



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

PROCESSO TRT/SP Nº 1002046-42.2017.5.02.0074 RECURSO ORDINÁRIO
RECORRENTES : _____

_____ RECORRIDOS : OS MESMOS ORIGEM : 74ª
VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO

JUSTA CAUSA. Comprovada. Fatos graves. Restituição de valores devida. Cuidadora de idosos. A farta documentação carreada pela defesa mostra-se suficiente para o convencimento do juízo de que a reclamante, aproveitando-se do estado de demência e senilidade apresentado pela reclamada, realizou incontáveis transações, sem que tenha demonstrado motivo plausível, praticando desvio de numerário patronal e cometendo ato de improbidade e mau procedimento. Apelo não provido.

Inconformada com a sua decisão de fls. 439/446, integrada às fls.461/462 e 465/466, cujo relatório adoto e que julgou procedente em parte a ação, recorre ordinariamente a reclamante, fls. 469/476, pugnando pela reversão da justa causa aplicada com o pagamento das verbas rescisórias pela dispensa imotivada e absolvição do pagamento dos valores consignados na reconvenção. Pede a exclusão da multa por litigância de má fé.

Também irredimida com a r. decisão de primeiro grau, recorre a reclamada, fls. 478/489, sustentando julgamento *ultra petita* e insurgindo-se contra o vínculo reconhecido do período sem registro e consectários decorrentes. Assevera, ainda, ser indevido o pagamento das horas extras, adicional noturno e hora noturna reduzida.

Contrarrazões, fls. 497/500 e 502/510
Depósito recursal e custas pagas, fls. 490/493.
É o relatório.

VOTO

Conheço dos recursos, por presentes os pressupostos de admissibilidade.



RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE

1. Da justa causa

A controvérsia reside, em apertada síntese, quanto à modalidade rescisória, sob o argumento recursal de que a rescisão contratual se operou de forma injusta, não tendo a reclamante se apropriado indevidamente de numerário, muito menos cometido o ato de improbidade imputado na peça de resistência.

Postos os fatos, não prospera o inconformismo.

De plano, cumpre registrar que, conforme narrado na peça de ingresso, a demandante reconheceu textualmente que procedeu créditos em sua conta bancária, afirmando que todos foram feitos de forma legal, pois possuía procuração outorgada pela reclamada desde o final de maio/2014, para realizar transações junto ao Banco do Brasil e Ministério da Fazenda, e todas foram supervisionadas e fiscalizadas pela sobrinha da reclamada, Sra. Carmem (item 8, fls. 12). Todavia, as justificativas e excludentes não vieram aos autos, constituindo balelas e aleivosias.

Senão, vejamos.

Segundo o demonstrativo de fls. 87/88, corroborado pelos extratos bancários e comprovantes de transferências de fls. 229/288, de maio/2013 a maio/2014, ou seja, durante o período em que não havia nenhuma procuração, a reclamante procedeu a transferências bancárias para ela própria, seu marido (Antonio Marcos Feitosa) e sua cunhada (Maria Ferreira Feitosa), no montante total de nada menos que R\$ 154.504,00, sem nenhuma justificativa plausível, especialmente considerando que não possuía poderes outorgados pela reclamada para assim agir.

Mas não é só.

Após a formalização da procuração, a reclamante não só continuou efetuando transações para os beneficiários a que me referi alhures, em valores absurdamente vultosos (fls. 289/377 e 379/382), como também efetuou empréstimos bancários, de nada menos que R\$ 243.059,98 (fls. 160/173), com vencimento de algumas parcelas, pasme-se, até março/2023.

Como se não bastasse, da análise do laudo pericial procedido junto ao Processo de Interdição sob nº 1109143-39.2016.8.26.0100 (fls. 423/427), verifica-se que a reclamada, Sra. _____, desde 2012, não possui capacidade cognitiva preservada, sendo considerada absolutamente incapaz de manifestar sua vontade, administrar sua vida e gerir seus negócios. Nesse sentido, o perito concluiu que:

“Sua incapacidade deve ser considerada absoluta e irreversível, não se cogitando incluir, conforme a Lei Brasileira de Inclusão - Lei 13.146/2015 de incapacidade parcial com vistas à inclusão social por não se tratar apenas para atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, como também de todos os outros de qualquer espécie e natureza por se tratar de processo degenerativo e progressivo do sistema nervoso central”.



Daí forçosa a conclusão, no sentido de que a farta documentação carreada pela defesa mostra-se suficiente para o convencimento do juízo de que a reclamante, aproveitando-se do estado de demência e senilidade apresentado pela reclamada, realizou incontáveis transações, sem que tenha demonstrado motivo plausível, praticando desvio de numerário patronal e cometendo ato de improbidade e mau procedimento.

