



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região

Recurso Ordinário - Rito Sumaríssimo 1000061-04.2021.5.02.0331

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 06/08/2021

Valor da causa: R\$ 29.283,22

Partes:

RECORRENTE: JEFERSON PEREIRA DOS SANTOS

ADVOGADO: LIA COELHO AYUB

ADVOGADO: LUCIANO HENRIQUES DE OLIVEIRA ROXO TEIXEIRA

RECORRENTE: NB MONKEY COMERCIO DE VESTUARIO E CALCADOS EIRELI

ADVOGADO: ISABEL CRISTINA CARDOSO

ADVOGADO: KAROLINE ZULATO DAL CHICCO

RECORRIDO: JEFERSON PEREIRA DOS SANTOS

ADVOGADO: LIA COELHO AYUB

ADVOGADO: LUCIANO HENRIQUES DE OLIVEIRA ROXO TEIXEIRA

RECORRIDO: NB MONKEY COMERCIO DE VESTUARIO E CALCADOS EIRELI

ADVOGADO: ISABEL CRISTINA CARDOSO

ADVOGADO: KAROLINE ZULATO DAL CHICCO



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

PROCESSO TRT/SP Nº 1000061-04.2021.5.02.0331

RECURSO ORDINÁRIO EM RITO SUMARÍSSIMO

ORIGEM: 1ª VARA DO TRABALHO DE ITAPECERICA DA SERRA

**RECORRENTES: NB MONKEY COMERCIO DE VESTUARIO E CALÇADOS EIRELI,
JEFERSON PEREIRA DOS SANTOS**

**RECORRIDOS: NB MONKEY COMERCIO DE VESTUARIO E CALÇADOS EIRELI,
JEFERSON PEREIRA DOS SANTOS**

JUIZ(A) PROLATOR(A) DA SENTENÇA: BRUNO COUTINHO PEIXOTO

RELATORA: SUELI TOME DA PONTE

Dispensado o relatório, nos termos do artigo 852-I da CLT.

V O T O

1. Admissibilidade.

Atendidos os pressupostos processuais de admissibilidade, conheço dos recursos.

2. Recurso ordinário da reclamada.

2.1. Da contradita.

Postula a recorrente o acolhimento da contradita apresentada em audiência, para que o depoimento da testemunha do autor, sr. Lucas João Fernandes da Silva, seja tido como simples informação, sem força probatória, argumentando que, em suas razões finais, juntou foto que comprova a amizade íntima entre o recorrido e sua testemunha. Afirma, ainda, que sua tese restou demonstrada pelo fato de autor e testemunha terem trabalhado juntos em outra empresa.



Assinado eletronicamente por: SUELI TOME DA PONTE - 01/10/2021 13:15:58 - 6d8e8bb
<https://pje.trt2.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=2108181710520680000090059840>
Número do processo: 1000061-04.2021.5.02.0331
Número do documento: 2108181710520680000090059840

Não lhe assiste razão.

A fotografia colacionada pela ré às fls. 182/188 (id fcf0294), na qual aparecem o reclamante e sua testemunha, fumando e bebendo cerveja, até poderia sugerir uma amizade entre eles. No entanto, o autor demonstrou, na manifestação de fls. 214/215 (id f1ca391), que a fotografia mencionada foi recortada pela ré, juntando aos autos a íntegra da foto, na qual aparece o reclamante, sua testemunha e uma terceira pessoa, também funcionário da reclamada, de forma descontraída e festiva, o que não é suficiente para caracterizar amizade íntima nos moldes dos artigos 829 da CLT c/c 447, § 3º, I do CPC, mesmo porque, ao ser indagada em audiência, a testemunha afirmou que saiu com o reclamante em algumas ocasiões por comemoração de atingimento de metas da reclamada, com a participação de outros vendedores. Daí se infere tratar-se de interação de colegas fora do local de trabalho, o que constitui fato normal e comum entre pessoas que laboram na mesma empresa, não sendo indicativo de amizade íntima, capaz de retirar a isenção de ânimo para prestar depoimento.

Ressalto que o fato de o autor e sua testemunha terem laborado anteriormente em outra empresa, sem outros elementos de prova, não é suficiente para comprovar a alegada amizade íntima. A circunstância foi negada pela testemunha (fls. 173/177 - id 52817dd). A mera alegação de suspeição da testemunha não afasta a credibilidade do depoimento.

Rejeito a preliminar.

2.2. Das verbas rescisórias. Aviso prévio.

Insurge-se a recorrente contra a condenação ao pagamento de salário correspondente ao período de aviso prévio (30 dias) e reflexos em 13º salário (1/12), férias proporcionais (1/12), acrescidas do terço constitucional e FGTS. Aduz que não impediu o autor de cumprir o aviso prévio e sequer procedeu ao desconto desse valor no termo rescisório, sendo indevida a condenação.

