



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
Justiça do Trabalho - 2ª Região

0003105-79.2012.5.02.0067

PROCESSO TRT/SP N.º 0003105-79.2012.5.02.0067
ORIGEM: 67ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO
RECURSO ORDINÁRIO
RECORRENTE: ANA MARIA FERREIRA DE JESUS
RECORRIDO: HIPERPLAN LOGÍSTICA LTDA.

04ª Turma

JUSTA CAUSA. INEXISTÊNCIA. INCAPACIDADE DO TRABALHADOR QUE NÃO SE CONFUNDE COM NENHUMA DAS HISPÓTESES DO ARTIGO 482 DA CLT. Se a autora não conseguia desempenhar o roteiro planejado pela ré de forma adequada – é esse, em síntese, o núcleo da alegação de justa causa --, não havia culpa ou dolo nesse fato. O que havia, creio, era mera incapacidade. Nem todo mundo nasce com o dom necessário para o desempenho das funções que a reclamada esperava ver a reclamante desenvolvendo. Sem embargo disso, a ré teve todo o período de experiência para avaliar a reclamante e, ao que parece, considerou a atividade da demandante adequada. Se não estava satisfeita com o trabalho da obreira, poderia, efetivamente, desligá-la, mas não por justa causa, vez que não há na lista do artigo 482 da CLT o verbete “incapacidade técnica”.

Contra a r. sentença de fls.152/154, cujo relatório adoto, e que julgou a reclamação trabalhista improcedente, recorre ordinariamente a reclamante consoante as razões de fls.158/166.

Pretende a reforma da r. decisão de origem no tocante às verbas rescisórias, horas extras, intervalo intrajornada, artigo 384 do diploma celetista, reflexos e indenização do artigo 404 do Código Civil.

Custas processuais dispensadas às fls.154.

Contrarrazões apresentadas às fls.168/175.

É o relatório.

V O T O

I – DOS PRESSUPOSTOS

Conheço do recurso ordinário interposto pela demandante, por preenchidos os pressupostos processuais de admissibilidade.

II - DO RECURSO

II.1. DAS VERBAS RESCISÓRIAS

Sustenta a recorrente, em resumo, que a justa causa não pode subsistir, porque o ato faltoso a ela atribuído não foi devidamente comprovado no feito, razão pela qual faz jus ao recebimento das verbas rescisórias decorrentes da dispensa imotivada.

Tem razão.

Antes de mais nada, porém, cumpre destacar qual era a atividade da reclamante, situação que, pelo que entendi, acabou passando despercebida nos autos. Ouvindo as gravações constantes do CD de fl. 55, do apartado (algumas gravações não envolvem a reclamante, destaque), constatei que coube à reclamante, em certo período, ligar para clientes da reclamada que adquiriram máquinas de filmar, devendo vender, para tais pessoas, acessórios que melhorariam o desempenho da máquina em questão. Em um dos casos (áudio 45660916), a reclamante é atendida por uma pessoa muito humilde (de Goianira), que, pelo que percebi, mal consegue entender do que se trata, dizendo para a reclamante que nem mesmo tinha conseguido, ainda, fazer a máquina funcionar. Sem embargo disso, a reclamante apresenta discurso visivelmente repetido em muitas outras vezes, informando das enormes vantagens que o cliente – que nunca conseguira fazer a máquina funcionar, repito – teria se adquirisse o maravilhoso *kit* de acessórios oferecidos pela ré (que naquela oportunidade imperdível, estava com 90% de desconto). A autora explica que o número de horas reduzido de filmagens vai ser ampliado para cinco horas ininterruptas, que o cliente poderá se auto filmar -- com o tripé que consta dos acessórios oferecidos --, que será fornecida uma bateria mais potente, haverá ampliação do espaço de arquivamento para fotos, etc.. Os detalhes do preço são o melhor da peça: a reclamante informa ao felizardo de Goianira, do outro lado da linha, que as pessoas que adquirissem o *kit* fora da promoção, pagariam o valor de doze parcelas de R\$ 520,00, mas ele só pagaria a bagatela de 12 parcelas de R\$ 177,00, tudo no cartão de crédito e (impossível resistir!!!) com frete completamente grátis.

