



**Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**

Recurso Ordinário Trabalhista 0011623-14.2017.5.03.0113

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 30/05/2019

Valor da causa: \$40,000.00

Partes:

RECORRENTE: [REDACTED]

ADVOGADO: RUBEM RIBEIRO NETO

RECORRENTE: [REDACTED]

ADVOGADO: LIDIANE CRISTINA RIBEIRO DE OLIVEIRA

ADVOGADO: LILIAN DUARTE BICALHO

ADVOGADO: NELSON LUIZ CARCERONI DUARTE

ADVOGADO: ANA GABRIELA TEIXEIRA CORDOVA

RECORRIDO: [REDACTED]

ADVOGADO: ANA GABRIELA TEIXEIRA CORDOVA

ADVOGADO: NELSON LUIZ CARCERONI DUARTE

ADVOGADO: LILIAN DUARTE BICALHO

ADVOGADO: LIDIANE CRISTINA RIBEIRO DE OLIVEIRA

RECORRIDO: [REDACTED]

PAGINA_CAPA_PROCESSO_PJEDVOGADO: RUBEM RIBEIRO NETO



PODER JUDICIÁRIO JUSTIÇA
DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO

PROCESSO nº 0011623-14.2017.5.03.0113 (RO) RECORRENTES: [REDACTED]
PEREIRA [REDACTED] RECORRIDOS: OS MESMOS

RELATORA: MARIA STELA ÁLVARES DA SILVA CAMPOS

EMENTA

ACÚMULO DE FUNÇÕES. NÃO CARACTERIZAÇÃO. As tarefas compatíveis com a função exercida, como no caso dos autos, não ensejam o reconhecimento de acúmulo de funções. A pretensão da reclamante não tem amparo legal, contratual ou em normas coletivas, e a atribuição/exercício de várias tarefas dentro de uma mesma função, em consonância com a condição pessoal do empregado, faz parte do *jus variandi* do empregador.

RELATÓRIO

A MM. Juíza Lílian Piovesan Ponsoni, da 34ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, pela sentença de id. 2addcf8, julgou procedentes, em parte, os pedidos formulados por [REDACTED] contra [REDACTED].

Recursos ordinários interpostos pelas partes: pelo reclamante, conforme razões de id. 95268d0; pela reclamada, nos termos do id. 9723f48.

Contrarrazões apresentadas pela empresa (id. 4606de1) e pelo autor (id. c81395e).

Dispensado o parecer do MPT, pois ausente interesse público no deslinde da controvérsia.

ADMISSIBILIDADE

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos ordinários interpostos pela reclamada e pelo autor.

Assinado eletronicamente por: Maria Stela Alvares da Silva Campos - 29/08/2019 15:04:20 - 84f7d32
<https://pje.trt3.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=19053011541521800000039871458>
Número do processo: 0011623-14.2017.5.03.0113
Número do documento: 19053011541521800000039871458

Conheço também das contrarrazões, apresentadas pelas partes a tempo e modo.

Passa-se ao exame das questões abordadas nos recursos, observando as regras próprias e específicas que regem o processo do trabalho nos termos do Título X da CLT e, nas decisões, a exigência de resumo dos fatos relevantes e elementos de convicção que formaram o convencimento motivado do Colegiado, em conformidade com o disposto nos arts. 852-I da CLT e 93, IX da Constituição Federal.

MÉRITO

MATÉRIA COMUM AOS RECURSOS

SALÁRIO SUBSTITUIÇÃO

A reclamada não se conforma com a condenação ao título, afirmando que o direito à parcela exige prova do exercício integral das funções do substituído, ônus do qual o autor não se desincumbiu, nos termos do artigo 818 da CLT, sequer citando quais funções exerceu no período de férias do substituído.

O reclamante, a seu turno, requer a condenação da empresa ao pagamento de incidências reflexas do salário substituição em férias + 1/3, 13º salário, horas extras, aviso prévio, FGTS + 40% e RSR.

Ao exame.