O reclamante noticiou, em sua inicial, que, no de pedido de demissão, deixou claro sua intenção de cumprir o aviso prévio de 30 dias, porém foi informado pelo RH da empresa que não poderia cumprir o aviso, sendo impedido de voltar ao trabalho. Pleiteou a devolução do valor descontado a tal título e demais verbas consectárias.

O Juízo de primeiro grau julgou procedente o pedido, consignando na r. sentença que, embora o reclamante tenha pedido demissão, concedeu o aviso prévio, informando que iria prestar serviços e, por não contar com a anuência expressa do empregador, a reclamada, a despeito de dispensar o cumprimento, deveria integrar o período para todos os fins.

Pois bem.



De acordo com o artigo 487, *caput*, da CLT, o empregado que pede demissão, deve conceder aviso prévio ao empregador, sendo que seu descumprimento pelo trabalhador autoriza o empregador a descontar das parcelas rescisórias devidas o valor correspondente ao aviso prévio não cumprido, nos moldes do § 2º do dispositivo mencionado.

No caso, resulta incontroverso que a rescisão contratual ocorreu a pedido do autor, em 14/07/2020, conforme carta de pedido de demissão juntada à fl. 98 (id 95649f0), sendo que, na oportunidade, o reclamante comunicou a empresa de que cumpriria o aviso prévio, nos termos da Lei, pelo período de 30 dias. Contudo, de acordo com as alegações constantes da inicial, o aviso prévio não teria sido cumprido porque a empresa teria impedido o retorno do obreiro ao trabalho - o que foi negado pela ré, razão pela qual pleiteou a devolução do valor descontado a tal título.

Ocorre que no termo rescisório não há qualquer desconto sob a rubrica aviso prévio (fls. 140/141 - id 97f7c75). Os únicos valores descontados referem-se ao vale transporte, à previdência social e às férias recebidas, no valor total de R\$ 1.811,41.

Desta forma, a r. sentença que condenou a reclamada no pagamento de salário do período de aviso prévio (30 dias) e seus reflexos é "extra petita", uma vez que o reclamante não postulou o pagamento de salário correspondente ao período de aviso prévio, mas apenas a devolução do valor descontado pelo não cumprimento do aviso prévio, o que não ocorreu.

E, ainda que assim não fosse, o aviso prévio não seria devido, haja vista que a ruptura do contrato de trabalho decorreu por iniciativa do empregado.

Quando há pedido de demissão, o aviso prévio é dado em benefício do empregador e não do empregado, de modo que o empregador pode renunciar a este direito, dispensando o empregado de seu cumprimento, sem que tenha que efetuar o pagamento deste período. O aviso prévio somente é irrenunciável quando se trata do direito do empregado, na dispensa sem justa causa, nos termos da Súmula 276 do TST.

Nesse sentido, destaco a seguinte jurisprudência deste E. TRT:

"1- AVISO PRÉVIO EM PEDIDO DE DEMISSÃO COM DISPENSA DE CUMPRIMENTO. DESCONTO INDEVIDO, MAS SEM RECEBIMENTO NA FORMA INDENIZADA. 2- HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS RECÍPROCOS. POSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO A HIPOSSUFICIENTE ECONÔMICO, COM SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. 3- JUSTIÇA GRATUITA. SALÁRIO SUPERIOR AO LIMITE ESTIPULADO NO § 3º DO ARTIGO 790 DA CLT. MERA DECLARAÇÃO DE MISERABILIDADE EXIGE PROVAS CORRESPONDENTES PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. 1- A dispensa do cumprimento do aviso prévio impede que o empregador desconte a importância respectiva das verbas rescisórias. Por outro lado, o pedido de demissão pelo trabalhador retira-lhe o direito ao recebimento da verba na forma indenizada. 2- Tendo sido vislumbrada a improcedência de diversos pedidos da inicial, não há razão para que a parte autora seja eximida da condenação



correspondente à sua sucumbência. O artigo 791-A da CLT prescreve que serão devidos honorários de sucumbência ao advogado, sem excepcionar a parte hipossuficiente. Entretanto, caso a parte autora seja beneficiária da justiça gratuita, e não obtenha em Juízo créditos capazes de suportar a despesa, estará suspensa a exigibilidade do pagamento, conforme disposto no § 4º do artigo 791-A da CLT. 3- O benefício da gratuidade da justiça não é concessível se o salário recebido for superior ao limite previsto no § 3º do artigo 790 da CLT, sendo insuficiente como prova a mera juntada de declaração de hipossuficiência." (TRT da 2ª Região; Processo: 1001567-52.2019.5.02.0018; Data: 21-09-2020; Órgão Julgador: 12ª Turma - Cadeira 2 - 12ª Turma; Relator(a): PAULO KIM BARBOSA)

Assim, dou provimento ao apelo, para excluir da condenação o pagamento de salário relativo ao período de aviso prévio (30 dias) e suas projeções.