O cliente, então, indaga se teria que pagar pelo *kit* de acessórios e a reclamante informa que todos têm que pagar e que nada é de graça para ninguém, acrescentando que há lei no Brasil que autoriza as empresas a venderem as máquinas com certa qualidade, sem acessórios. Na sequência, ela indaga ao cliente se este, ao adquirir a câmera, usou o cartão Visa ou Mastercard e quando o cliente indica o segundo, ela já pede o número do cartão ao cliente (“confirma comigo aquele número da frente, de dois em dois...”). Antes do cliente falar o número, ele reclama: “..mas essa máquina é muito pequena.” E a reclamante ataca: “..é que a tecnologia hoje é inovadora...cada vez que passa eles diminuem mais... não vê a televisão? Agora tem uma do tamanho de um celular”. Segue-se mais uma lista de vantagens da nova tecnologia e a reclamante, ao final, indaga: “Então o cartão que o senhor usou foi o Master, né? Repete o número dele que começa com 5, de dois em dois, por favor...”



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
Justiça do Trabalho - 2ª Região

0003105-79.2012.5.02.0067

Esse diálogo todo foi gravado pela reclamada, que o trouxe aos autos como prova dos atendimentos errôneos praticados pela reclamante. Trouxe vários outros, mas releva notar que as imperfeições detectadas pela reclamada, nas atividades da reclamante, são bastante curiosas. Eis uma das transcrições das observações da ré (também constante do CD já mencionado):

“Atendente não pergunta na abordagem, se o cliente está próximo de um telefone fixo.”

“Atendente fala; ‘Existe uma lei no Brasil, que todas as câmeras com mais de 09 MP, não vem com os acessórios.’ Cliente, em determinado momento da venda, antes de finalizar a compra (processar o cartão) fala; “Olha, nesse cartão não vai bota mais nada viu, é só a câmera mesmo.” atendente já começa a se irritar e fala; “Não, a questão não é bota, o Sr. não está entendendo, para o Sr. utilizar a câmera o Sr. vai precisar dos acessórios.” “Pelo menos o carregador, e o cartão memória o Sr. vai ter que ter para usar a câmera.” “Para o Sr. filmar e para o Sr. fotografar, o Sr., precisa adquirir os acessórios que a maquina precisa, entendeu?”

Outra das provas apresentadas pela empresa, em relação à atuação da reclamante, é a seguinte:

“De: Ester [ester.monitoramento@tecnomania.com.br]
Enviado em: quinta-feira, 5 de maio de 2011 11:26
Para: 'Roberto Sena'; 'Peterson Guedes'; 'maria de Fatima'; 'Marcio Ger.'; 'Marcia RH'; 'Luiz Carmo'; 'Lucia Andreia'; 'Lilian'; 'Karen Noeli'; 'Jose Renato'; 'Francisco'; 'Edivaldo'; 'David Tavares'; 'Cristina Ger.'; 'Cristiano Schmitz'; 'Andrea Batista'; 'Andre Labela'; 'anderson.kalhassa@tecnomania.com.br'; 'Ana Fachini'; 'Adriana Carvalho'; 'Carina DP'
Assunto: RES: Ana Maria de Jesus 8723/
Bom Dia!
Atendente compareceu ao monitoramento sendo orientada da real necessidade de sempre indagar os clientes referente a um numero de telefone fixo para retorno, mesmo que não possuam um registrado em seu cadastro. Também a tomar muito cuidado com argumentos que dão a entender que a câmera somente funcionará com os nossos acessórios, pode-se até dizer que “o cliente precisa” dos acessórios para potenciar a câmera e não, que “a câmera” precisa deles para funcionar e, que desconhecemos alguma lei que proíba tal afirmação que fez referente a venda da câmera com o kit de acessórios. Após ouvir as considerações, atendente se comprometeu a não cometer mais tal conduta, tomando cuidado com as reincidências.”

