suelen Setim dos Anjos, identidade nº 104705910, solteiro(a), Gerente de plantão, residente e domiciliado(a) na Rua Olivio Tozzo 476 - SJP. Advertida e compromissada. **Depoimento:** "1) trabalha para a ré desde fevereiro de 2012, inicialmente como atendente, por 5 meses, após passou a assistente administrativo, por 1 ano e meio, e depois como gerente de área, a partir de inicio de 2014, passando a gerente de plantão em março de 2015; 2) trabalhou em companhia do autor; 3) o autor entrou como atendente mas já trabalhava como coordenador / gerente de área; 4) a depoente foi transferida de loja em maio de 2013, e retornou para a loja do shopping São José em junho de 2014; **5) no primeiro período que trabalhou em companhia do autor ele era gerente de área e no segundo período era gerente de plantão;** 6) o autor como gerente de área poderia usufruir intervalo de 1h, mas a depoente não sabe dizer se isso ocorria todos os dias; 7) como gerente de plantão nenhum empregado consegue usufruir intervalo de 1h, apenas param o serviço durante o tempo necessário para alimentação, em torno de 10/15 minutos; **8) somente tomou conhecimento de empréstimos de produtos do Mcdonalds ao Burger King depois que aconteceu com o autor;** 9) indagada se era possível o empréstimo de produtos do Burger King, disse que na falta de produtos em uma das lojas, solicitam o estoque de outra loja do Mcdonalds; Reperguntas do réu: 10) como gerente de área a depoente usufruia efetivamente 1h de intervalo; 11) os empregados que não usufruam intervalo de 1h recebem advertência e suspensão, inclusive os gerentes de área; 12) qualquer empregado da ré não pode anotar corretamente a jornada de trabalho em cartão-ponto, pois tinha que seguir a escala e somente era possível anotar horas extras quando autorizadas pela gerência; 13) esclarece a depoente, retificando a declaração do quesito 12, que a cada mês é fixada uma escala de trabalho e o empregado deve seguir o respectivo horário e havendo necessidade de horas extras, por requisição de superior, também é autorizada a anotação em cartão-ponto; **14) a depoente viu o autor entregando produtos a empregados do Burger King, sendo que aparece em primeiro plano, na primeira cena do vídeo apresentado pela ré;** 15) não tem conhecimento se o autor foi autorizado a proceder de tal forma; **16) declara a depoente que sequer prestou atenção muito no fato, pois estava fazendo outras coisas;** 17) os produtos do Burger King foram utilizados na loja, inclusive pela depoente que estava no balcão; **18) a depoente viu que estava fornecendo batata do Burger King mas tal procedimento ocorreu por ordem do autor;** Reperguntas do autor: 19) o gerente de loja Marcos trabalhou na loja de shopping São José e enquanto a depoente esteve trabalhando em outra loja ele foi demitido; **20) na época dos fatos que envolvem a justa causa a gerente de loja era a Srª Sonise.** Nada mais. "

Conforme reconhecido na sentença, sem recurso quanto ao ponto, o autor, gerente de plantão de um dos restaurantes da ré (Mc Donald's do Shopping São José), emprestou uma caixa de batatas fritas desta para empresa concorrente (Burguer King), que retribuiu posteriormente o empréstimo com batatas de sua própria marca, as quais foram utilizadas no estabelecimento da reclamada.

Nesse sentido, a comunicação de desligamento do empregado registra que ele estava sendo dispensado por justa causa em razão de "*INOBSERVÂNCIA OPERACIONAL*" (fl. 112).

É certo que a conduta do reclamante contrariou as normas da empresa, pois o item 15 do Manual de práticas de trabalho e política de segurança (fl. 175) prevê que "*É proibida a entrada e saída demercadorias sem a devida Nota Fiscal e a autorização do Consultor de Operações*" (15.1), que "*A subtração de qualquer mercadoria do restaurante por qualquer funcionário da empresa será considerada falta grave*" (15.5) e que "*É proibido o uso de mercadorias que não sejam de fornecedores autorizados*" (15.7).