Na inicial, afirmou o autor que substituiu [REDACTED], encarregado de frios, em seus períodos de férias de agosto de 2016 e setembro de 2017 (id. 85c1a7a - pág. 15).

A testemunha [REDACTED] declarou que trabalhou por oito a nove meses na mesma loja que o autor, a partir da admissão deste. Tendo esta ocorrido em 01/02/2016 (contrato de trabalho, id. 7d3e865), sua declaração de que *"trabalhou com o [REDACTED], sendo que o reclamante cobriu os 30 dias de férias deste"* (id. aa4b8b2 - pág. 2) somente se aplica ao período de agosto de 2016.

Já [REDACTED] trabalhou com o autor por todo o período

e declarou que "trabalhou com o [REDACTED]; o reclamante já substituiu o [REDACTED] em férias, nos 30 dias de férias; desde a admissão do reclamante, realizava as seguintes atividades: conferência, limpeza dos banheiros, cobria o horário de almoço do pessoal do depósito, ficava no estacionamento, locução na loja diariamente, somente". Sem ser perguntado pelo juízo, disse que o reclamante "entrava em câmaras frias no período em que substituiu o [REDACTED]; não sabe quanto tempo o reclamante ficava na câmara fria, sem saber informar quantas vezes o reclamante entrava na câmara fria". Mas também declarou, ao final de seu depoimento, que "não sabe dizer se durante a substituição o reclamante assumiu todas as funções do [REDACTED]" (id. aa4b8b2, p.2/3).

A tanto se limitando a prova e embora as duas testemunhas do reclamante tenham declarado que o reclamante substituiu o [REDACTED], encarregado de frios, nos períodos de férias deste, daí não se pode concluir que a substituição se dava de forma integral, considerado todo o feixe de atribuições do empregado substituído.

Pela análise da prova oral não se pode concluir que o autor tenha substituído plenamente o [REDACTED], ressaltando-se a dúvida da testemunha [REDACTED] no aspecto. Assim, duvidosa a prova, inviável deferir-se salário substituição, não se aplicando o entendimento contido na Súmula 159 do C. TST.

Provejo o recurso da ré para afastar a condenação ao pagamento de salário substituição e reflexos em FGTS.

Prejudicada análise do recurso do autor, que pretendia incidências reflexas dos salários nas parcelas indicadas no id. 95268d0, item V.

RECURSO DO RECLAMANTE

HORAS EXTRAS - INTERVALO INTRAJORNADA

Insiste o reclamante na condenação do réu ao pagamento de horas extras. Alega que extrapolava sua jornada e não usufruía de intervalo para descanso e refeição. Frisa que a habitualidade do sobrelabor torna sem efeito a compensação, atraindo os termos da Súmula 85, IV do TST e a legislação anterior à edição da Lei 13.467/2017.

A reclamada, em defesa, id. dccac12, alegou que os cartões de ponto carreados (id. 3d18d71 até id. a35816a) retratam a real jornada do autor, prova pré-constituída que goza de presunção *juris tantum* de veracidade, não desconstituídos pelo reclamante.

Em relação ao exame da prova oral, reporto-me aos precisos fundamentos sentenciais, de inconsistências internas e externas que dela ressaem, inclusive das afirmações do próprio autor.

Ora, alegou o reclamante, na inicial, que os registros não eram feitos de acordo com a realidade (id. 85c1a7a - pág. 5), mas em depoimento admitiu que *"os horários de entrada e de intervalo intrajornada estão corretamente registrados nos cartões de ponto, contudo cerca de 2 a 3 vezes, por semana, registrava o horário de saída nos cartões de ponto e continuava trabalhando; nessas 2 a 3 vezes por semana, laborava de 2 a 4 horas extras, que não eram anotadas nos cartões de ponto"* (id. aa4b8b2 - pág. 1).

A testemunha [REDACTED] disse que *"poderia registrar 2 horas extras por dia, mas nem sempre a empresa deixava bater corretamente o cartão no horário de saída; se fizesse duas horas extras poderia registrá-las, todos os dias, mas o que excedia a 2 horas extras a reclamada não deixava bater o cartão"* (id. aa4b8b2 - pág. 3).