E uma última transcrição:

“De: Roberto Sena [mailto:robertosena@tecnomania.com.br]
Enviada em: sexta-feira, 15 de abril de 2011 09:45
Para: Karen; cristiano@tecnomania.com.br;
marcio@importexpress.com.br;
peterson.guedes@tecnomania.com.br;
Adriana@tecnomania.com.br; ana.fachini@tecnomania.com.br;
Anderson; Andre; Andrea RH; Carina; Carmo; Claudia; cristina
DP ; David Tavares; Edivaldo RH;
Elaine.cristina@tecnomania.com.br;
ester.monitoramento@tecnomania.com.br;
Franciscoeveraldo@tecnomania.com.br; Jose Renato; Lilian;
Lucia; Marcia.gama@tecnomania.com.br; Maria DP
Assunto: Re: Ana Maria Ferreira 8723/ Cristiano

Atendente compareceu no Monitoramento, ouviu as considerações do FBI de que, não deve afirmar para o cliente, que a sua câmera só funciona com o kit HD, afinal ele comprou e pagou mais caro, por uma câmera que acompanha bateria e cartão memória, como podemos afirmar que não funciona? é incoerente. Deve sim, falar que a sua câmera esta preparada para tirar fotos e filmar, porem, limitada a certas quantidades e tempo, e nós estamos ofertando um kit para potencializar(maior quantidade de fotos, mais tempo de filmagens, um tempo maior de alimentação da câmera). Devemos evitar PROCONS.”

Como se vê, a reclamada atuava com procedimento ético bastante questionável (no meu sentir, ao menos) e, por isso mesmo, estava preocupada com denúncias perante o PROCON. Ocorre, entretanto, que o problema não estava – apenas – na forma como a reclamante se dirigia aos clientes, mas estava na própria atividade da ré. A verdadeira “empurro-terapia” constante das gravações transcritas acima, com alegações de descontos mirabolantes de 90%, em relação a acessórios para máquinas que o cliente não consegue nem mesmo usar, configura-se em procedimento, que se não ilegal, é triste e digno de constar de qualquer manual do mundo cão, onde se retrate o homem como um ser completamente esquecido do respeito por outro ser humano, cego pela possibilidade da obtenção do lucro.

Diante desse quadro, compulsando os autos, não me convenço, de forma nenhuma, que a reclamante tenha praticado qualquer justa causa. Se a autora não conseguia desempenhar o roteiro planejado pela ré de forma adequada – é esse, em síntese, o núcleo da alegação de justa causa --, não havia culpa ou dolo nesse fato. O que havia, creio, era mera incapacidade. Nem todo mundo nasce com o dom necessário para o desempenho das funções que a reclamada esperava ver a reclamante desenvolvendo. Sem embargo disso, a ré teve todo o período de experiência para avaliar a reclamante e, ao que parece, considerou a atividade da demandante adequada. Se não estava satisfeita com o trabalho da demandante, poderia, efetivamente, desligá-la, mas não por justa causa, vez que não há na lista do artigo 482 da CLT o verbete “incapacidade técnica”.

Reformo a decisão de piso, pois, para deferir saldo salarial, aviso prévio (com reflexos em décimo terceiro proporcional, férias



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
Justiça do Trabalho - 2ª Região

0003105-79.2012.5.02.0067

proporcionais + 1/3 e FGTS + 40%), décimo terceiro proporcional, férias proporcionais + 1/3, indenização de valor equivalente ao seguro desemprego e 40% sobre o FGTS, sendo que a secretaria da Vara liberará alvará para saque do FGTS, permitida a compensação dos valores pagos sob essas mesmas rubricas desde que os recintos já tenham vindo aos autos.

II.2.DAS HORAS EXTRAS/ INTERVALO INTRAJORNADA

O horário de trabalho indicado na exordial é muito extenso e, por conta disso, só poderia ser acolhido se robustamente provado, na medida em que, normalmente, ninguém trabalha tanto, sem receber as horas extras correspondentes (máximas de experiência, nos termos do artigo 335 do CPC).

A testemunha apresentada pela reclamante, por sinal, trabalhava em horário das 10h00 às 20h30, que é a jornada indicada em grande parte dos cartões de ponto da autora. O intervalo destacado por esse testemunha, porém, é inferior a 60 minutos. Esse testemunho prevalece em relação àquele apresentado pela testemunha oferecida pela ré, não apenas porque esta última só trabalhou 3 meses com a autora, mas, também, porque declinou horário diverso, para a reclamante, daquele que consta dos próprios cartões, dexiando patente que, ou tem a memória falha, ou não apresentou a verdade.