Reformo.

2.3. Do salário extrafolha (matéria comum).

Busca a demandada a reforma da r. sentença, que a condenou na integração do salário extrafolha reconhecido, de R\$ 100,00 mensais e de R\$ 500,00 no mês de dezembro, com reflexos nas demais verbas, sustentando que os fatos relatados na inicial não foram comprovados.

O reclamante, por sua vez, afirma que restou comprovado pela prova testemunhal o recebimento dos valores alegados na inicial, de R\$ 300,00 mensais e de R\$ 1.000,00, no mês de dezembro, pugnando pela fixação desses valores.

À luz dos arts. 818, CLT e 373, I, do Código de Processo Civil, competia à parte autora produzir provas dos fatos narrados, por se tratar de fato constitutivo do seu direito, considerando a negativa de pagamento de valores "por fora" pela reclamada, ônus do qual se desvencilhou de modo satisfatório.

Com efeito, declarou a única testemunha ouvida, sr. Lucas, que "*4 - as comissões eram pagas sempre no dia 15, em espécie, mas em algumas ocasiões foi feita por transferência bancária*", "*20 - que o reclamante recebia comissão de R\$ 300,00, em média, com oscilações em meses de pico quando atingia a meta, o que era bem raro*", "*21 - que no mês de dezembro de 2019, o reclamante recebeu comissão de R\$ 1.000,00 pagos pelo depoente, em espécie*", "*22 - que em algumas ocasiões houve pagamento via depósito de comissões para o reclamante*".

Tais afirmações corroboram a tese inicial quanto ao recebimento de salário extrafolha não registrado em holerite. Contudo, verifico do extrato bancário juntado às fls. 221 e seguintes (id d9f2b28), o depósito de valores inferiores ao apontado na inicial, os quais variam entre R\$ 67,76 (abril/2020) e R\$ 240,00 (julho/2020).



Nesta senda, diante da declaração da testemunha do reclamante, no sentido de que, em algumas ocasiões, o pagamento das comissões foi feito por transferência bancária, e considerando que nos extratos bancários carreados aos autos os valores depositados são inferiores ao alegado, tem-se por correta a r. sentença, ao fixar o valor mensal de R\$ 100,00 e de R\$ 500,00 no mês de dezembro, com base na prova oral e documental.

Mister destacar que a reclamada não produziu contraprovas, como lhe competia, sendo certo que as indagações lançadas em recurso não afastam a condenação imposta, diante da prova documental e testemunhal produzida pela parte autora.

Destarte, nego provimento aos recursos.

2.4. Das horas extras (matéria comum).

O reclamante alega que cumpria jornada das 12h00 às 22h00, de segunda a sexta-feira, e aos sábados, das 11h00 às 22h00, com 40 minutos de intervalo para refeição e descanso. Relatou que, no mês de dezembro de 2019, trabalhou das 9h00 às 23h00, sem folgas, sendo que, durante toda a contratualidade, laborou 2 domingos por mês, das 11h00 às 20h00, sempre com 40 minutos de intervalo. Pleiteou o pagamento de horas extras acima da 8ª diária ou 44ª semanal, horas extras pela supressão do intervalo intrajornada e reflexos.

Em defesa, a reclamada alegou que, durante toda a contratualidade, o autor laborou das 14h00 às 22h00, de segunda a sexta-feira, das 12h00 às 22h00 aos sábados, e das 14h00 às 20h00 aos domingos, sempre com 1 hora de intervalo e 1 folga semanal, esclarecendo que possui menos de 20 funcionários em seu estabelecimento comercial, razão pela qual deixou de juntar controle de jornada do obreiro. Afirmou, ainda, que o autor nunca laborou em sobrejornada, sendo indevidas as horas extras pleiteadas.

O Juízo de primeiro grau julgou procedente o pedido, fixando a jornada do autor de segunda a sábado, das 14h00 às 22h00, e em domingos alternados, das 11h00 às 20h00, com 1 hora de intervalo intrajornada, exceto aos domingos, ocasião em que desfrutava de apenas 40 minutos do referido intervalo. Outrossim, condenou a reclamada ao pagamento de horas extras excedentes da 8ª diária ou 44ª semanal, e de 20 minutos extras nos domingos trabalhados.