Contudo, apesar de constar a assinatura do reclamante no documento supracitado (o que gera a presunção de que ele conhecia as normas ali inscritas) e de ele ter confessado em audiência que praticou o ato sem autorização de seu superior hierárquico, entendo que a penalidade aplicada pela reclamada não foi proporcional à gravidade da falta cometida, mormente considerando que o obreiro não era reincidente (fato incontroverso), não obteve vantagem pessoal com o ato e não causou prejuízo à ré. Como salientado acima, as batatas foram devolvidas pelo Burguer King e não houve alegação ou prova de que a sua utilização pelo estabelecimento tenha causado algum transtorno relacionado à qualidade do produto ou prejudicado as vendas daquela unidade do Mc Donald's.

Além disso, a prova oral evidencia que o empréstimo mútuo de alimentos entre o Mc Donald's e o Burguer King do Shopping São José era prática comum e, inclusive, autorizada pelo gerente geral (superior hierárquico do autor) em outras oportunidades, o que, a meu ver, mitiga ainda mais a gravidade do ato praticado pelo reclamante.

Sobre o assunto, a primeira testemunha obreira afirmou que *"como gerente de área o depoente emprestava produtos ao pessoal do Burger King com autorização do gerente de loja"*; que *"quando o Burger King devolia os produtos emprestados, estes com a marca do Burger King eram utilizados no McDonalds por primeiro"*; que *"além do empréstimo de batatas, também havia empréstimo de tomate, alface, e dificilmente de mix de baunilha"*; e que *"o procedimento de empréstimo era mútuo"*. No mesmo sentido, a segunda testemunha do autor disse que *"a depoente emprestou produtos da ré ao Burger King com autorização do gerente de loja, Sr. Marcos"*; que *"quando o Burger King devolve os produtos emprestados, são utilizados os produtos da marca Burger King na loja do McDonalds"* e que *"os empregados da ré também emprestavam produtos do Burger King, como alface, pepino e batata"*.

Tais afirmações não foram infirmadas pelos depoimentos das testemunhas patronais, pois a primeira delas afirmou que não sabia dizer *"se tal prática ocorria antes do depoente avistar o pacote de batatas do Burger King no freezer"*; e, embora a segunda testemunha tenha dito que *"somente tomou conhecimento de empréstimos de produtos do McDonalds ao Burger King depois que aconteceu com o autor"* e que *"na falta de produtos em uma das lojas, solicitam o estoque de outra loja do McDonalds"*, isso não exclui a possibilidade de que o fato em questão tenha ocorrido anteriormente, sem o conhecimento da referida testemunha.

As circunstâncias expostas acima permitem concluir que a ré poderia ter aplicado uma advertência a princípio, ou até mesmo uma suspensão, possibilitando que o autor tomasse ciência de que deveria cessar a conduta faltosa imediatamente, sob pena de dispensa por justa causa, o que não ocorreu. Em que pese a gradação das penas não seja obrigatória, ela deve ser observada quando a conduta não é grave o suficiente para justificar a aplicação da justa causa de plano, como é o caso.

O fato de o Manual de práticas de trabalho e política de segurança da ré prever a pena de dispensa imediata do empregado para as faltas descritas nos itens 15.5 e 15.7 (transcritas acima) não altera a conclusão acima, pois os atos ali descritos são genéricos, de modo que a empresa deveria ter ponderado as peculiaridades do caso antes de decidir pela aplicação da penalidade mais grave. Aliás, o próprio regulamento prevê que *"As sanções disciplinares devem ser aplicadas, de forma gradual e progressiva, sempre com o intuito de orientar e corrigir práticas em desacordo com as políticas da companhia"* (fl. 162), o que não foi observado pela ré. De todo modo, em sendo constatada a desproporcionalidade da norma interna, cabe ao Poder Judiciário reputá-la nula, afastando a sua incidência no caso concreto.