A testemunha [REDACTED] disse que o autor inicialmente trabalhava das 7 às 16h, depois passou a iniciar a jornada às 9h, saindo depois das 16h, sem especificar em que horário (id. aa4b8b2 - pág. 2). Sobre a jornada do autor, nada declararam as demais testemunhas.

Portanto, ao contrário alegado, não há provas da extração habitual da jornada de modo a ensejar aplicação da Súmula 85/TST, que trata da compensação semanal. A hipótese dos autos, na verdade, é a de banco de horas (cf. cláusula 36ª das normas coletivas, a exemplo da CCT 2017/2018, id. 5b8edfb - pág. 12/14), em que há maior flexibilização da jornada de trabalho. As horas extras prestadas são acumuladas e compensadas em períodos maiores, podendo ocorrer em até um ano, por força de norma legal, exigindo-se apenas a sua previsão em acordo ou convenção coletiva de trabalho (art. 59 §2º da CLT). Logo, a prestação habitual de horas extras é própria desta espécie de compensação, não cabendo sequer cogitar da aplicação do item IV da Súmula 85 do TST. A propósito, o item V da mesma Súmula 85, conforme transcrito pelo autor ao final da pág. 5 do recurso, é claro em estabelecer que as disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade banco de horas.

Assim, cabia ao reclamante apontar, ainda que por amostragem, onde residiriam as supostas diferenças em seu favor, com equívocos quanto ao pagamento de horas extras e compensação destas com folgas ou diminuição da jornada, ônus do qual não se desincumbiu (art. 818 da CLT). Registra-se, ainda, que há marcações de intervalo com duração muito superior a 1 hora, citando-se, apenas como exemplo, a pág. 1 do id. 3d18d71. E, efetivamente, nenhuma testemunha afirmou fruição irregular de intervalo, não se podendo presumir que nas poucas ocasiões em que não há marcação nos cartões este foi cumprido em período inferior, já que a prova documental atesta exatamente o contrário.

Nego provimento.

DESVIO/ACÚMULO DE FUNÇÃO

Entende o autor que a prova testemunhal comprovou que ele realizava

diversas funções além das de encarregado de serviços gerais, tais como recebimento de mercadorias, controle do estacionamento, inclusive buscando carrinhos de compras, orientação aos clientes, serviços de locação, promoção e anúncios, controle da câmara fria, substituindo o encarregado de frios nos períodos de férias.

Também ao contrário do alegado, as atividades diversas realizadas integravam o feixe de tarefas do cargo por ele exercido na empresa ré, e a legislação admite que o empregado preste outros serviços compatíveis com sua função, mormente quando realizados durante a mesma jornada. Veja-se que as tarefas informadas pelas testemunhas não destoam daquelas previstas na própria descrição do cargo de encarregado de serviços gerais, consoante documento id. e44ed83, destacando- se a expressa previsão de tarefas não elencadas no rol (id. e44ed83 - pág. 1)

As atividades compatíveis com a função exercida, como no caso dos autos, não ensejam o reconhecimento de acúmulo de funções, salvo previsão legal ou normativa. A pretensão do reclamante não tem amparo legal, contratual ou em normas coletivas e o exercício de várias tarefas dentro de uma mesma função, em consonância com a condição pessoal do empregado, faz parte do *jus variandi* do empregador.

E tal como ressaltado em sentença, "*O exercício de uma tarefa ou outra complementar, que inicialmente não estivesse inserida nas atribuições do empregado, caso não influencie a atribuição principal, não caracteriza por si só o desvio ou acúmulo de funções, estando nos limites do 'jus variandi' empresarial*"

Provimento negado.

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

A sentença, acolhendo as conclusões da prova técnica, indeferiu o pedido de pagamento de adicional de insalubridade (id. 2addcf8 - pág. 3).