A reforçar essa conclusão, alguns aspectos hão de ser ressaltados:

1. Verifica-se que, em audiência instrutória, quando indagada pela MM. Juíza condutora, sobre os motivos pelos quais a reclamante transferia os valores da conta da reclamada para a sua própria conta para o suposto pagamento de contas pertencentes à ré, a autora não soube explicar a escolha, muito menos a diferença de facilidade de fazer as transferências diretamente da conta da reclamada para seus credores, do que fazer inicialmente para a sua conta para que pudesse fazer novas transferências (fl. 413), o que refoge a lógica do razoável.

2. Também em audiência, a reclamante reconheceu que, durante o período, adquiriu apartamento de R\$ 200 mil, além de trocar seu carro de R\$ 15 mil por um de R\$ 29 mil, de uma Zafira para uma Tucson, não comprovando, curiosamente, o alegado distrato da compra do imóvel.

3. Revela-se totalmente inconcebível que uma idosa de aproximadamente 88 anos à época tenha acumulado gastos de mais de meio milhão de reais, quando, nas palavras da reclamante, “tinha dificuldade de locomoção” e “não se deslocava para o banco”, especialmente considerando que recebia o valor bruto de quase R\$ 22.000,00 (vinte e dois mil reais), correspondente à pensão civil do Ministério da Fazenda (fl. 149) e algumas despesas decorreram de gastos com Mc Donalds, Marisa, Bar do Mica, Cacau Show e Subway, a exemplo de fls. 174, 217 e 224.

4. Também não há prova de que os valores transferidos à conta bancária da recorrente eram destinados a pagamento de contas devidas pela recorrida, tais como gastos como remédios, alimentação, salários, 13º salários, férias + 1/3 das outras cuidadoras, mormente considerando que os extratos bancários abojados aos autos revelam que os gastos com supermercado e remédios, por exemplo, eram debitados diretamente da conta da ré (fl. 376, a exemplo de compras no Pão de Açúcar, Droga Raia e Dia Brasil), mediante pagamento com seu cartão que ficava em poder da recorrente, conforme confessado em audiência (fl. 417).

No mais, ao contrário do sustentado pela recorrente, na tabela apresentada pela reclamada em reconvenção (fls. 87/88), foram descontados o valor do salário mensal que tinha direito a reclamante, além de terem sido considerados apenas os valores transferidos e saques efetuados pela autora sem justificativa, observando-se que as despesas com remédio, alimentação etc. eram debitadas da própria conta da reclamada, conforme visto supra. Competia, outrossim, à autora prestar contas dos gastos efetuados, notadamente dos empréstimos bancários efetuados, por exemplo, um dos empréstimos no importe de



R\$ 174.638,70 em 15.10.2014 (fl. 164), valor esse bastante vultoso para cobrir qualquer das despesas pela autora.

Por fim, cumpre observar que a alegação de que a sobrinha da reclamada, ora representante da recorrida, acompanhou durante todos esses anos a movimentação bancária sem que tivesse feito nada, e que nenhum outro parente comunicou a condição de incapacidade da ré, não passa de meras conjecturas sem embasamento probatório.

Nesse contexto, os fatos alegados e comprovados, cuja integridade permanece incólume, revestem-se de absoluta gravidade, de forma a romper o elemento fidúcia, essencial à relação de emprego, ensejando dispensa por justa causa, sem ônus para o empregador, nos moldes preconizados pelo art. 27, II e III, da LC 150/2015, bem como a devolver os valores consignados na reconvenção.

Nada a modificar.

2. Da litigância de má-fé

É certo que as partes devem atuar com lealdade e lisura, em estreita observância aos ditames legais, à luz dos princípios da razoabilidade, economia e celeridade processual e que a prática de atos temerários, maliciosos e/ou protelatórios não se coaduna com o efetivo acesso à Justiça e a presteza na solução jurisdicional.

Partindo dessa premissa, não prospera o inconformismo.

Da análise do processado, depreende-se que houve, inequivocamente, alteração da verdade dos fatos e deslealdade processual, por parte da reclamante, porquanto extraviou numerário da reclamada, desprovido de qualquer comprovação e motivo plausível para tanto.

Assim, configurada a hipótese de que trata o art. 80, II do CPC, quanto à alteração dos fatos e deslealdade processual, nada a ser modificado.

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA

1. Da decisão *ultra petita*

De fato, a entrega da prestação jurisdicional deve ater-se aos limites da *litiscontestatio*, para que o devido processo legal e ampla defesa, insculpidos constitucionalmente, sejam observados.

In casu, da análise da exposição inicial, depreende-se que as férias + 1/3 de 2013/2014, 2014/2015 e 2015/2016 não foram objeto de postulação, cingindo-se aos reflexos de horas extras e adicional noturno (item 17, fl. 12), sendo defeso, portanto, ao julgador conceder referido título (arts. 141 e 492, CPC/2015).