Dianete desse contexto, entendo que a ré não logrou comprovar a validade da justa causa aplicada ao reclamante, sendo necessária a reforma da sentença no particular. Ressalte-se ainda que, não evidenciada a ocorrência de falta grave o bastante para ensejar a aplicação da dispensa por justa causa, incabível falar em rescisão contratual por culpa recíproca.

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso para converter a justa causa em despedida sem justa causa por iniciativa do empregador, condenando a ré ao pagamento de aviso prévio indenizado (36 dias), multa de 40% sobre o FGTS, férias proporcionais (2/12, já considerada a integração do aviso prévio no tempo de serviço e que, segundo o TRCT de fl. 21, as férias do período 27/11/2013 a 26/11/2014 foram quitadas quando da rescisão), 13º salário integral de 2014 e proporcional de 2015 (12/12 referente ao ano de 2014 e 1/12 referente ao ano de 2015, já considerada a integração do aviso prévio no tempo de serviço e que, segundo o TRCT de fl. 21, o adiantamento de 13º pago nos meses de novembro e dezembro daquele ano (fl. 136) foi descontado das verbas rescisórias pagas quando da rescisão).

Não há falar em *"compensação dos valores pagos no TRCT"*, tendo em vista que não houve pagamento de verbas sob o mesmo título.

A ré deverá retificar a CTPS do autor para que conste como data da rescisão contratual o dia 20/01/2015, em razão da projeção do aviso prévio (36 dias, considerando que o contrato vigeu de 27/11/2012 a 15/12/2014 - fl. 21), no prazo de dez dias contados de sua intimação para esse fim, sob pena de suprimento pela Secretaria e imposição de multa de R\$ 5.000,00. Na anotação não deve ser feita referência ao fato de se tratar de decisão judicial.

2. Honorários advocatícios

Constou da r. sentença (fls. 393-394 e 399):

"1.1. Da vigência da norma processual no tempo

A Lei nº 13.467/17, que modificou a legislação processual trabalhista, foi publicada no dia 14 de julho de 2017, com vacatio legis de 120 dias, entrando em vigência no dia 11.11.2017, conforme regra contida no §1º, do art. 8º, da Lei Complementar nº 95/98:

Art. 8º. § 1º. A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral.

Entretanto, ao contrário do que ocorre com as normas de Direito material, as leis processuais produzem efeitos imediatos. Incide, nesse caso, a regra do *tempus regit actum* e a nova norma passa a ser aplicada nos processos em andamento e não somente naqueles que se iniciarem a partir da vigência da nova lei, de acordo com a teoria do isolamento dos atos processuais.

O CPC trata da matéria no art. 14, parte final e no art. 1.046:

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

No caso dos honorários de sucumbência o marco temporal a ser utilizado é a sentença, conforme jurisprudência pacífica no STJ:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. HONO-RÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MARCO TEMPORAL PARA A APLICAÇÃO DO CPC/2015. PROLAÇÃO DA SENTENÇA. PRE-CEDENTE. IMPUGNAÇÃO DO VALOR FIXADO A TÍTULO DE VERBA HONORÁRIA. MAJORAÇÃO. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O recorrente alega que não há falar em direito adquirido a fim de conclamar incida o Novo Código de Processo Civil apenas às demandas ajuizadas após a sua entrada em vigor (conforme decidido pelo Tribunal a quo), porquanto, consoante estabelecido no artigo 14 do NCPC, o novo diploma normativo processual incidirá imediatamente aos processos em curso. 2. A jurisprudência desta Corte tem entendido que o marco temporal que deve ser utilizado para determinar o regramento jurídico aplicável para fixar os honorários advocatícios é a data da prolação da sentença, que, no caso, foi na vigência do Código de Processo Civil de 1973. Precedente: REsp 1.636.124/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 27/04/2017 (AgInt no REsp 1657177 / PE AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL 2017/0045286-7. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141). 2A. TURMA. DJe 23/08/2017.