Insiste o autor que a limpeza de instalações sanitárias e a coleta de lixo que fazia o expunham à ação de agentes biológicos nocivos à saúde, nos termos do Anexo 14 da NR-15 da Portaria 3.214/78 do MTE, fazendo jus ao adicional de insalubridade em grau máximo, por aplicação da Súmula 448, II, do TST. Aduz que lidava com agentes químicos, como hipoclorito de sódio diluído em água, substância considerada alcalina e cáustica, que pode causar irritações e queimaduras químicas.

Sem razão.

De início, afasta-se qualquer referência à periculosidade, inexistindo tal pedido na inicial.

O trabalho exercido pelo autor na limpeza e coleta do lixo dos banheiros da loja da reclamada não pode ser equiparado àquele em que há contato com lixo urbano, seja em razão do volume, seja em razão do tempo de contato com o lixo. E, conforme posicionamento adotado na origem, observa-se que a limpeza de banheiros era apenas uma, dentre várias outras tarefas exercidas pelo autor.

De qualquer modo, a limpeza realizada em banheiros não é equivalente ao trabalho em contato com esgotos para fins de tipificação da insalubridade (galerias e tanques). O lixo encontrado no ambiente de trabalho do reclamante, incluído aí os banheiros, se equipara ao lixo doméstico, e a rotatividade dos usuários não altera essa caracterização.

Nos termos do Anexo 14, da NR 15, da Portaria 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, apenas o trabalho na coleta ou industrialização do lixo urbano gera o direito ao adicional de insalubridade, sendo certo que tais atividades não eram exercidas pelo reclamante, que não trabalhava na coleta de lixo nos logradouros públicos, nem tampouco em unidade fabril dedicada ao tratamento e separação de lixo.

Aplica-se, ao caso, o item I da Súmula 448 do TST: *"Não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho".*

Nestes termos, apuração e conclusão pericial (id. e2255c1 - pág. 5/6 e 10), corretamente ratificados na sentença.

Assim, a despeito de todo esforço argumentativo do reclamante, não há reparos a ser feito na sentença no tocante ao indeferimento do adicional de insalubridade pleiteado. Ademais, conforme itens 7.11 e 7.13 do laudo, não foi constatada exposição a agentes químicos e, conforme resposta aos quesitos, os produtos utilizados eram diluídos em água, fazendo o autor uso de luvas impermeáveis (id. e2255c1 - pág. 4 e 6).

Nego provimento.

RECURSO DA RECLAMADA

DANOS MORAIS

Entende a reclamada contraditórios os depoimentos das testemunhas quanto à

alegação de exposição da imagem do autor por seu superior hierárquico. Frisa que a preposta informou que do grupo de *whatsapp* não participavam coordenadores, mas apenas gerentes, subgerentes e gerentes regionais, não podendo as testemunhas, portanto, a ele ter tido acesso, tanto assim que suas declarações se deram a partir de boatos. Ressalta a intenção da testemunha [REDACTED] de beneficiar o autor, registrada pelo próprio Juízo, as incongruências internas no depoimento de [REDACTED] e, portanto, a fragilidade da prova oral para embasar a condenação. Pede reforma.

Ao exame.

Nos termos dos artigos 186 e 927 do Código Civil Brasileiro, o ato ilícito indenizável pressupõe a ocorrência de dano, nexo causal e culpa. E a caracterização do dano moral pressupõe violação à dignidade pessoal - art. 1º, III da Constituição Federal, mediante vulneração da integridade psíquica ou física da pessoa, bem como aos direitos fundamentais previstos na Constituição da República.

Várias foram as razões da pretensão do pagamento de indenização: pressão exagerada, desrespeito profissional e humano, discriminação, constrangimento e perseguição. Alegou o autor, na inicial que, em razão de ser um "faz tudo", recebeu o apelido de "Severino"; foi exposto em reuniões da empresa, de forma ofensiva e depreciativa, com exposição de fotos suas e legenda de estar mexendo no celular em horário de trabalho; a empresa faz comunicações através do grupo de trabalho *whatsapp*, intitulado "família 16" (número da filial em que trabalha), onde foram divulgadas suas imagens de forma inadequada, depreciativa, desrespeitosa e sem sua autorização, tendo sido alvo de piadas e brincadeiras de mau gosto dos colegas de trabalho, chegando a ouvir que "estava famoso, é o mais morcego" (inicial, item 2, id. 85c1a7a - pág. 1/5).