A reclamada insurge-se contra a decisão, afirmando que a testemunha do autor faltou com a verdade, não podendo ser conferido valor probatório ao depoimento. No mais, repete os mesmos argumentos lançados em sua contestação.



O autor, por seu turno, requer a fixação da jornada, conforme horários apontados na inicial, argumentando que, ao não apresentar os controles de ponto utilizados durante a contratualidade, a reclamada incorreu na pena de confissão, devendo ser presumida verdadeira a jornada alegada. Aduz, ainda, que se desvencilhou de seu ônus probatório ao demonstrar a realização de horas extras por meio de prova testemunhal.

Nos termos do § 2º do art. 74, do Texto Consolidado, é ônus do empregador que mantém mais de dez empregados em seu estabelecimento controlar a jornada de trabalho destes através de sistema idôneo, sob pena de se presumirem verídicos os horários apontados na exordial pelo empregado. Contudo, tal quantidade foi ampliada para 20 trabalhadores pela Lei nº 13.874/2019, vigente a partir de 20/09/2019.

No presente caso, a reclamada alegou, em defesa, que possui menos de 20 empregados, razão pela qual estaria dispensada de juntar os controles de horário do obreiro, o que foi confirmado pelo depoimento da testemunha do autor, que informou que havia 5 funcionários na loja, sendo o sr. Lucas o gerente (fls. 173/177 - id 52817dd).

Assim, permaneceu com o reclamante o ônus de provar a jornada declinada na inicial e as horas extras laboradas, por ser fato constitutivo de seu direito, nos termos dos artigos 818 da CLT c/c art. 373, I do CPC, encargo do qual se desvencilhou parcialmente.

A despeito de ter confirmado a jornada alegada em inicial, a testemunha do autor afirmou que havia uma escala de trabalho, esclarecendo que, na semana, dois vendedores abriam a loja às 10h00, permanecendo até as 21h00, sendo que o reclamante chegava às 12h00 e ia embora às 22h00 e o outro vendedor, chegava às 14h00, permanecendo até as 22h00. Se os dois vendedores que abriam a loja laboravam no mesmo horário, não soa crível nem razoável que o autor iniciasse a jornada 2 horas antes do vendedor que se ativava na mesma escala, como bem salientado na r. sentença. Tampouco soa crível que, durante a semana, o autor usufrísse de apenas 40 minutos de intervalo, já que os dias de maior movimento de clientes nos shoppings são nos finais de semana e nos feriados.

Diante disso, correta a r. sentença ao fixar a jornada de trabalho do autor, com base na prova oral produzida, das 14h00 às 22h00, de segunda a sábado, e em domingos alternados, das 11h00 às 20h00, com 1 de intervalo intrajornada, com exceção dos domingos, em que usufruía de apenas 40 minutos do referido intervalo, e condenar a reclamada ao pagamento de horas extras excedentes da 8ª diária ou 44ª semanal, e de 20 minutos extras nos domingos trabalhados.

Nego provimento aos recursos.

3. Recurso ordinário do reclamante.



3.1. Do trabalho durante as férias.

Sustenta o recorrente fazer jus ao pagamento em dobro das férias, acrescido do terço constitucional, ao argumento de que, apesar de a ré conceder férias no período de 20/03 a 18/04/2020, continuou exercendo suas atividades, não usufruindo integralmente de suas férias.

O Juízo "a quo" indeferiu o pedido, sob o fundamento de que consta nos autos recibos de férias referentes ao período aquisitivo 2019/2020, e de que a testemunha não soube informar o mês em que foram usufruídas pelo autor.

Contudo, inobstante o entendimento adotado na origem, é certo que a testemunha Lucas confirmou a tese autoral, declarando que o reclamante laborou nas férias tanto presencial quanto por meio digital. E, ainda que a testemunha não soubesse especificar no depoimento o período em que foram usufruídas, tal fato, por si só, não é suficiente para concluir que não foi provada a alegada supressão.

Nesta senda, considerando o teor da prova testemunhal, reformo a r. sentença, para acrescer à condenação a dobra das férias do período aquisitivo 2019/2020, acrescida do terço constitucional.

3.2. Do labor durante o período de suspensão do contrato de trabalho.

O reclamante afirma que, apesar da suspensão de seu contrato de trabalho pela ré, continuou trabalhando, pelo que entende fazer jus ao pagamento da remuneração do período mencionado.

Pois bem.