No mesmo sentido a Súmula nº 509 do STF: "A Lei nº 4.632, de 18.5.65, que alterou o art. 64 do Código de Processo Civil, aplica-se aos processos em andamento, nas instâncias ordinárias".

A referida Lei nº 4.632/65 estabeleceu os honorários pela simples sucumbência no CPC de 1939, pois em sua redação original, esse Diploma Legal só admitia honorários quando a ação resultasse de dolo ou culpa. Essa casuística se amolda perfeitamente ao processo laboral, pois neste não havia, em regra, condenação em honorários advocatícios pela simples sucumbência antes da vigência da Lei nº 13.467/17.

Assim, concluo pela aplicação imediata do disposto na Lei 13.467/2017 sobre as demandas pendentes, inclusive no que diz respeito aos honorários de sucumbência e justiça gratuita.

Em relação à justiça gratuita, vale ressaltar que se já deferida anteriormente, será respeitado o ato praticado, conforme previsão do artigo 14, do CPC.

(...)

2.8. Dos honorários de sucumbência

Nos termos do art. 791-A e parágrafos da CLT, observada a relativa complexidade da causa, o grau de zelo dos advogados das partes, os honorários de sucumbência são devidos em quantia equivalente a 10%.

Os honorários de advogado da parte autora serão calculados sobre o valor bruto da condenação, apurado em liquidação de sentença.

Os honorários de advogado da ré serão calculados sobre o valor atribuído à causa, dividido pelo número de pedidos, uma vez que não é possível mensurar o proveito econômico. Considerando que o autor atribuiu à causa o valor de R\$ 40.000,00, formulou seis pedidos e foi sucumbente em quatro, por ele é devido o valor de R\$ 2.667,00, com juros desde a propositura da ação e correção monetária a partir desta data.

Considerando que o autor é beneficiário da justiça gratuita, observe-se o disposto no §4º, do artigo 791-A, da CLT."

O autor alega que "*é pessoa pobre, que trabalha para manter sua família e que conforma acima já requerido é digno de ser beneficiário da justiça gratuita, nos termos da lei nº 1.060/50*". Afirma que "*não há como arbitrar ao mesmo honorários sucumbência, primeiro por ser o processo protocolado anteriormente a lei nº 13.467/2017, que alterou a CLT, devendo assim ser aplicado o disposto na Lei nº 1.060/50*". Aduz que "*já lhe asseguraria o direito aos benefícios da justiça gratuita, por força do entendimento jurisprudencial contido na OJ 304 da SDI-1 do C. TST, pela simples menção do fato em si*". Pede a reforma "*para reconhecer a incapacidade econômica do reclamante em arcar com honorários sucumbenciais, por ser beneficiário da justiça gratuita*" (fl. 415).

Com razão.

No entendimento desta Turma, o art. 791-A da CLT (que prevê o pagamento de honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho) só se aplica a ações ajuizadas após a entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017 ("Reforma Trabalhista").

Isso porque, embora o instituto dos honorários de sucumbência esteja previsto em norma de direito processual, ele gera reflexos de cunho material no processo (confere direito subjetivo de crédito ao patrono da parte vencedora), ostentando natureza jurídica híbrida. Ademais, a não aplicação da nova regra celetista aos processos em curso prestigia o princípio da segurança jurídica, impedindo que a parte sucumbente seja condenada ao pagamento de uma verba não prevista no momento da propositura da ação.