Colheu-se da prova oral, o seguinte (id. aa4b8b2):

"presenciou ofensas ao reclamante, cerca de duas vezes, por parte do Sr. [REDACTED], gerente da reclamada; o [REDACTED] fazia cobranças ao reclamante, gritando e mandando à gerência em alto tom; o [REDACTED] já chegou coisas alteradas com o reclamante na reunião, citando como "incompetente" e que não estava certo (...) o reclamante recebeu o apelido de Severino, pois fazia todas as funções e cumpria o horário de todo mundo; viu o reclamante mexendo no celular, em uma foto que a pessoa tirou para postar em grupo; essa pessoa era o [REDACTED] é, o regional; o pessoal comentou na loja sobre o [REDACTED] ter tirado foto do reclamante e ter enviado no grupo" - [REDACTED];

"todo mundo chamava o reclamante de Severino, inclusive o depoente; o reclamante ficou ofendido com o depoente por este chamá-lo de Severino; já presenciou ofensas de superior hierárquico ao reclamante, por parte do [REDACTED], tendo presenciado o [REDACTED] pedir ao reclamante que fizesse coisas que não era do ramo dele e cobrava isso dele; não presenciou nenhum outro tipo de ofensa por parte do [REDACTED] ao reclamante, nem por parte de outro superior hierárquico; ouvi falar que o [REDACTED] regional, tirou foto do reclamante, só ouviu esse comentário, nada

mais; que os encarregados tinham grupo de Whatsapp da loja, mas não sabe informar se mandaram no grupo deles; não viu a foto, que só ouviu que os superiores tiraram a foto dele, sem saber dizer como era a foto (...) o [REDACTED] era grosso, ignorante, travava mal as pessoas, pois cobrava de tudo e nada estava bom; o [REDACTED] chamou atenção do reclamante em uma oportunidade, chamando-o de 'incompetente' (...) não sabe se o reclamante conversou com os demais funcionários sobre ser chamado de Severino; isso foi desde quando ele começou a fazer tudo, quando o gerente mandava, um pouco depois do início do contrato de trabalho (...) já conversou com o superior do [REDACTED], [REDACTED], sobre seu tratamento com as pessoas, mas a reclamada nada fez; o [REDACTED] comparecia na reclamada 1 a 2 vezes na semana" - [REDACTED];

"ouviu e viu uma foto que tiraram do reclamante na empresa; a foto era do reclamante, em frente à loja mexendo com o celular; a foto foi enviada para o grupo de liderança, Regional Zona Sul, o qual o depoente fazia parte; foi ofensivo o que foi dito, pois o [REDACTED] disse que aquilo não era exemplo de funcionário, pois estava em frente à loja, mexendo com o celular; a foto foi tirada no horário de almoço do reclamante, pelo próprio [REDACTED]; já era costume do [REDACTED] tirar fotos de outros funcionários e postar no grupo, que já viu e presenciou; não sabe dizer como ficou sabendo que o reclamante estava em horário de almoço no momento em que a foto foi tirada" - [REDACTED];

"ouviu boatos de uma foto do reclamante, que tiraram uma foto dele e esta foi postada em um grupo; que ouviu falar que a foto foi para servir de exemplo, para não acontecer mais em outras lojas; nunca presenciou qualquer tipo de conduta ofensiva do Sr. [REDACTED] e de outros superiores hierárquicos ao reclamante; que o Sr. [REDACTED] com a depoente e sua equipe é um ótimo profissional; o reclamante realizava a locução na loja; não se recorda se o reclamante fazia conferência de mercadorias; nunca ouviu colegas reclamando do [REDACTED]" - [REDACTED]

O apelido "Severino", ao que ressaiu da prova, foi conquistado pelo autor em razão da multiplicidade de tarefas que exercia, característica própria da função de "serviços gerais", não havendo provas de que tenha ele se reportado à reclamada para requerer qualquer providência em relação ao fato. No aspecto específico, a caracterização do dano moral não se configura pela maior suscetibilidade do trabalhador ao apelido adotado pelos colegas, mesmo porque não houve referência a seu uso pelos superiores hierárquicos. Não se constata, no caso, efetiva ofensa ao bem imaterial que a lei busca resguardar.