Assim sendo, considero que os cartões de ponto registram a correta jornada da autora, exceção feita ao intervalo para refeição que era de apenas 40 minutos, conforme o testemunha já destacado. Por conseguinte, reformo a decisão de piso para condenar a ré ao pagamento de uma hora extra diária, com o adicional de 50% e os reflexos em aviso prévio DSRs, férias + 1/3, décimos terceiros e FGTS + 40%

Reformo parcialmente a sentença neste ponto, pois.

II.3.DO ARTIGO 384 DA CLT

Considerando que nas ocasiões em que houve labor em hora extra devidamente quitado pela ré, não foi observado o disposto no artigo 384 da CLT (vide, por exemplo, doc.140 e 196), bem como que referido dispositivo foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e está em vigor, reformo o r. julgado hostilizado para condenar a reclamada no pagamento do intervalo previsto no citado artigo celetista com o adicional legal e, por habituais, reflexos decorrentes.

II.4.DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A parte autora tem direito às perdas e danos para compensar os gastos com honorários advocatícios, pois a reclamante não pode ser penalizada com despesas, já que não deu causa à demanda.

De se ponderar, que nada obstante o conteúdo das Súmulas 219 e 329, OJ 304 da SDI-1, todas do C. TST e o princípio que admite o *jus postulandi* na Justiça do Trabalho, é certo que este não atende amplamente ao seu desiderato, por ser necessário o trabalho técnico de um profissional do Direito.

Ademais, a condenação em tela encontra amparo no princípio da restituição integral preconizada nos artigos 389, 404 e 944, do Código Civil, dispositivos aplicáveis subsidiariamente ao processo do trabalho, nos termos do artigo 8º, parágrafo único da CLT.

Destarte, reformo a r. decisão originária para dar provimento ao pedido de indenização pelos gastos com advogado e, ressalvado o meu entendimento pessoal, curvo-me ao entendimento predominante nesta 4ª Turma, para arbitrar o valor em questão em 15% da condenação bruta (art. 404 do Código Civil), valor a que o patrono do reclamante não terá acesso.

II.5.DAS DEMAIS CONSIDERAÇÕES

Face a procedência parcial da ação e em conformidade com o estabelecido no parágrafo único, do artigo 459 da CLT e orientação jurisprudencial consubstanciada na Súmula nº 381 do C. TST, a atualização monetária deve ser efetuada com base no índice do dia 1º do mês subsequente à prestação de serviços.

Juros simples, de 1% ao mês, computados a partir da data da distribuição da ação.

Ainda, de acordo com as disposições legais e normas do Colendo Tribunal Superior do Trabalho que regem o recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais sobre verbas recebidas por conta da reclamação trabalhista (artigo 43 da Lei nº 8.212/91, artigo 276, § 4º do Decreto 3.048/99, artigo 46 da Lei nº 8.541/92, Provimento TST/CG 01/96 e Provimento TST/CG nº 03/2005), o empregado é contribuinte obrigatório da Previdência Social e Receita Federal, não havendo razão para que a obrigação seja revertida à reclamada.

Note-se que a matéria foi sedimentada nos incisos II e III, da Súmula 368 do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho.

Destarte, a retenção das contribuições previdenciárias e fiscais deverá ser realizada consoante critérios estabelecidos na citada súmula.

ACORDAM os Magistrados da 4ª Turma do Tribunal



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
Justiça do Trabalho - 2ª Região

0003105-79.2012.5.02.0067

Regional do Trabalho da 2ª Região em **conhecer** do recurso ordinário e **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL** para condenar a reclamada no pagamento de saldo salarial, aviso prévio (com reflexos em décimo terceiro proporcional, férias proporcionais + 1/3 e FGTS + 40%), décimo terceiro proporcional, férias proporcionais + 1/3, indenização de valor equivalente ao seguro desemprego e 40% sobre o FGTS, sendo que a secretaria da Vara liberará alvará para saque do FGTS. Da mesma forma, pagará, a demandada, uma hora extra diária, bem como do intervalo previsto no artigo 384 da CLT, tudo com o adicional legal e reflexos decorrentes, assim como no pagamento de indenização de 15% da condenação bruta, nos termos da fundamentação do voto do Relator. Mantém-se, no mais, a r. sentença de origem.

Custas em reversão pela reclamada no importe de R\$ 600,00, calculadas sobre o valor atribuído à causa de R\$ 30.000,00.

PAULO SÉRGIO JAKUTIS
Juiz Relator