Nesse sentido, o Enunciado 98 da II Jornada de Direito Material da ANAMATRA, in verbis:

"HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. INAPLICABILIDADE AOS PROCESSOS EM CURSO

EM RAZÃO DA NATUREZA HÍBRIDA DAS NORMAS QUE REGEM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS (MATERIAL E PROCESSUAL), A CONDENAÇÃO À VERBA SUCUMBENCIAL SÓ PODERÁ SER IMPOSTA NOS

PROCESSOS INICIADOS APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA LEI 13.467/2017, HAJA VISTA A GARANTIA DE NÃO SURPRESA, BEM COMO EM RAZÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE, UMA VEZ QUE A EXPECTATIVA DE CUSTOS E RISCOS É AFERIDA NO MOMENTO DA PROPOSITURA DA AÇÃO."

Estabelecida essa premissa, não há falar em pagamento de honorários advocatícios pelo reclamante, já que o regramento vigente à época em que a ação foi ajuizada não previa o pagamento dessa parcela ao empregador, mas somente ao empregado assistido por entidade sindical e beneficiário da justiça gratuita (Lei nº 5.584/1970). Nesse sentido, as Súmulas 219 e 329 do TST, e a Súmula 17 deste Regional.

Ante o exposto, **dou provimento** para excluir a condenação do reclamante ao pagamento de honorários advocatícios.

CONTRARRAZÕES DE ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.

Prequestionamento

Em contrarrazões, a ré alega que "*na remota e improável hipótese de reforma da decisão recorrida, o que se admite apenas para argumentar, requer a ora Recorrida a manifestação expressa desse Tribunal acerca de todos os dispositivos legais expressamente ventilados nestas razões, com explicitação de tese específica sobre a matéria, para fins de prequestionamento, nos termos do entendimento consubstanciado na Súmula 297, do Tribunal Superior do Trabalho*" (fl. 426).

Com efeito, as questões trazidas a este Colegiado foram devidamente analisadas e decididas de forma fundamentada, em observância ao disposto no artigo 93, IX, da CF, art. 832 da CLT e art. 489, II, do CPC/2015. Todos os pontos mencionados pela recorrida foram tratados nos tópicos anteriores, não havendo qualquer necessidade de fundamentação complementar, nem mesmo para fins de prequestionamento (Súmula 297 do TST).

Importante esclarecer que o prequestionamento só tem sentido se a parte arguiu a matéria e esta deixou de ser analisada. Fazendo o acórdão menção explícita à questão de direito, não é necessário que faça referência expressa aos dispositivos legais ou normativos para se entender a matéria como prequestionada.

ACÓRDÃO

Em Sessão Ordinária realizada nesta data, sob a Presidência do Excelentíssimo Desembargador Aramis de Souza Silveira; presentes a Excelentíssima Procuradora Viviane Dockhorn Weffort, representante do Ministério Público do Trabalho, e a advogada Bruna Caroline Ribeiro de Moura, que sustentou oralmente, computados os votos dos Excelentíssimos Desembargadores Thereza Cristina Gosdal, Arion Mazurkevic e Aramis de Souza Silveira;

ACORDAM os Desembargadores da 3^a Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9^a Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO DO AUTOR**, assim como das contrarrazões. No mérito, por igual votação, **DAR-LHE PROVIMENTO**, nos termos da fundamentação, para: a) converter a justa causa em despedida sem justa causa por iniciativa do empregador, condenando a ré ao pagamento de aviso prévio, férias proporcionais + 1/3, 13º salário de 2014, 13º salário proporcional de 2015 e multa de 40% sobre o FGTS, à entrega das guias referentes ao seguro desemprego e ao levantamento do FGTS, bem como à retificação da data da rescisão contratual na CTPS do autor, sob pena de multa e suprimento pela Secretaria da VT; e b) excluir a condenação do reclamante ao pagamento de honorários advocatícios.

Custas fixadas em R\$ 140,00, a cargo da ré, calculadas sobre o valor provisoriamente acrescido à condenação (R\$ 7.000,00).

Intimem-se.

Curitiba, 28 de novembro de 2018.

THEREZA CRISTINA GOSDAL
Relatora

VOTOS