Reformo, para expungir da condenação as férias + 1/3 de 2013/2014, 2014/2015 e 2015/2016.



2. Do vínculo de emprego anterior ao registro

Não prospera o inconformismo.

Admitida a prestação de serviços no período anterior ao registro pela reclamada (de outubro/2011 a 30.04.2013 – item 6, fls. 71/73) – fato constitutivo – era seu o ônus de demonstrar a existência de fato impeditivo do direito da autora, a teor dos arts. 818, II da CLT e 373, II, do CPC/2015, qual seja, a prestação de serviços esporádicos, como cuidadora folguista, de cujo encargo não se desvencilhou, vez que não ouviu nenhuma testemunha.

Anoto que não se vislumbra a propalada contradição no depoimento da autora perante a Autoridade Policial, posto que, não obstante tenha declarado, naquela oportunidade, que passou a cobrir folgas de sua cunhada Maria, ato contínuo declarou que “naquela época a declarante foi convidada a trabalhar efetivamente para a idosa, tendo em vista a mesma estar precisando, cujo convite partiu de um parente da idosa...” (fl. 116).

No tocante à data efetiva do início da prestação de serviços, embora na petição inicial e em audiência a reclamante tenha afirmado que iniciou em 08.07.201 (fls. 5 e 412) e perante a Autoridade Policial declarou que começou em outubro de 2011 (fl. 116), tal contradição, isoladamente, não é capaz de afastar o vínculo anterior ao registro pleiteado, tampouco o fato de a reclamada ter uma empregada doméstica em 2011, máxima porque não produzida nenhuma prova a corroborar a tese defensiva.

Nesse contexto, a tentativa de ‘maquiar’ a real relação havida entre as partes sucumbe ao princípio da realidade do contrato de trabalho e não pode ser validamente considerada (art. 9º, da CLT), sendo certo que o ônus de registrar compete ao empregador (art. 29 da CLT). Se não o faz corretamente, suporta o risco de sua incúria, inclusive quanto aos consectários decorrentes.

Nada a modificar.

3. Das horas extras

Inicialmente, cumpre registrar que a matéria concernente à analogia à semana espanhola não foi alçada em defesa como excludente do direito vindicado, constituindo tese inovadora, que não pode ser aceita sob pena de violação ao contraditório e ampla defesa.

Feita essa ressalva, prospera em parte o inconformismo.

Isso porque não foi juntado aos autos acordo de compensação por escrito, nos termos dos arts. 2º, § 4º e 10 da Lei Complementar nº 150/2015 a validar a jornada empreendida pela obreira. Tampouco há que se falar em horas extras apenas além da 44ª semanal, pois, repita-se, além de inexistente acordo de compensação de horas por escrito, a decisão está em consonância com as disposições contidas no art. 2º da LC 150/2015.

No entanto, considerando os elementos probatórios constantes dos autos, duas retificações hão de ser procedidas:



1. A reclamante confessou, em depoimento pessoal, que “normalmente a depoente e a reclamada dormiam das 23h às 6h” (fl. 412), fato que, a teor do art. 2º, § 7º da Lei Complementar nº 150/2015, obsta o cômputo como horário de trabalho, pois o tempo de descanso não pode ser considerado para este fim.
2. A cunhada da reclamante (_____) reconheceu, perante a autoridade policial, que “tirava as folgas de suas cunhadas dois dias da semana, mais precisamente no domingo e na terça-feira, trabalhando por 24 horas ininterruptas” (fl. 121), o que importa reconhecer que a reclamante trabalhava dois dias por semana e, na semana seguinte, 3 dias, como demonstrado à fl. 484.

Assim, reformo a sentença, para redimensionar horas extras e reflexos, com exclusão do período de repouso e escala da folguista.

4. Do adicional noturno e hora noturna reduzida

Parcial razão assiste à recorrente.

Como corolário da manutenção da jornada estabelecida na r. sentença de origem, conforme item 3 supra, afigura-se devido o adicional noturno e a observância da hora noturna reduzida, nos moldes do art. 14, §§ 1º e 2º da LC 150/2015.

Todavia, tendo em vista o redimensionamento da jornada de trabalho, igual tratamento merece o pedido em comento, para adequar-se à jornada acolhida.

Isto posto,

ACORDAM os Magistrados da 18ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região em: **conhecer** dos recursos, e, no mérito, **NEGAR PROVIMENTO** ao apelo da reclamante, e **DAR PROVIMENTO PARCIAL** ao apelo da reclamada, para expungir da condenação as férias + 1/3 de 2013/2014, 2014/2015 e 2015/2016, bem como redimensionar horas extras, adicional noturno e hora noturna reduzida com reflexos, tudo nos termos da fundamentação, mantida, no mais, íntegra a r. sentença de origem, inclusive quanto ao valor da condenação.

LILIAN GONÇALVES
Relatora