A Medida Provisória nº 936/2020, convertida na Lei nº 14.020/2020, instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, permitindo, dentre outras medidas, a redução da jornada e dos salários dos empregados, bem como a suspensão do contrato de trabalho, com o objetivo de manter os empregos e a atividade econômica, haja vista o estado de calamidade pública provocada pela pandemia da Covid-19.

As partes celebraram acordo de suspensão temporária do contrato de trabalho nos termos da MP nº 936/2020, pelo prazo de 30 dias, no período de 19/04/2020 a 18/05/2020.

Destarte, à luz dos artigos 818, I do CLT e 373, I do CPC, competia ao autor produzir prova de suas alegações, encargo do qual não se desvencilhou. Isto porque a testemunha



do reclamante afirmou ter trabalhado durante a pandemia, indo na loja para separar os produtos para retirada por algum motorista da reclamada. No entanto, denota-se do depoimento que a testemunha se referia a ela, testemunha, nada mencionando quanto ao reclamante.

Assim sendo, correta a r. sentença ao julgar improcedente o pedido. Mantenho.

3.3. Da litigância de má-fé.

Postula o recorrente a condenação da ré em litigância de má-fé, ao argumento de que a ré apresentou uma foto cortada, no intuito de prejudicar o reclamante e induzir o Juízo a erro, alterando, assim, a verdade dos fatos.

Todavia, não se verifico conduta temerária ou leviana da reclamada a ensejar a aplicação de penalidade por litigância de má-fé, pelo simples fato de a ré apresentar as provas que entendia cabíveis a fim de demonstrar a alegada amizade íntima entre autor e testemunha, pois apenas exerceu seu direito de ampla defesa e contraditório, com os meios e recursos a ela inerentes, dentro dos limites do razoável.

Nego provimento.

3.4. Dos honorários sucumbenciais.

Insurge-se o reclamante contra a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, aduzindo ser beneficiário da justiça gratuita e que sucumbiu em parte mínima dos pedidos, pugnando pela aplicação do art. 86 do CPC. Requer a reforma da r. sentença, a fim de que seja declarada a suspensão da exigibilidade, na forma do § 4º do artigo 791-A da CLT.

A presente ação foi distribuída após o início de vigência da Lei 13.467/17, em 11/11/2017, razão pela qual são devidos os honorários sucumbenciais por ambas as partes, ainda que beneficiárias da justiça gratuita, ante o princípio da sucumbência recíproca.

Ademais, não há se falar que a parte autora sucumbiu em parcela mínima do pedido, como deduz o reclamante em seu apelo, haja vista a improcedência dos pedidos de devolução do valor descontado a título de aviso prévio, das multas dos artigos 467 e 477 da CLT, e de remuneração do período de suspensão do contrato de trabalho.

Por outro lado, o autor é beneficiário da justiça gratuita e o artigo 791-A, § 4º, da CLT prevê a suspensão dos honorários de sucumbência, que somente poderão ser executados nos casos em que o credor, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão, demonstrar que a



parte autora/sucumbente não mais se enquadra na situação de hipossuficiência que justificou a concessão da gratuidade, extinguindo-se a obrigação após tal prazo, não podendo ser deduzidos dos créditos recebidos nesta ação, decorrentes de obrigações trabalhistas não adimplidas no curso do contrato de trabalho, de natureza alimentar e destinados ao sustento do obreiro.

Contudo, ressalvado entendimento pessoal, no sentido de suspender a condenação, nos termos do art. 791-A da CLT, § 4º da CLT, curvo-me ao entendimento prevalecente nesta E. Turma, para manter a r. sentença, haja vista que o crédito a ser recebido nestes autos é capaz de suportar a despesa em análise.

Portanto, nego provimento ao apelo.

Ordoño Presidiu o julgamento o Exma. Sra. Desembargadora Maria José Bighetti

Mizuno e Willy Santilli. Tomaram parte no julgamento os Exmos. Sueli Tomé da Ponte, Elza Eiko

Sust. Oral: Dr. Luciano Henriques de Oliveira Roxo Teixeira

CONCLUSÃO

ACORDAM os Magistrados da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região em: por unanimidade de votos, **conhecer** do recurso ordinário interposto pela reclamada e, no mérito, **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL**, para excluir da condenação o pagamento de salário relativo ao período de aviso prévio (30 dias) e suas projeções; **conhecer** do recurso



ordinário interposto pelo reclamante e, no mérito, **DAR PROVIMENTO PARCIAL** ao apelo, para acrescer à condenação a dobra das férias do período aquisitivo 2019/2020, acrescida do terço constitucional, nos termos da fundamentação do voto da Relatora. Mantido o valor das custas processuais.

SUELI TOMÉ DA PONTE
Desembargadora Relatora

syh/s

VOTOS