De igual modo, ainda que se admita que [REDACTED], superior hierárquico do autor,

fosse grosseiro (já que no aspecto a prova restou dividida, tendo a testemunha da reclamada a ele se referido como "ótimo profissional", do qual nunca presenciou conduta ofensiva ao autor), também ressaiu da prova que ele assim agia com todos, não apenas com o reclamante, fato que não caracterizaria o alegado dano moral, revelando apenas o despreparo e pouca sensibilidade do gerente da ré no exercício de chefia. O mesmo se diga em relação ao encarregado [REDACTED], que não tratou o autor de forma discriminatória em relação aos demais empregados, conforme informou [REDACTED], já que tinha o costume

de tirar fotos de empregados para postar no grupo. Ademais, se havia grupos de *whatsapp* restrito às chefias e também de empregados de determinada loja, não se pode considerar ofensiva a fotografia neles disseminada, por se tratar de ferramenta por todos utilizada em serviço.

Reitere-se que o dano moral não se configura pela maior suscetibilidade do trabalhador à forma pela qual os superiores hierárquicos a eles se dirigem. É imprescindível que haja efetiva ofensa a bem imaterial, o que não logrou o autor demonstrar. Não houve exposição do autor a condições humilhantes e constrangedoras de trabalho, no exercício de suas funções, ressaltando-se que o fato ensejador do dano moral deve ser grave o suficiente para que se determine a reparação, sob pena de se banalizar o instituto.

Entendo que a situação relatada pelas testemunhas do autor não comprovam submissão dele a tratamento humilhante ou vexatório.

Ausentes, pois, os pressupostos indispensáveis para o deferimento da indenização postulada, provejo o apelo, para excluir a condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

Considerando que todas as teses e questões relevantes trazidas pelas partes, necessárias e imprescindíveis ao desate da controvérsia foram devidamente indicadas e apreciadas pela Turma, todas as demais alegações invocadas ficam rejeitadas automaticamente, por incompatibilidade com o que aqui se definiu.

Restam improcedentes os pedidos. Invertem-se os ônus de sucumbência, passando as custas processuais ao encargo do reclamante, isento, porque beneficiário da justiça gratuita (id. da5d6f9 e id. 2addcf8 - pág. 6)..

ACÓRDÃO

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS, o Tribunal Regional do Trabalho da

Terceira Região, em sessão ordinária da Nona Turma, hoje realizada, à unanimidade, conheceu dos recursos ordinários interpostos pelas partes; no mérito, sem divergência, negou provimento ao recurso do autor e deu parcial provimento ao apelo da reclamada para afastar a condenação aos pagamentos de: a) salário substituição e reflexos; b) indenização por danos morais; restando improcedentes os pedidos, constitui as custas processuais encargo do reclamante, isento, pois beneficiário da justiça gratuita.

Tomaram parte no julgamento: Exmos. Desembargadora Maria Stela Álvares da Silva Campos (Relatora), Desembargador Rodrigo Ribeiro Bueno e Juiz Convocado Ricardo Marcelo Silva (substituindo o Exmo. Desembargador Ricardo Antônio Mohallem, em férias regimentais)

Presidência: Exmo. Desembargador João Bosco Pinto Lara.

Procurador do Trabalho: Dr. Eduardo Maia Botelho.

Belo Horizonte, 28 de agosto de 2019.

MARIA STELA ÁLVARES DA SILVA CAMPOS

Relatora

8/9

Assinado eletronicamente por: Maria Stela Alvares da Silva Campos - 29/08/2019 15:04:20 - 84f7d32
<https://pje.trt3.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=19053011541521800000039871458>
Número do processo: 0011623-14.2017.5.03.0113
Número do documento: 19053011541521800000039871458

